

OIKEUSTIEDE

JURISPRUDENTIA

LIV

2021

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN VUOSIKIRJA

Toimitusneuvosto

Taina Pihlajarinne, puheenjohtaja

Kirsi-Maria Halonen

Mia Hoffrén

Elina Pirjatanniemi

Toimittaja

Janne Kaisto

Kustannustoimittaja

Juha Nurro

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

toimisto@lakimiesyhdistys.fi

www.lakimiesyhdistys.fi

Taitto: Taittopalvelu Yliveto Oy

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN-L 0355-8215

ISSN 0355-8215

ISBN 978-951-855-390-1

ISBN 978-951-855-391-8 (verkkokirja)

Oy Nord Print Ab, Helsinki 2021

Sisällys

<i>Marko Forss</i>	Lankapuhelinkuulustelusta etävideo- kuulusteluun – poliisin tiedonsiirtovälineellä suorittama kuulustelu esitutkinnassa ennen, nyt ja tulevaisuudessa.....5
<i>Alexi Heinilä</i>	Kirkollisten rakennusten suojelu ja rakennus- suojelua koskevien lakien keskinäiset suhteet65
<i>Elina Inberg</i>	Motiivierehdys testamentissa..... 141
<i>Eeva-Maija Kalkela – Kai Kotiranta</i>	Todennäköisesti ja välinpitämättömästi – seuraustahallisuuden määrittelyä suomalaisen ja ruotsalaisen oikeuskäytännön valossa.....229
<i>Petteri Laitila</i>	Geenivarojen saatavuus ja hyödynjako oikeudellisena keinona edistää biodiversi- teetin suojelua303
<i>Veera Väliatalo</i>	Kulttuurisen kansanmurhan käsite.....369
Kirjoittajat429

Marko Forss

**LANKAPUHELINKUULUSTE-
LUSTA ETÄVIDEOKUULUSTELUUN
– POLIISIN TIEDONSIIRTO-
VÄLINEELLÄ SUORITTAMA
KUULUSTELU ESITUTKINNASSA
ENNEN, NYT JA TULEVAISUUDESSA**

Sisällys

1	JOHDANTO	9
2	TIEDONSIIRTOVÄLINEELLÄ TAPAHTUVAN KUULUSTELUN SÄÄNTELYN HISTORIA.....	11
3	KUULUSTELUN FUNKTIOT JA KUULUSTELUTAVAT ESITUTKINNASSA.....	18
4	KUULUSTELUJA TIEDONSIIRTOVÄLINEELLÄ KOSKEVA SÄÄNTELY DE LEGE LATA	24
4.1	Haitta- ja luotettavuusarvioinnin lähtökohdat	24
4.2	Kuulustelutavan tietoturvallisuus ja tietosuoja	26
4.3	Kuultavan identifiointi	30
4.4	Tiedonsiirtovälineellä tapahtuvan kuulustelun oikeusturva.....	32
4.5	Kuultavalle aiheutuva haitta ja rikosprosessin joutuisuus	35
4.6	Kuulustelukertomuksen autenttisuus	37
4.7	Kuulustelukertomuksen merkittävyys	39
4.8	Kuulustelukertomuksen uskottavuus	42
4.9	Lapsen oikeudellinen erityisasema.....	47
5	ETÄVIDEOKUULUSTELUA KOSKEVA SÄÄNTELY DE LEGE FERENDA	51
	LÄHTEET.....	57
	OIKEUSTAPAUKSET.....	61
	LYHENTEET.....	62
	ABSTRACT.....	63

Lankapuhelinkuulustelusta etävideokuulusteluun – poliisin tiedonsiirtovälineellä suorittama kuulustelu esitutkinnassa ennen, nyt ja tulevaisuudessa

1 JOHDANTO

Koronapandemia on saanut aikaan arkeemme isoja muutoksia, joista myös rikosprosessi on saanut oman osansa.¹ Poliisiorganisaatiossa asiakkaiden turvallista kohtaamista on pyritty varmistamaan eri tavoin niin järjestyspoliisin kuin tutkinnankin puolella.² Kuulusteluja on suoritettu yhä useammin tiedonsiirtovälineellä, mikä on käytännössä tarkoittanut puhelin- tai sähköpostikuulustelua.³ Siinä missä useilla muilla aloilla videopuhelut etäyhteydellä ovat olleet arkipäivää jo aiemmin, ei poliisilla ole vielä käytössään tietoturvallista ratkaisua etävideokuulustelun suorittamiseen.⁴

¹ Esimerkiksi Suomen Asianajajaliitto vetosi oikeuslaitokseen, että se kouluttaisi tuomareita ja muuta henkilökuntaansa käyttämään tehokkaasti etäyhteyden mahdollistamia digitaalisia palveluja. Ks. Suomen Asianajajaliitto 2020. Muutos etäyhteyksien käyttämisen yleistymiseen on tosin jo alkanut ennen koronapandemiaa. Ks. esimerkiksi HE 200/2017 vp, s. 29–31, jossa mahdollisuutta rikosasian vastaajan kuulemiseen pääkäsitellyssä laajennettiin säätämällä oikeudenkäynnistä rikosasioissa annettuun lakiin (689/1997, ROL) 8 luvun 13 §.

² Jo aikaisemmin osa vangitsemisoikeudenkäynneistä ja salaisten pakkokeinojen käsitteilyistä oli järjestetty etäyhteydellä, mutta koronan takia tämä yleistyi entisestään. Erilaisia poliisin omia ja yhteistyöpalavereja järjestetään yhä useammin etäyhteydellä. Lisäksi korona vauhditti esimerkiksi EU:n järjestäytyneen rikollisuuden torjumisen vastaisen työn digitalisointia. Ks. tästä kokonaisuudessaan Euroopan komissio 2020.

³ Ks. esimerkiksi Rikosuhripäivystys 2020, jossa todetaan, että poliisi on lisännyt etätöitä ja puhelinkuulustelujen määrää.

⁴ Koska etäyhteydellä suoritettaville kuulusteluille ei ole olemassa vakiintunutta termiä, kutsutaan niitä tässä tutkimuksessa etävideokuulusteluksi. Tällä on tarkoitus erottaa ne perinteisestä läsnä ollen tapahtuvan kuulustelun videoinnista tai poliisiasemien välisistä

Ensimmäinen puhelinkuulustelua koskeva laintasoinen säännös saatiin poliisille vasta vuonna 1989 voimaan tulleen esitutkintalain (449/1987, VETL) myötä, joka sisälsi useita rajoitteita lähinnä kuultavan asemaan perustuen. Teknologianeutraaliin sääntelyyn siirryttiin vuoden 2004 uudistuksessa (645/2003), joka mahdollisti sähköpostikuulustelujen käyttämisen. Vuonna 2014 poistuivat viimeiset suoraan kuultavan asemaan perustuvat rajoitukset, kun uusi esitutkintalaki (805/2011, ETL) tuli voimaan.

Puhelin- ja sähköpostikuulustelut ovat olleet arkipäivää poliisissa jo ennen koronapandemiaa, mutta aiheeseen liittyvä tutkimus on olematonta. Näin siitäkin huolimatta, että sääntelyä on muutettu ja teknologinen kehitys on luonut uusia kuulustelutapavaihtoehtoja.⁵ Tässä tutkimuksessa on tarkoitus selvittää, 1) miten sääntely on muuttunut tiedonsiirtovälineellä tapahtuvassa kuulustelussa, 2) miten kuulusteluja tiedonsiirtovälineillä koskevaa sääntelyä tulee tulkinta *de lege lata* ja 3) miten tiedonsiirtovälineellä tapahtuvaan kuulusteluun liittyvää sääntelyä tulisi kehittää *de lege ferenda*? Artikkelissa tarkastellaan poliisin esitutkintaprosessia asianomistajan, rikoksesta epäillyn ja todistajan asemaan liittyen.⁶ Artikkelin voidaan jakaa kysymysten perusteella oikeushistorialliseen, lainopilliseen ja viimeisen kysymyksen mukaiseen *de lege ferenda* -osuuteen.

Rakenteellisesti artikkeli jakautuu siten, että toisessa luvussa käydään läpi tiedonsiirtovälineellä tapahtuvan kuulustelun sääntelyn muutosta. Kolmannessa luvussa tuodaan esille kuulustelun funktioita, jotka luovat pohjan neljännen luvun sääntelyä koskevalle systematisoinnille ja tulkinnalle. Tarkastelu rajoittuu neljännessä luvussa lähinnä puhelimeen ja sähköpostiin, koska ne ovat tällä hetkellä selvästi yleisimmät tavat suorittaa kuulustelu tiedonsiirtovälineillä. Viimeisessä luvussa käydään läpi teknologisen kehityksen vaikutuksia kuulustelutavoille ja nostetaan esille erilaisia lainsäädännöllisiä uudistamistarpeita.

videoneuvotteluna suoritetuista kuulusteluista. Palaan tähän jaotteluun vielä tarkemmin myöhemmin.

⁵ Ks. esimerkiksi Helminen – Lehtola – Virolainen 1988, s. 145–150, ja vertaa tekstiä Fredman ym. 2020, s. 442–447. Ks. pidättyväisestä suhtautumisesta myös Tolvanen – Kukkonen 2011, s. 100–101.

⁶ Artikkelista rajautuu pois asiantuntijan kuulemiseen liittyvä sääntely ja tulkinta.

2 TIEDONSIIRTOVÄLINEELLÄ TAPAHTUVAN KUULUSTELUN SÄÄNTELYN HISTORIA

Puhelimen katsotaan keksityn vuonna 1876, ja Suomi sai siihen ensikosketuksensa heti alkuvuosina.⁷ Poliisille ensimmäiset puhelimet näyttäytivät 1900-luvun alkupuolella välineenä hälyttää paikalle apua nopeasti tai välittää viestejä poliisien kesken. Puhelin olikin tarkoitettu lähinnä tärkeiden ja kiireellisten poliisiviestien välittämiseen.⁸ Ennen toista maailmansotaa useimpien kaupunkien poliisiasemilta löytyi jo puhelin, mutta maaseudulla niitä oli vain kolmanneksella poliisiviranomaisista.⁹ Varsinaisiin kuulusteluihin puhelimia ei käytetty, vaikka niitä voitiin käyttää apuna esitutkinnassa oheisen esimerkin mukaisesti.

Länsi-Suomi-lehdessä oli vuonna 1934 esillä tapaus, jossa kerrottiin Raumalle paenneen pelikorttien salakuljettajan ”puhelinkuulustelusta”. Epäilty oli yrittänyt tuoda maihin Vaasan satamassa 168 pakkaa leimamattomia pelikortteja, mutta oli poliisin nähdessään paennut. Vaasan poliisi kuitenkin selvitti tekijän, jonka Rauman poliisi otti kiinni. Vaasan poliisi kuulusteli puhelimitse epäiltyä, joka tunnusti syyllisyytensä, minkä jälkeen hänet lähetettiin pidätettynä Vaasaan.¹⁰

Puhelimet yleistyivät vuosien saatossa, mutta sääntelyä puhelinkuulusteluun liittyen ei ilmestynyt.¹¹ Poliisia ohjaava normisto tosin perustui muutoinkin hyvin pitkälti hallinnollisiin määräyksiin, eikä varsinaista esitutkintalakia ollut saatu säädettyä. Sitä oli yritetty jo 1900-luvun alusta asti osana oikeudenkäyntijärjestelmän kokonaisuudistusta.¹² Kokonaisuudistuksiin liittyvissä ehdotuksissa ei puhelinkuulustelua mainittu, eikä myöskään niitä seuranneissa esitutkintalain erillisuudistusyrityksissä

⁷ Helsingin ja Porvoon välille puhelinlinja saatiin vuonna 1885. Ks. tarkemmin puhelimen syntyhistoriasta sekä rantautumisesta Suomeen Lindell 2009, s. 275–289. Ks. myös Julistus niistä ehdoista, joilla telefonihoitoja saadaan maahan asettaa ja käyttää (41/1886).

⁸ Pelttari 1941, s. 270.

⁹ Koskimies 1937, s. 571.

¹⁰ Ks. Länsi-Suomi 1934, s. 2.

¹¹ Sääntely ja ohjeistus koski lähinnä puhelinten hankkimista tai puhelujen välittämistä. Hankkimisen kohdalla lähinnä maaseutupoliisia koski Valtioneuvoston päätös virkapuhelinten hankkimisesta valtion viran tai toimen haltijoille eräissä tapauksissa (199/1943). Lisäksi voidaan mainita Asetus Suomen sisäisten puhelujen välittämisestä posti- ja lennätinlaitoksen puhelinverkolla (93/1939). Kyseisessä asetuksessa säänneltiin virkapuheluista ja niiden toimitusjärjestyksestä. Virkapuhelut jaettiin asetuksen 3 §:ssä tavallisiin virkapuheluihin, kiireellisiin virkapuheluihin ja hätäpuheluihin.

¹² Oikeudenkäyntijärjestelmän kokonaisuudistuksia yritettiin laskutavasta riippuen kymmenisen kertaa vuosien 1901–1939 välillä.

vuosina 1947 ja 1964.¹³ Ensimmäisen kerran puhelinkuulustelu nostettiin esille poliisin käskylehdessä 5/1970. Tuolloin oltiin jo vahvasti lankapuhelinajassa ja tiedonsiirron mullistusten alkumetreillä, koska jo 1980-luvun lopulla Suomessa soitettiin ensimmäiset puhelut NMT-puhelimella.¹⁴

Käskylehdessä todettiin, että kuultavan kuulustelemista henkilökohtaisesti oli pidettävä pääsääntönä. Tutkinta oli mahdollisuuksien mukaan suoritettava siten, ettei henkilöitä tarpeettomasti kutsuta pitkien matkojen päästä kuulusteluun tai suoriteta kuulustelua asianomaiselle suurta haittaa tuottavana aikana.¹⁵ Pieniä ja asian kannalta vähemmän tärkeitä kuulusteluja ja muita toimenpiteitä, joilla ei katsottu olevan rikoslain (39/1889, RL) silloisen 17 luvun 4 §:n perätöntä lausumaa koskevan säännöksen kannalta merkitystä, saatiin suorittaa myös puhelimitse.¹⁶ Rikoksesta epäillyn ja todistajan kohdalla oli erikseen ehtona, että kyseessä tuli olla vain vähäinen täydennys tai tarkistus ja että kuulustelun suorittaja vakuuttui keskusteluvansa oikean henkilön kanssa. Kuultavan tuli lisäksi suostua puhelinkuulusteluun.¹⁷ Lisähuomiona todettiin, ettei puhelinkuulustelussa tarvinnut olla läsnä kuulustelutodistajaa.¹⁸

Eduskuntalain tasoista puhelinkuulusteluihin liittyvää sääntelyä ehdotettiin ensimmäisen kerran vuoden 1973 ehdotuksessa esitutkintalaiksi, jonka kanssa samansuuntainen oli vuoden 1980 ehdotus esitutkintalaiksi. Ehdotuksissa katsottiin poliisin käskylehden tavoin, että nykyaikainen esitutkintamenettely ei aina edellyttänyt tutkittavan henkilökohtaista käyntiä poliisiasemalla, tai edes kuulemista. Myös puhelimitse, kirjallisesti tai asiamiehen välityksellä tapahtuva selvitysten antaminen olisi ollut sallittua niissä tapauksissa, joissa se haitatta ja tutkinnan luotettavuutta vaarantamatta olisi käynyt päinsä. Tällä tavoin olisi haluttu saavuttaa tarpeellista

¹³ Puhelimen käyttö ja siihen liittyvä lainsäädäntö oli kuitenkin ollut esillä oikeuskirjallisuudessa. Ks. Kekomäki 1954, s. 36, jossa hän toteaa, että silloisen rikoslain 17 luvun 4 §:ssä säädetyn perättömän lausuman tunnusmerkistö ei todennäköisesti toteudu, jos lausuma on annettu poliisille puhelimessa.

¹⁴ Jo vuonna 1964 esiteltiin New Yorkin maailmannäyttelyssä kuvapuhelin. Suomessa ensimmäinen kuvapuhelin esiteltiin vuonna 1968, mutta se ei saanut jalansijaa markkinoilla. Ks. Immonen 2002, s. 214–216.

¹⁵ Poliisin käskylehti 5/1970, s. 3. Lyhyet ja asian kannalta vähemmän tärkeät kuulustelut ja muut toimenpiteet saatiin suorittaa asianomaisen työpaikalla tai asunnolla tai muussa hänelle sopivassa paikassa edellyttäen, että sekä asianomainen itse että kyseisen paikan haltija tai hänen edustajansa suostuvat siihen eikä tutkinnan tarkoitus siitä kärsi.

¹⁶ Tuolloinen RL 17:4 koski perätöntä lausumaan viranomaismenettelyssä, josta säädetään nykyisin RL 15:2:ssä. Tuolloinkaan säännös ei koskenut rikoksesta epäiltyä eikä sovelnut puhelimitse annettuun lausumaan. Ks. HE 6/1997 vp, s. 16.

¹⁷ Poliisin käskylehti 5/1970, s. 3.

¹⁸ Poliisin käskylehti 5/1970, s. 5.

joustavuutta sekä vähennetty tutkittaville esitutkinnasta johtuvia vaivoja ja haittoja.¹⁹ Edellytysten harkinta olisi jätetty tutkijan arvioitavaksi.²⁰

Varmimpana tapana saada tietoja rikoksesta ja tapahtumien kulusta pidettiin kuulustelua henkilökohtaisesti, jonka katsottiin myös olevan pääsääntö esitutkinnassa.²¹ Asianomistaja, ja vähäisissä tapauksissa rikoksesta epäilty, joka ei kiistänyt häntä vastaan tehdyn rikosilmoituksen oikeellisuutta, olisi saanut antaa lausumansa asiamiehen välityksellä tai puhelimitse. Edellytyksenä tälle olisi ollut, että puhelinkuuleminen olisi tapahtunut haitatta ja vaarantamatta tutkinnan luotettavuutta. Haitasta esimerkkinä mainittiin tutkinnan viivästyminen.²² Puhelinkuulustelun kohdalla ei olisi sovellettu uudelleenkuulemista koskevan rajoitussäännöksen 12 tunnin määräaika.²³

Asianomistaja olisi voitu jättää kuulematta, jos hänellä ei olisi ollut rikosta selvittäviä tietoja ja hän olisi pystynyt muulla tarkoitukseen soveltuvalla tavalla ilmoittamaan syyteestä päättämistä sekä oikeudenkäyntiä varten tarvittavat seikat. Lisäksi todettiin, että tietojen olisi tullut olla riittäviä, eikä olisi tullut olla syytä epäillä tiedon sisältöä, tai sen antajaa virheelliseksi. Esimerkiksi liikennerikosasiassa, jossa ainoana seikkana olisi kysytty rangaistus- ja korvausvaatimuksia, olisi voinut asian hoitaminen tapahtua puhelimitse tai kirjeitse.²⁴

Todistajien kohdalla kynnys puhelinkuulustelun käytölle olisi ollut molemmissa ehdotuksissa korkea ja kielletty kokonaan jälkimmäisen osalta. Vuoden 1973 ehdotuksen mukaan todistajien varsinainen kuulustelu sekä suuremmat tarkistukset olisi tullut hoitaa henkilökohtaisesti. Joustavuus tutkintamenetelmissä olisi kuitenkin edellyttänyt, että todistajien kuulustelukertomuksia olisi voitu täydentää vähäisissä asioissa puhelimitse.²⁵ Vuoden 1980 ehdotuksessa todistajan puhelinkuulustelu olisi rajattu kokonaan pois, koska vaikka todistajiltakin jouduttiin kysymään puhelimitse tarkennuksia, ei sille katsottu voitavan antaa kuulustelukertomuksen arvoa. Syy tähän oli totuusvelvollisuuden puuttuminen silloisen RL 17:4:n

¹⁹ OML 1973, s. 10; OML 1980, s. 13–14.

²⁰ OML 1973, s. 19; OML 1980, s. 25.

²¹ Asianosainen olisi voinut myös antaa kuulemisen sijasta kirjallisia selvityksiä, jos se olisi voinut tapahtua sopivasti ja olisi ollut tutkinnan edistämisen kannalta tarkoituksenmukaista. Esimerkkinä mainittiin laajat talousrikokset. Ks. OML 1973, s. 25; OML 1980, s. 25.

²² OML 1973, s. 19 ja 130; OML 1980, s. 25.

²³ OML 1973, s. 25; OML 1980, s. 25.

²⁴ OML 1973, s. 19 ja 131.

²⁵ OML 1973, s. 19. Vuoden 1973 ehdotuksessa todettiin, että haitan ja tutkinnan luotettavuuden arviointiin soveltuvat samat edellytykset kuin asianomistajan ja rikoksesta epäillyn kohdalla.

mukaisesti.²⁶ Todistajalta kirjalliset selvitykset olisivat olleet kokonaan kiellettyjä vuoden 1973 ehdotuksessa. Tähän oli syynä todistajien kertomusten tärkeys ja niille asetettavat luotettavuusvaatimukset.²⁷ Vuoden 1980 ehdotuksessa nämä olisi sallittu, mutta niiden antamisen olisi tullut tapahtua todistettavasti kuulustelun aikana esimerkiksi havainnollistavilla piirroksilla tai laskelmilla.²⁸

Esitutkintalain säätämisyrityksiä jatkettiin ja ensimmäinen esitutkintalaki saatiin viimein voimaan vuonna 1989. Puhelinkuulustelu ei ollut nousut ennen esitutkintalain säätämistä kovin merkittävänä asiana esille poliisioikeudellisessa kirjallisuudessa.²⁹ Puhelinkuulustelujen suorittaminen olikin harvinaista, vaikka lankapuhelimet olivat jo yleisiä.³⁰ Esitutkintalain voimaantulon jälkeen 1990-luvulla oltiin siirtymässä digitaaliaikaan analogisen NMT-verkon jälkeen, mutta lankapuhelin ei ollut vielä kadonnut kuvioista. Vuonna 1994 lankapuhelintiheys kotitaloutta kohti olikin suurimmillaan ja lähes jokaisessa kodissa oli lankapuhelin. GSM-puhelimien yleistymisen myötä lankapuhelimien määrä alkoi kuitenkin laskea. Vuonna 2007 enää 41 prosentilla kotitalouksista oli lankapuhelin käytössä ja ainakin yksi matkapuhelin oli 97 prosentilla kansalaisista.³¹

Voimaansaatettu sääntely puhelinkuulusteluista myötäili vuosien 1973 ja 1980 ehdotuksia. Kuulusteluista säädettiin vanhan esitutkintalain 22 §:ssä, jonka 1 momentin mukaan pääsääntönä oli, että kuulusteltavan oli oltava itse läsnä kuulustelussa. Esitöiden mukaan silloisessa rikostutkinnassa ei kuitenkaan voitu pitää välttämättömänä, että selvitysten ja tietojen antajan oli aina oltava läsnä toimituksessa. Tätä perusteltiin sillä, että kuulusteltavalta saatavat tiedot voivat olla joskus kohtuuttomia kuulusteluun saapumisesta hänelle aiheutuviin haittoihin nähden.³²

²⁶ OML 1980, s. 25.

²⁷ OML 1973, s. 19 ja 130.

²⁸ OML 1980, s. 25.

²⁹ Teoksessa Rikosten selvittämisestä vuodelta 1981 viitattiin puhelinkuulusteluun vain asianomistajan kuulustelun kohdalla ja silloinkin vain niissä tapauksissa, joissa kuulustellulla ei ollut merkitystä todisteena; ks. Laento – Kotakoski 1981, s. 109. Samana vuonna ilmestyi viides painos *Tauno Tirkkosen* Suomen prosessioikeutta pääpiirteittäin -teoksesta. Siinä ei esitutkintaa koskevassa kuulusteluosassa nostettu esille puhelinkuulustelua millään tavoin. Ks. Tirkkonen 1981, s. 179.

³⁰ Ks. Kinnunen 1990, s. 44. Tutkimuksessa todettiin poliisin käytänteistä, että tapauksissa, joissa asianomistajan kertomusta ei voida käyttää todisteena eikä se oletettavasti tuo uutta käännettä tutkintaan, voidaan kuulustelu tehdä puhelimitse. Näin etenkin silloin, kun kysymyksessä on ns. muodollinen asianomistaja, joka ei tiedä paljoakaan tapahtumien kulusta, mutta haluaa esittää vaatimuksia. Todistajien kuuleminen puhelimitse ei sen sijaan ollut sallittua. Ks. myös Helminen – Lehtola – Virolainen 1988, s. 146.

³¹ Ks. tarkemmin televiestinnän historiasta tilastojen valossa Tilastokeskus 2007.

³² HE 14/1985 vp, s. 26. Lisäksi voidaan mainita, että jos tiedot saatiin asianomistajalta

Vanhan esitutkintalain 22 §:n 1 momentin mukaan asianomistaja ja merkitykseltään vähäisissä asioissa rikoksesta epäilty, joka ei kiistänyt rikosilmoituksen oikeellisuutta, sai antaa lausuman asiamiehen välityksellä tai puhelimitse. Lisäedellytyksenä oli, että tutkija katsoi, ettei siitä aiheudu haittaa ja ettei se vaaranna tutkinnan luotettavuutta. Hallituksen esityksessä esimerkkinä haitan aiheutumisesta mainittiin tutkinnan viivästyminen, minkä lisäksi todettiin, että päätöksen kuulustelun suorittamistavasta tekee tutkija. Samoin edellytyksin myös todistajaa saatiin kuulustella puhelimitse.³³

Esitöissä viitattiin taas kerran rikoslain silloiseen 17 luvun 4 §:ään, jonka soveltumattomuuden takia oli esitutkintalain säätämiseen asti pidetty välttämättömänä, että todistajaa kuulustellaan vain hänen ollessaan henkilökohtaisesti läsnä. Esitöissä kuitenkin todettiin, että joissakin tilanteissa olisi kohtuullista kuulla todistajaa puhelimitse eikä velvoittaa häntä tulemaan mahdollisesti pitkänkin matkan takaa poliisiasemalle.³⁴ Henkilökohtaisesti oli kuultava aina niitä todistajia, joiden kertomus oli syyllisyyskysymyksen kannalta merkittävä. Joka tapauksessa tutkijan tuli päättää, oliko todistajan kuulemisesta puhelimitse haittaa tutkinnalle tai vaarantaisiko se sen luotettavuuden.³⁵

Syyksi poikkeamiseen silloisen RL 17:4:n sääntelystä puhelinkuulusteluissa mainittiin se, että puhelimitse kuulusteltaessa kuulusteltavalla ei ollut mahdollisuutta riittävän perusteellisesti tarkistaa, miten lausuma oli kirjattu.³⁶ Tämän takia ei pidetty kohtuullisena, että rangaistusuhka ulottuisi puhelimitse tapahtuvaan kuulusteluun.³⁷ Siksi myös RL 17:4:n sääntelyä täsmennettiin esitutkintalain säätämisen yhteydessä siten, että se koski vain kuulustelua, jossa kuultava oli henkilökohtaisesti läsnä.³⁸ Jotta kyseinen rangaistusuhan ero pystyttiin ottamaan huomioon, tuli kuulustelu-

tapahtumista riittävän luotettavasti jo rikosilmoitusta vastaanotettaessa, kirjeitse tai puhelimitse, voitiin varsinaisesta kuulustelusta luopua. Ks. HE 14/1985 vp, s. 27

³³ HE 14/1985 vp, s. 26.

³⁴ Esimerkkinä mainittiin tilanteet, joissa todistajalla on vain vähäisiä, tutkinnan kannalta suhteellisen merkityksettämiä tietoja. Lisäksi olisi voinut olla kyse tilanteesta, jossa todistajaa oli kuultu jo henkilökohtaisesti, mutta jälkepäin jouduttiin tekemään täydentäviä tai täsmentäviä kysymyksiä muiden kuultavien kertomusten takia.

³⁵ HE 14/1985 vp, s. 26–27.

³⁶ HE 14/1985 vp, s. 75–76.

³⁷ Vaikka rangaistussäännös ei koskenut alustavia puhutteluja, viitattiin esitöissä muihin rangaistussäännöksiin. Perättömän lausuman saattoi tulla rangaistavaksi silloisen rikoslain 16 luvun 20 §:n mukaan rikoksen suosimisena tai poliisilain (84/1966) 30 §:n 1 momentin 3 kohdan mukaan niskoitteluna poliisia vastaan. Tämä koski myös puhelimitse tapahtunutta kuulustelua. Ks. HE 14/1985 vp, s. 76.

³⁸ HE 14/1985 vp, s. 27.

pöytäkirjasta VETL 22.1 §:n mukaisesti käydä ilmi, miltä osin lausuma tai kertomus oli annettu asiamiehen välityksellä tai puhelimitse.³⁹

Rikosprosessi uudistui oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain (689/1997, ROL) säätämisen myötä, jonka jälkeen esitutkinnassa annettuja kuulustelukertomuksia ei enää vain ”uudistettu” tuomioistuimessa, koska tilalle tuli suullinen ja välitön rikosprosessi.⁴⁰ Samaan aikaan internetin käyttö alkoi arkipäiväistyä ja puhelimen rinnalle alettiin käyttää muitakin tiedonsiirtovälineitä, mihin poliisi ja lainsäädäntökin alkoivat pikkuhiljaa reagoida.⁴¹ Kuulustelut eri tiedonsiirtovälineillä mahdollistettiin vanhan esitutkintalain muutoksella (645/2003) vuodesta 2004 alkaen, jolloin säännöksestä tuli teknologianeutraali.⁴²

Esitöissä katsottiin jo tulevaisuuteen, jossa tiedonsiirtovälineiden saataavuuden ja hintatason kehittyminen mahdollistaisi kuulustelun käymisen kuulustelijan ja kuulusteltavan välisenä videoneuvotteluna. Videoneuvottelussa todettiin esimerkiksi olevan mahdollisuus havaita välittömästi kuulusteltavan suhtautuminen ja reaktiot kuhunkin kysymykseen, jos se oli tutkittavan asian selvittämiseksi tärkeää. Muutoksen myötä säännöstä ei enää sidottu pelkkään puhelimeen, vaan kuulustelu oli mahdollista suorittaa teoriassa millä tiedonsiirtovälineellä tahansa. Esimerkkeinä mainittiin sähköposti ja telekopio.⁴³ Näillä katsottiin olevan mahdollista lähettää asian laadun salliessa kysymyssarja yhtenä kokonaisuutena, johon kuultavan odotettiin myös vastaavan yhtäjaksoisesti. Tällä toimintatavalla taattiin se, että kuultava sai tarvittaessa hankkia lisätietoja vastausten laatimista varten.⁴⁴

Pääsääntönä säilyi edelleen kuulustelujen toimittaminen henkilökohtaisesti. Edellytyksenä säilyi entiseen tapaan myös kuulusteltavan asemasta riippumatta se, että puhelinkuulustelun tuli tapahtua tutkijan mielestä haitatta ja vaarantamatta tutkinnan luotettavuutta.⁴⁵ Rikoksesta epäillyn

³⁹ Lakivaliokunta lisäsi kyseiseen 1 momenttiin edellä mainitun lisäksi myös sen, että ennen kuulustelua kuulusteltavalle tuli ilmoittaa hänen asemansa esitutkinnassa. Ks. perusteluista tarkemmin LaVM 9/1986 vp, s. 6.

⁴⁰ Ks. muutoksesta tarkemmin Virolainen – Pölönen 2003, s. 11–12.

⁴¹ Poliisi esimerkiksi aloitti nettipoliisitoiminnan sosiaalisessa mediassa syyskuussa 2008.

⁴² Esitöissä todettiin kuulustelua koskevien säännösten olleen tarpeettoman joustamattomia, koska puhelimen rinnalle oli kehittynyt myös muita tiedonsiirtovälineitä. Lisäksi haluttiin laajentaa puhelinkuulustelujen alaa varsinaisen henkilökohtaisesti tapahtuneen kuulustelun jälkeisiin vähäisiin täydennyskuulusteluihin. Ks. HE 52/2002 vp, s. 16.

⁴³ Telekopiolla tarkoitettiin faksia, joka on edelleen jossain määrin käytössä poliisissa, tosin vähemmän kuulusteluissa.

⁴⁴ HE 52/2002 vp, s. 36.

⁴⁵ HE 52/2002 vp, s. 36. Samalla myös siirrettiin velvollisuus ilmoittaa kuultavalle asemansa esitutkinnassa omaan säännökseen.

puhelinkuulustelujen ehtoja lievennettiin siten, että aikaisemmin suoritetun kuulustelun vähäinen täydentäminen sallittiin tiedonsiirtovälineellä riippumatta siitä, oliko epäilty myöntänyt teon tai oliko asia merkityksellään vähäinen.⁴⁶

Vuoden 2014 kokonaisuudistuksessa esitutkintalakia muutettiin edelleen sallivampaan suuntaan. Vaikka matkapuhelimia oli käytössä jo vuoden 2004 uudistuksen aikaan, nostettiin vasta nyt esille matkapuhelien käytön mukanaan tuomat edut nopeana kuulustelutapana. Lisäksi todettiin vuoden 2004 uudistuksen tavoin, että kuulustelu voitaisiin toimittaa myös käyttäen videoneuvottelua tai vastaavaa kuva- ja äänyhteydellä varustettua tiedonsiirtovälinettä.⁴⁷

Lähtökohtana säilyi kuulusteltavan läsnäolo henkilökohtaisesti kuulustelussa, mutta kuulustelu oli edelleen mahdollista suorittaa myös asianmiehen välityksellä, puhelimitse tai muulla vastaavalla tiedonsiirtovälineellä (ETL 7:1.1).⁴⁸ Tutkijalle jätettiin edelleen laaja päätösvalta kuulusteltavan valinnassa (ETL 7:1.2). Arviointiin ei enää suoraan vaikuta kuultavan asema, vaan arvio tehdään haitan ja tutkinnan luotettavuuden perusteella ja lähtökohtana on kuultavan suostumus. Jos kuultava haluaa tulla kuultavaksi henkilökohtaisesti, se mahdollisuus hänelle tulee myös taata. Lisäksi korostettiin sitä, että tiedonsiirtovälineellä kuultaessa tutkinnan luotettavuusnäkökohdat on harkittava tarkkaan. Olennaisesti kaikkien tiedonsiirtovälineillä tapahtuvien kuulustelujen kohdalla nähtiin se, että kuulusteltavan henkilöllisyys pystytään varmistamaan riittävällä tavalla.⁴⁹

Uudistuksessa poistettiin loputkin rikoksesta epäiltyä koskevat rajoitukset. Riittävän luotettavaan kuulemiseen katsotaan päästävän, vaikka epäilty kiistäisi rikosilmoituksen oikeellisuuden tai vaikka kysymyksessä ei olisi ainoastaan aikaisemman kuulustelun vähäinen täydentäminen.⁵⁰ Näkökohdan katsotaan korostuvan erityisesti asioissa, joissa epäillyllä ei ole

⁴⁶ HE 52/2002 vp, s. 36. Erikseen todettiin kiistämiseen kohdalla huomioon otettavaksi, että kuulusteltavan valintaa koskevien säännösten tarkoituksena on edistää nimenomaan tapahtuneiden tosiasioiden selvittämistä. Tämän vuoksi rikoksesta epäillyn ei katsottu kiistävän rikosilmoituksen oikeellisuutta, jos hän myönsi rikosilmoituksessa kuvatun tapahtumainkulun, mutta kiisti syyllistyneensä rangaistavaan menettelyyn. Se, että kiistäminen perustui rikoksesta epäillyn esittämään oikeudelliseen arvioon tapahtuneesta, ei katsottu vaarantavan arvion kohteena olevien tosiseikkojen selvittämistä.

⁴⁷ HE 222/2010 vp, s. 215.

⁴⁸ Lisäksi todistajalta poistettiin rajoitukset antaa kirjallisia selvityksiä. Tällä hetkellä asianosaiselta tai todistajalta on otettava vastaan heidän tarjoamansa kuulustelukertomusta täydentävät kirjalliset selvitykset (ETL 7:1.3).

⁴⁹ HE 222/2010 vp, s. 215.

⁵⁰ Samalla velvollisuus kirjata kuulustelutapa kuulustelupöytäkirjaan siirrettiin omaan esitutkintalain 9 luvun 1 §:n 3 momenttiin.

juurikaan lausuttavaa. Samaan aikaan tosin muistutettiin, että epäiltyä olisi kuultava henkilökohtaisesti, jos tutkinnan luotettavuus muutoin vaarantuisi.⁵¹ Joka tapauksessa erilliset rajoitukset kuulla epäiltyä tiedonsiirtovälineillä poistuivat.

3 KUULUSTELUN FUNKTIOT JA KUULUSTELUTAVAT ESITUTKINNASSA

Kuulusteluja voidaan pitää keskeisimpänä osana esitutkintaa, vaikka tekninen rikostutkinta ja salaiset pakkokeinot ovatkin saaneet entistä enemmän jalansijaa.⁵² Kuulustelujen pääfunktiot voidaan jakaa karkeasti 1) esitutkintaa ohjaavaan ja 2) rikosprosessuaalista näyttöä palvelevaan tarkoitukseen.⁵³ Kuulustelujen funktioina on nähty myös supportiivisuus, opastaminen ja myönteisen poliisikuvan synnyttäminen.⁵⁴ Pääfunktioista ensimmäinen painottuu esitutkintavaiheeseen, mutta jälkimmäinen koskee prosessia kokonaisuudessaan. Kuulustelut määrittävät esitutkinnassa tutkittavien rikosnimikkeiden tunnusmerkistöä, minkä lisäksi kuulusteluilla selvitetään esitutkintaan mahdollisesti liittyviä henkilöitä ja heidän osuuttaan tapahtumiin. Kuulusteluilla on myös selkeä vaikutus pakkokeinojen käyttöedellytyksille.⁵⁵

Vaikka esitutkinta suoritetaan poliisin toimesta, on myös syyttäjällä oikeus ja tarvittaessa velvollisuus vaikuttaa eri tavoin esitutkintaan (ETL 2:1.1, 3:7.2, 5:2 ja 7:13.2). Riippumatta siitä, että esitutkintaa johtaa tutkinnanjohtaja (ETL 2:2) ja että asia tulee jo esitutkinnassa valmistella pääkäsittelyä varten riittävällä kattavuudella (ETL 1:1.2), on syyttäjän vastuulla, että tuomioistuimessa esitetään riittävän laadukas ja laaja

⁵¹ HE 222/2010 vp, s. 56–57 ja 215.

⁵² Vanhan pakkokeinolain (450/1987) esitöissä ennustettiin avustajien läsnäololla olevan tunnustuksia vähentävä vaikutus, joka edellyttäisi muun todistusaineiston käytön lisäämistä. Ks. HE 14/1985 vp, s. 8. Ks. rikosprosessin tehostamisesta Virolainen – Pölönen 2003, s. 184–186.

⁵³ Ks. koko rikosprosessin funktioista Virolainen – Pölönen 2003, s. 141–151.

⁵⁴ Ks. Karstinen 1998, s. 71–77. Karstisen mukaan supportiivisuudella tarkoitetaan kuulustelun terapeutista merkitystä kuultavalle. Opastaminen on esimerkiksi asianomistajalle annettavia ennalta ehkäiseviä neuvoja sekä rikoksesta epäillyn kasvatuksellista ohjausta. Positiivisen kuvan synnyttämisellä viitataan erityisesti rikoksesta epäiltyyn, jonka kanssa joudutaan mahdollisesti olemaan tekemisissä myöhemminkin. Ks. myös Fredman ym. 2020, s. 353, jossa on mainittu kuulustelujen rikoksia ennalta estävä funktio erityisesti nuorten kohdalla.

⁵⁵ Kuulustelujen perusteella voidaan esimerkiksi arvioida vangitsemisen edellytyksiä tai tarvetta takavarikoida omaisuutta.

todistelu.⁵⁶ Tämä koskee myös kuulusteluja ja niiden suorittamistapaa. Vaikka ETL 7:1.2:n mukaan tutkija tekee arvion kuulustelutavasta, tulee tutkinnanjohtajan, mutta myös syyttäjän, varmistaa, että kuulustelua voidaan tarvittaessa hyödyntää pääkäsittelyssä.⁵⁷

Tuomioistuimessa henkilötodistelu tapahtuu suullisesti, mutta esitutkinnassa suoritetuilla kuulusteluilla voi olla tärkeä rooli sekä näyttönä tuomioistuinkäsittelyssä että pääkäsittelyn kulkuun vaikuttavana tekijänä.⁵⁸ Tuomioistuimella on lisäksi mahdollisuus pyytää syyttäjää täydentämään esitutkintaa (ROL 5:7) ja hankkia näyttöä OK 17:7:n perusteella, jos se ei todennäköisesti tue syytettä.⁵⁹

Oikeuskirjallisuudessa kuulustelutavat on jaettu neljään: suullisesti, puhelimitse, asiamiehen välityksellä ja muulla tiedonsiirtovälineellä tapahtuva kuulusteluun.⁶⁰ Jakoa ei voi pitää enää riittävän kuvaavana, vaikka se myötäileekin säännöksen sanamuotoa. Kuulustelu voidaan ensinnäkin suorittaa henkilökohtaisesti läsnä olevalle eri tavoin ja tarkoituksin. Jos kyseessä ei ole kirjallisesti annettu kuulustelukertomus, on kyseessä aina suullinen kuulustelu, joten ilmaisu on epäselvä suhteessa suullisesti tiedonsiirtovälineellä suoritettavaan kuulusteluun. Lisäksi puhelinkuulustelu on yksi tiedonsiirtovälineellä tapahtuvan kuulustelun muoto, jota koskee lähökohtaisesti sama sääntely kuin muitakin tiedonsiirtovälineitä. Tulee myös huomioida, ettei ETL 7:20:n mukainen alustava puhuttelu ole kuulustelu.⁶¹

Kuulustelut suoritetaan pääosin poliisiasemalla, jolloin voidaan puhua *henkilökohtaisesti läsnä ollen* tapahtuvasta kuulustelusta.⁶² Tämä kuulustelutapa voidaan jakaa kolmeen eri suoritustapaan: 1) todisteeksi ääni- ja kuvatallenteeseen tallennettava kuulustelu, 2) ääni- ja kuvatallenteeseen tallennettava kuulustelu sekä 3) tavanomainen poliisin kirjaama kuulustelukertomus. Ensimmäisessä on kyse ETL 9:4:n mukaisesta todisteeksi

⁵⁶ Pölönen 2003, s. 99 ja 123.

⁵⁷ Käytännössä on erittäin harvinaista, että syyttäjä ottaisi kantaa kuulustelutapaan ennakolta. Sinänsä syyttäjää voidaan katsoa koskevan sama arviointikehikko kuin tässä artikkelissa esitetään.

⁵⁸ Pölönen – Tapanila 2015, s. 152.

⁵⁹ Ks. tarkemmin esitutkinnan täydennyttämisestä Määttä 2013, s. 381–383.

⁶⁰ Ks. Fredman ym. 2020, s. 442–443; Helminen – Lehtola – Virolainen 2005, s. 328. Ennen vuoden 2004 uudistusta ks. Helminen – Lehtola – Virolainen 2002, s. 286, jossa tiedonsiirtoväline oli korvattu termillä kirjallinen.

⁶¹ Alustavassa puhuttelussa tulee kuitenkin noudattaa ETL 5:1:n kuulusteltavan kohtelua koskevaa säännöstä ja todistajan ilmaisuvelvollisuuteen ja todistamisesta kieltäytymiseen liittyvää ETL 7:8:ää. Lisäksi tulee huomioida tietyt oikeusturvaan liittyviä seikkoja. Esimerkiksi oikeus avustajaan ja kielelliset oikeudet on huomioitava myös alustavassa puhutuksessa. Ks. HE 222/2010 vp, s. 199 ja 201.

⁶² Kuulustelu voidaan suorittaa myös kuultavan kotona tai muussa paikassa, mikä ei muuta sitä, että kyseessä on edelleen henkilökohtaisesti läsnä ollen suoritettava kuulustelu.

videolle tallentamisesta, jossa kuultavana on yleensä alle 18-vuotias tai seksuaalirikoksen asianomistaja.⁶³ Toinen tapa pitää sisällään kolmannen kuulustelutavan mukaisen kuulustelun, joka tallennetaan vastaisuuden varalle ääni- ja kuvatallenteeseen ETL 9:3:n mukaisesti.⁶⁴

Oikeuskirjallisuudessa videoneuvotteluna tapahtuva kuulustelu on rinnastettu kuulusteluun muulla tiedonsiirtovälineellä, vaikka kuultava olisi poliisiasemalla ja tutkija toisella.⁶⁵ Tällöin tulisi kuitenkin puhua henkilökohtaisesti läsnä ollen tapahtuvasta kuulustelusta, jolloin ETL 7:1.2:n mukaista haitta- ja luotettavuusarviointia ei ole tarpeen tehdä.⁶⁶ Jos noudatetaisiin aikaisemmin mainittua oikeuskirjallisuuden tulkintaa, ei myöskään RL 15:2:n sääntely soveltuisi kyseiseen kuulustelutilanteeseen.⁶⁷ Kuulusteltavan voidaan katsoa olevan aina henkilökohtaisesti läsnä kuulustelussa ETL 7:1.1:n mukaisesti, jos kuulustelua on valvomassa poliisimies, joka pystyy myös varmistamaan kuultavan henkilöllisyyden ja tilanteen autenttisuuden.⁶⁸

Vaikka tämä suoritustapa ei ole vielä poliisilla käytössä ja kyse on käytännössä tiedonsiirtovälineellä tapahtuvasta kuulustelusta, tulisi *etävideokuulustelu* jatkossa erottaa omaksi kuulustelutavakseen.⁶⁹ Etävideokuulustelu liittyisi tilanteisiin, joissa kuultava ei ole poliisin kanssa henkilökohtaisesti tekemisissä vaan kuulustelu suoritetaan ääni- ja kuvayhteyttä käyttäen. Tällöin voidaan erottaa edellä kuvattu henkilökohtaisesti läsnä ollen videoneuvotteluna suoritettava kuulustelu etävideokuulustelusta. Etävideo-

⁶³ Kyseistä tallennetta käytetään henkilötodistelun sijasta tuomioistuimissa todisteena. Ks. tarkemmin Fredman ym. 2020, s. 446–447. Ks. kyseisen ”staattisen” todisteen kritiikistä Pölonen – Tapanila 2015, s. 323–324.

⁶⁴ Tallentaminen on tarkoitettu lähinnä vakaviin rikoksiin liittyviin tai muutoin haasteellisiin kuulusteluihin. Esitöissä haasteilla viitataan todistajien keskenään ristiriitaisiin kuulusteluihin tai siihen, että he jättävät positiivisesta totuusvelvollisuudesta huolimatta jotain kertomatta. Lisäksi mainitaan kuultavaa koskevana synä ikä, päihtyneisyys, mielentilan häiriintyneisyys tai ulkomaalaisuus. Ks. tarkemmin HE 222/2010 vp, s. 228–229. Ei tosin ole estettä sille, että videoitu kuulustelu litteroidaan ja kyseinen litterointi ajaa kuulustelukertomuksen aseman, minkä lisäksi kuulustelutilanteesta säilytetään videotallennetta erikseen.

⁶⁵ Fredman 2020 ym., s. 445–446.

⁶⁶ Ks. Helminen – Lehtola – Virolainen 1988, s. 149, jossa he toteavat, että tietotekniikan avulla olisi mahdollisuus lähettää tarkentavia ja lisäkysymyksiä varsinaiselle kuulustelijalle. Tällöin on heidän mukaansa edelleen kyse henkilökohtaisesti läsnä ollen tapahtuvasta kuulustelusta.

⁶⁷ RL 15:2:n mukainen perätön lausuma viranomaismenettelyssä ei täyty kuin henkilökohtaisesti läsnä ollen kuultaessa. Ks. HE 222/2010 vp, s. 215.

⁶⁸ Tämän voidaan katsoa koskevan myös tilannetta, jossa kuultava on vankilassa ja vankilan vartija suorittaa henkilöllisyyden tarkistamisen.

⁶⁹ Tämä sen takia, että se vaatii osittain oman haitta- ja luotettavuusarvionsa sekä muutoksia RL 15:2:n sääntelyyn.

kuulustelussa kuulustelutavat voidaan jakaa henkilökohtaisesti läsnä ollen tapahtuvan kuulustelun mukaisesti kolmeen eri suoritustapaan. Palaan aiheeseen tarkemmin artikkelin viimeisessä luvussa.

Kolmantena kuulustelutapana voidaan pitää kuulustelua *tiedonsiirtovälineellä*. Pääsuoritustavoiksi voidaan erottaa 1) puhelinkuulustelu, 2) sähköpostikuulustelu ja 3) muulla tiedonsiirtovälineellä tapahtuva kuulustelu. Muita tiedonsiirtovälineitä voivat olla esimerkiksi harvemmin käytettävät faksi ja tekstiviesti.⁷⁰ Tiedonsiirtovälineellä suoritettavia kuulusteluja voidaan myös yhdistellä esimerkiksi siten, että ensin suoritetaan sähköpostikuulustelu, jota täydennetään puhelimitse, minkä jälkeen kirjataan lopputuloksena kuulustelukertomus.⁷¹ Vaikka ETL 7:1.2:ssa erotetaan puhelinkuulustelu omaksi kohdaksi, ei lainsäätäjällä ole tehnyt eroa puhelimen ja muiden tiedonsiirtovälineiden välille säännöstekstissä tai esitöissä. Tästä huolimatta eri tiedonsiirtovälineillä tapahtuvan kuulemisen haitta- ja luottavuusarvio tulee tehdä osittain eri tavoin.

Viimeisenä ja neljäntenä kuulustelutapana voidaan pitää kuulustelua *asiamiehen välityksellä*, jonka osalta tyydytään tässä tutkimuksessa vain viittamaan ETL 7:1.2:n sääntelyyn.

Kuulustelupöytäkirjojen näyttöä palveleva tarkoitus koskee ensisijaisesti esitutkintaa ja syyteharkintaa, mutta tuomioistuinkäsittelyssä niillä on kaksijakoinen rooli. Syyntä tähän on tuomioistuinkäsittelyn näytön suullinen ja välitön esittäminen.⁷² Tämä asettaa kuulustelukertomuksen toissijaiseksi todistuskeinoksi henkilötodisteluun verrattuna. Tämä ilmenee oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 24 §:n 2 momentista, jonka mukaan oikeudenkäynnissä toimii todisteena käsittelyssä annettu kertomus eikä tuomioistuimessa saa käyttää kuulustelupöytäkirjaa todisteena.⁷³

Tähän on kuitenkin säädetty poikkeuksia. Kuulustelukertomuksen käyttäminen todisteena on mahdollista edellä mainitun momentin mukaan

⁷⁰ Käytännössä näitä tapoja ei juuri käytetä kuulusteluissa. Ei kuitenkaan ole lainsäädännöllistä estettä suorittaa esimerkiksi lyhyt täydennyskuulustelu tekstiviestillä tai kuulustelu sähköpostin tapaan faksilla. Mahdollinen olisi myös ollut nettipoliiseille suunniteltu ja hetken aikaa käytössä ollut Turva-Chat, jossa poliisin palvelimelle ohjattuun chat-keskusteluun olisi saatu kutsuttua henkilö erillisellä linkillä. Ks. Ilta-Sanomat 2013.

⁷¹ On myös mahdollista, että kuultavalta otetaan puhelimitse heti tapahtuman jälkeen kertomus, joka käydään uudestaan läpi ja varmennetaan allekirjoituksella poliisiasemalla. Tällöin kyseessä on henkilökohtaisesti läsnä ollen kuulustelu, vaikka suurin osa kuulustelukertomuksesta olisi saatu tiedonsiirtovälineellä. Ks. myös KM 2009:2, s. 351, jossa todetaan puhelinkuulusteluun liittyen, että kuulustelupöytäkirjan tarkastuttaminen tapahtuisi pääsääntöisesti kertomus ja tiedot kuulustellulle ääneen lukemalla, ellei ole syytä tarjota hänelle tilaisuutta tulla tutustumaan kirjallisessa muodossa olevaan kuulustelupöytäkirjaan.

⁷² Pölonen – Tapanila 2015, s. 151–152.

⁷³ Sama koskee muulle asiakirjalle merkittyä tai muulla tavalla tallennettua lausumaa.

kolmessa eri tapauksessa. Näitä ovat ensinnäkin tilanteet, joissa asiasta säädetään laissa toisin. Kyseeseen voivat tulla myös tilanteet, joissa lausuman antajaa ei voida kuulustella pääkäsittelyssä tai sen ulkopuolella taikka hän on jäänyt asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta tavoittamatta, eikä asian ratkaisua tule enää viivyttää (OK 17:24.2). Kuulustelupöytäkirjaa voidaan käyttää todisteena esimerkiksi tapauksissa, joissa kuultava on kuollut tai todistajaa ei ole tavoitettu lainkaan.⁷⁴ Kynnystä käyttää kuulustelupöytäkirjaa ensisijaisena todisteena voidaan pitää melko korkeana, ja selkeänä pääsääntönä on, että kuultava yritetään saada paikalle.⁷⁵ Edellä mainitun lisäksi poikkeuksen muodostavat tapaukset, joissa kuulustelu on videoitu ETL 9:4:n mukaisesti todisteena käyttämistä varten (OK 17:24.3).⁷⁶

Kuulustelupöytäkirja ei ole lähtökohtaisesti osa oikeudenkäyntimateriaalia, jos kuultava on paikalla tuomioistuimessa ja lausuu asiasta.⁷⁷ Lähtökohtana on, että todistelutarkoituksessa kuultavan asianosaisen ja todistajan tulee esittää kertomuksensa suullisesti viittaamatta kirjalliseen kertomukseen (OK 17:47.1).⁷⁸ Jos kuultava ei anna tuomioistuimessa kertomusta tai se poikkeaa esitutkinnassa annetusta, voi kuulustelupöytäkirja tulla osaksi oikeudenkäyntimateriaalia (OK 17:47.2). Tyypillisin tapaus, jossa kuulustelupöytäkirjaa käytetään, on todennäköisesti tilanne, jossa rikoksesta epäilty muuttaa kertomustaan tuomioistuimessa tai ei halua lausua asiassa mitään.⁷⁹ Tällöin voidaan joutua tilanteeseen, jossa arvioidaan kuulustelupöytäkirjan näyttöarvoa todisteena.

Suomessa on käytössä vapaa todistusharkinta, jossa tuomioistuin on oikeutettu ja velvollinen vapaasti arvioimaan jutussa esitettyjen todisteiden

⁷⁴ Ks. Helenius – Linna 2021, s. 475–476 ja siinä mainitut korkeimman oikeuden ratkaisut.

⁷⁵ Ks. KKO 2018:54. Törkeää ryöstöä koskevassa tapauksessa asianomistaja oli jäänyt pois kutsuttuna hovioikeuden pääkäsittelystä, eikä korkeimman oikeuden mukaan ollut riittävää, että asianomistaja oli saanut kerran tiedoksi kutsun saapua sakon uhalla henkilökohtaisesti pääkäsittelyyn. Tuomioistuimen tulee soveltaa kyseistä säännöstä viran puolesta, eikä osallisten suostumus vaikuta tilanteeseen. Tapauksessa asianomistajan kertomuksella oli keskeinen merkitys, joka puolsi hänen henkilökohtaisesti paikallaoloa.

⁷⁶ Kyse voi olla myös OK 17:24.2:n mukaisesta tilanteesta, jossa lausuman antajaa ei voida kuulustella pääkäsittelyssä tai pääkäsittelyn ulkopuolella taikka hän on jäänyt asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta tavoittamatta, eikä asian ratkaisemista tule enää viivyttää.

⁷⁷ Poikkeuksen tekee ROL 5a luvun mukainen kirjallinen menettely, jossa ROL 5a:7:n mukaisesti voidaan vedota kuulustelupöytäkirjoihin.

⁷⁸ Muistiinpanoja on mahdollista käyttää muistinsa tukemiseen.

⁷⁹ Kyse on tällöin tilanteesta, jossa kuultava ei lausu ylipäätään mitään tai hän vaikenee jostain tietystä kysymyksestä. Jos kyseessä on todistaja, jolla on vaihtelu-oikeus, ja hän on antanut kertomuksen esitutkinnassa, mutta kieltäytyy oikeudessa todistamasta, ei esitutkintakertomusta saa käyttää. Ks. tarkemmin HE 46/2014 vp, s. 106–107.

näyttöarvon (OK 17:1.2).⁸⁰ Oikeuskirjallisuudessa todisteiden arviointi on jaettu empiiris-loogiseen todisteiden näyttöarvon punnintaa koskevaan näyttöarvoon ja normatiiviseen näytön riittävyyttä koskevaan päätöksentekoon. Kuulustelukertomuksen kannalta kyse on ensisijaisesti ensin mainitun mukaisesta todistusharkinnasta, jossa edellä käsiteltyjen säännösten tilanne on konkretisoitunut ja kuulustelukertomuksesta tulee osa näyttöä.⁸¹ Tällöin tuomioistuimien joutuu arvioimaan kuulustelukertomuksen näyttöarvoa suhteessa pääkäsittelyssä esitettyyn todisteluun. Tähän voi olla merkitystä sillä, onko esimerkiksi tiedonsiirtovälineellä suoritettujen kuulustelujen häiritsevä ja luotettavuusarviointi tehty asianmukaisesti.

Riippumatta siitä, että sekä esitutkinta että tuomioistuinkäsittely ovat osa rikosprosessia, on niihin liittyvä sääntely erilaista. Tämä liittyy myös kuulemiseen puhelimella tai muulla tiedonsiirtovälineellä.⁸² Siten esimerkiksi oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 52 §:ssä olevat edellytykset eivät kerro siitä, millä tavoin kuulustelu tulee suorittaa esitutkinnassa. Sama koskee myös oikeudenkäynnistä annetun lain 8 luvun 13 §:ää, jossa säännellään vastaajan kuulemista teknisellä tiedonvälitystavalla.⁸³ Joka tapauksessa säännökset ja niihin liittyvät lainvalmisteluaineistot voivat olla oikeuslähteopillisesti tulkinta-apuna myös esitutkintaan liittyen.

⁸⁰ Ks. vapaasta todistelusta ja todistusharkinnasta esimerkiksi Virolainen – Pölönen 2003, s. 425; Helminen – Lehtola – Virolainen 2002, s. 15.

⁸¹ Jokela 2018, s. 658; Väisänen – Korkman 2014, s. 722–723.

⁸² Ks. esimerkiksi KKO 2013:68, jossa poliisin kuulemista puhelimella pääkäsittelyssä todistajana ei pidetty soveliaana. Esitutkinnassa kyseisenlainen kuuleminen hoidetaan yleensä sähköpostitse tai puhelimella. Ks. myös KKO 2014:78, jossa asiantuntijana kuultavaa lääkäriä ei ollut soveliaasta kuulla puhelimella. Esitutkinnassa kyseessä on yleensä pelkkä lääkärin- tai muu asiantuntijalausunto, eikä henkilöä kuulustella erikseen.

⁸³ Oma kysymyksensä on myös ulkomailla oleskelevan henkilö etäkuuleminen. Tiedossani ei ole, että kuulusteluja esitutkinnassa olisi suoritettu etäyhteydellä, vaan näissä sovelletaan Eurooppalaista tutkintamääräystä (EIO) ja henkilö kuullaan oleskelumaassa.

4 KUULUSTELUJA TIEDONSIIRTOVÄLINEELLÄ KOSKEVA SÄÄNTELY DE LEGE LATA

4.1 Haitta- ja luotettavuusarvioinnin lähtökohdat

Kuulustelusta tiedonsiirtovälineellä säädetään ETL 7:1:ssä, eikä kuulustelutapaa ole enää sidottu suoraan kuultavan asemaan. Arviointi tapahtuu haitta- ja luotettavuusarviointiin perustuen, jolloin kuultavan asemalla on joka tapauksessa edelleen merkitystä. Haitan ja luotettavuuden käsitteille ei ole annettu lainvalmisteluaineistossa tarkkoja ja täsmällisiä rajoja, joten niitä voidaan pitää joustavina normeina.⁸⁴ Lisäksi käsitteiden voidaan katsoa olevan osittain päällekkäisiä. Tulkinta tuleekin tehdä tapauskohtaisella punninnalla. Lähtökohtana tiedonsiirtovälineellä tapahtuvalle kuulustelulle on aina kuultavan *suostumus*.⁸⁵

Haitta- ja luotettavuusarvioinnille ei voida esittää yhtä oikeaa arviointikehikkoa lainvalmisteluaineiston tai oikeuskirjallisuuden perusteella. Tässä artikkelissa tarkastelu suoritetaan yhdeksän eri näkökulman avulla. Tarkastelukulmina haitan ja luotettavuuden arviointiin ovat *tietoturva ja tietosuoja, kuultavan identifiointi, oikeusturva, kuultavalle aiheutuva haitta, rikosprosessin joutuisuus, kuulustelukertomuksen autenttisuus, kuulustelukertomuksen merkittävyys, kuulustelukertomuksen uskottavuus ja lapsen etu*. Tämä arviointikehikko on muodostettu pääosin lainvalmisteluaineistossa ja oikeuskirjallisuudessa esille nostettujen seikkojen perusteella. Tulkintaa tulee tehdä jokaisen kohdan osalta itsenäisesti, vaikka tarkastelukulmat ovatkin osittain päällekkäisiä.

Kuulustelutapaa valitessa tulee ensinnäkin tiedostaa tietoturvaan ja tietosuojaan liittyvät näkökulmat, jotka luonnollisesti korostuvat tiedonsiirtovälineitä käytettäessä. Identifioinnin voidaan katsoa liittyvän myös tietoturvallisuuteen, vaikka se käsittääkin identifioinnin lisäksi myös esitutkinnan salassapitoon liittyvät seikat. Esitutkintalain 7 luku ja koko esitutkintalaki on valmisteltu hyvin pitkälti niitä kuulusteluja silmällä pitäen, joissa kuultava on läsnä paikalla henkilökohtaisesti.⁸⁶ Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö tiedonsiirtovälineillä tapahtuvissa kuulusteluissa tulisi ottaa

⁸⁴ Ks. säännösten joustavuudesta esimerkiksi Aarnio 1989, s. 17–21.

⁸⁵ Oikeuskirjallisuudessa on tosin nostettu esille sellainenkin näkökulma, että kuulustelu tiedonsiirtovälineellä tulisi suorittaa, jos kuultava sitä haluaa eikä tutkijalla ole esittää sen esteeksi hyväksyttävää syytä. Ks. Helminen 2007, s. 229.

⁸⁶ Sama koskee myös vanhemman esitutkintalain sääntelyä ja valmistelua sekä sitä edeltäviä esitutkintalakia koskevia ehdotuksia.

huomioon esitutkintalain menettelysäännöksiä.⁸⁷ Esitutkintalain säännösten noudattaminen muodostaakin oikeusturvan näkökulmasta peruslähtökohdan tiedonsiirtovälineillä tapahtuvien kuulustelujen suorittamiselle.⁸⁸ Tämä pitää sisällään myös ETL 4 luvun mukaiset esitutkintaperiaatteet sekä soveltuvin osin luvussa mainitut esitutkintaan osallistuvien oikeudet. Tiedonsiirtovälineillä tapahtuvissa kuulusteluissa tulee huomioida lisäksi ETL 9 luvun esitutkinta-aineiston kuulusteluun liittyvät säännökset.⁸⁹

Haittaa on perinteisesti käsitelty kuultavalle ajankäytöstä ja matkustamisesta aiheutuvan haitan lisäksi tutkinnan joutuisuuteen liittyvänä seikkana.⁹⁰ Tutkinnan luotettavuuden arviointi taas kiinnittyy enemmän kuulustelun funktioihin, jolloin pääroolissa on kuulustelupöytäkirjan näyttöarvo (so. merkittävyys) mahdollisessa tuomioistuinkäsittelyssä. Luotettavuutta on arvioitu lisäksi henkilön identifiointimahdollisuuksiin liittyen, mutta myös kuulustelukertomuksen autenttisuuden ja uskottavuuden perusteella. Autenttisuus liittyy mahdollisuuteen tarkastaa ja korjata kuulustelukertomuksen sisältö (ETL 9:2), joka on nähty lainvalmistelussa vaikuttimeksi siihen, ettei RL 15:2:n sääntely koske kuulusteluja tiedonsiirtovälineellä.⁹¹

Edellä mainittujen kohtien lisäksi voidaan erottaa *lapsen etu*, joka muodostaa oman erityispiirteensä yleisesti koko rikosprosessiin, mutta myös haitta- ja luotettavuusarvioon. Niin kuin esitutkinnassa yleensäkin, tulee ETL:n oikeusturvasäännösten lisäksi kuulustelua ja sen suorittamista valitessa ottaa huomioon lapsen etu.⁹² Tätä tukee yleisellä tasolla lapsien kohtelusta esitutkinnassa annettu 4 luvun 7 §:n periaatteen kaltainen säännös, joka luo pohjan esitutkinnassa lapsen oikeudelliselle erityisasemalle. Säännöksen mukaan alle 18-vuotiasta on kohdeltava esitutkinnassa hänen ikänsä ja kehitystasonsa edellyttämällä tavalla. Erityisesti on huolehdittava

⁸⁷ Näin myös Halme – Rantaeskola 2014, s. 192.

⁸⁸ Ks. AOKS 1.7.2014 dnro OKV/1462/1/2012. Ratkaisussa mainitaan puhelin kuulusteluihin liittyen seuraavasti: ”Esitutkinnalle asetettujen menettelyllisten vaatimusten noudattaminen on tärkeää muun muassa koko rikosprosessiketjun eheyden turvaamiseksi sekä paitsi epäillyn ja muiden asianosaisten, myös asiaa käsittelevien lainkäytön virkamiesten oikeusturvan varmistamiseksi.”

⁸⁹ Voidaan myös mainita Valtioneuvoston asetus esitutkinnasta, pakkokeinoista ja salaisesta tiedonhankinnasta (122/2014, ESPA) 2 §:n, jossa säännellään tarkemmin kuulustelupöytäkirjan merkinnöistä.

⁹⁰ HE 14/1985 vp, s. 26.

⁹¹ Ks. HE 14/1985 vp, s. 27 ja 75–76.

⁹² YK:n lapsen oikeuksien sopimus (SopS 59–60/1991, LOS) 3 artiklan 1 kohta velvoittaa asettamaan lapsen edun ensisijaiseksi. Ks. lapsen edun ensisijaisuuden periaatteesta tarkemmin Hakalehto 2018, s. 96–104.

siitä, ettei tutkintatoimenpiteistä aiheudu hänelle tarpeetonta haittaa koulussa, työpaikalla tai muussa hänelle tärkeässä ympäristössä.⁹³

4.2 Kuulustelutavan tietoturvallisuus ja tietosuoja

Tietoturvallisuudesta ja tietosuojasta huolehtiminen ovat poliisin lakisääteisiä tehtäviä, ja niiden voidaan katsoa olevan myös osa kuulustelutavan haitta- ja luotettavuusarviointia.⁹⁴ Kuulustelutavan valinnassa korostuu tällöin arviointi sen suhteen, mitä tietoa tallentuu ja mihin sekä kuka pääsee käsittelemään kyseistä tietoa.⁹⁵ Lainvalmisteluaineistossa ei ole otettu mitään kantaa siihen, miten tietoturva ja -suojaseikat vaikuttavat kuulustelutavan valintaan.⁹⁶ Lisäksi Poliisihallituksen aihealuetta koskevat määräykset ja ohjeet liitteineen ovat pääosin salassa pidettäviä, joten tässä artikkelissa ei ole mahdollista käsitellä aihetta kovin syvällisesti.

Poliisin henkilötietojen käsittelyä koskeva lainsäädäntö on suhteellisen uutta, koska se säädettiin vastaamaan Euroopan unionin tietosuojalainsäädännön vaatimuksia.⁹⁷ Laki henkilötietojen käsittelystä rikosasioissa ja kansallisen turvallisuuden ylläpitämisen yhteydessä (1054/2018), eli niin sanottu rikosasioiden tietosuojalaki, koskee poliisin osalta rikosten ennalta

⁹³ Lisäksi säännöksen 2 momentissa todetaan, että alle 18-vuotiaisiin kohdistuvat tutkintatoimenpiteet on mahdollisuuksien mukaan annettava tähän tehtävään erityisesti perehtyneille tutkijoille. Esitutkintaviranomaisen on tarvittaessa neuvoteltava lääkärin tai muun asiantuntijan kanssa siitä, voidaanko alle 18-vuotiaaseen kohdistaa tutkintatoimenpiteitä.

⁹⁴ Tietoturvallisuudella tarkoitetaan poliisiorganisaatiossa asiantilaa, jossa poliisihallinnon tai sen kumppaneiden tietojen, tietojärjestelmien ja tietoliikenteen saatavuuteen, eheyteen, luottamuksellisuuteen ja kiistämättömyyteen kohdistuvat uhat ja riskit eivät missään olosuhteissa aiheuta merkittävää riskiä poliisin tehokkaalle toiminnalle. Tietosuojaan kuuluvat luonnollisten henkilöiden yksityiselämän suoja ja muut sitä turvaavat oikeudet henkilötietoja käsiteltäessä sekä näiden oikeuksien ja henkilöiden etujen sekä oikeusturvan varmistaminen suojaustoimenpiteillä. Ks. määritelmistä tarkemmin Poliisihallitus 2017a, s. 1–2.

⁹⁵ Tietoturvaan liittyy lisäksi henkilön identifiointi, mutta sitä käsitellään erikseen seuraavassa jaksossa.

⁹⁶ Asiaa ei ole myöskään käsitelty erikseen oikeuskirjallisuudessa, vaikka sillä voidaan katsoa oleva suhteellisen suuri merkitys erityisesti tiedonsiirtovalinetta valittaessa. Tästä hyvänä esimerkkinä loppuvuodesta 2020 ilmennyt psykoterapiayritys Vastaamoon kohdistunut laaja tietomurto, jonka seurauksena liikenne- ja viestintäministeriö asetti työryhmän selvittämään tietoturvan ja tietosuojan parantamista yhteiskunnan kriittisillä toimialoilla. Ks. loppuraportti Liikenne- ja viestintäministeriö 2021, jossa ei kuitenkaan käsitelty poliisin järjestelmiä tarkemmin.

⁹⁷ Taustalla oli Euroopan unionin yleinen tietosuoja-asetus (2016/679), jota täsmennettiin ja täydennettiin kansallisesti tietosuojalaille (1050/2018). Lisäksi taustalla oli rikosasioiden tietosuojadirektiivi (2016/680).

estämistä, paljastamista, selvittämistä ja syyteharkintaan saattamista.⁹⁸ Tätä täydentää laki henkilötietojen käsittelystä poliisitoimessa (616/2019). Poliisia koskee myös laki julkisen hallinnon tiedonhallinnasta (906/2019) ja Valtioneuvoston asetus asiakirjojen turvallisuusluokittelusta valtionhallinnossa (1101/2019). Lisäksi henkilötietojen käsittelyyn sovelletaan yleislakina lakia viranomaisten toiminnan julkisuudesta (621/1999, JulkL tai julkisuuslaki).

Esitutkinta-asiakirjojen julkisuudesta säädetään ETL 9:7:n mukaisesti viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetussa laissa, ja asianosaisjulkisuuden osalta sovelletaan, mitä ETL 4:15:ssä säädetään. Vaikka viranomaisten asiakirjat ovat lähtökohtaisesti julkisia (JulkL 1 §), on esitutkinnassa laadittu kuulustelukertomus JulkL 24.1,3:n perusteella salassa pidettävä asiakirja pääkäsittelyyn asti. Tämän lisäksi kuulustelukertomus voi sisältää usean eri muunkin julkisuuslain kohdan perusteella salassa pidettävää tietoa, joka tulee merkitä salassa pidettäväksi (JulkL 25 §).⁹⁹ Lisäksi tulee huomioida, että julkisen hallinnon tiedonhallinnasta annetun lain 18 §:n mukaan julkisuuslain 24 §:n 1 momentin 2, 5 ja 7–11 kohdan mukaisille Suomen turvallisuutta mahdollisesti vahingoittaville tiedoille tulee tehdä turvallisuusluokitus (TL I–IV), josta säädetään tarkemmin valtioneuvoston asiakirjojen turvallisuusluokittelusta valtionhallinnossa annetun asetuksen 3 §:ssä.¹⁰⁰ Salassapito vaikuttaa siihen, miten materiaalia pitää käsitellä, säilyttää, välittää eteenpäin ja tuhota. Käytännössä kuulustelukertomus on aina salassa pidettävää tietoa.¹⁰¹

Kuulustelutavan tulee omalta osaltaan turvata kuulustelukertomuksen henkilötietojen käsittelyn sekä salassapitosääntelyn velvoitteet, ja henkilö-

⁹⁸ Kyseisessä yleislaissa säädetään henkilötietojen käsittelyn yleisistä periaatteista ja esimerkiksi tietoturvallisuusvaatimuksista ja tietosuojavastaavan nimeämisestä.

⁹⁹ Muina kuulusteluissa ilmeneviä yleisinä esimerkkeinä voidaan mainita 25 kohdan mukaiset tiedot sosiaalihuollon asiakkuudesta ja terveystiedoista sekä 26 kohdan mukaiset arkaluontoiset yksityiselämään liittyvät tiedot. Ks. tulkintoihin liittyvistä haasteista EOA 16.10.2020 dnro EOAK/579/2020. Salassapito voi perustua myös muuhun lainsäädäntöön, josta voidaan mainita esimerkkeinä ampuma-asetlain (1/1998) 113 §:n 2 momentti ja laki kuolemansyyn selvittämisestä (459/1973) 15 §.

¹⁰⁰ Näistä poliisin esitutkintapöytäkirjoissa on yleisimmin 5 kohdan mukaisia taktisia ja teknisiä menetelmiä koskevia tietoja, joskin kuulustelupöytäkirjoissa näiden esiintyminen on erittäin harvinaista. Jos tieto luokitellaan vähintään TL III -tasoiseksi, tulee siihen turvallisuusluokituksesta valtionhallinnossa annetun asetuksen 8 §:n mukaisesti erillinen käsittelyoikeus.

¹⁰¹ Voidaan kuitenkin ottaa huomioon, että JulkL 24.1,3 mahdollistaa tietojen antamisen, jos siitä ei ole vaaraa rikoksen selvittämiselle tai tutkinnan tarkoituksen toteutumiseksi tai se ei ilman painavaa syytä aiheuta osalliselle vahinkoa tai kärsimystä tai estä tuomioistuinta oikeuttaan määrätä asiakirjojen salassapidosta. Tämä koskee kuitenkin lähinnä poliisin ETL 11:7:n mukaista tiedottamista eikä kuulustelutavan valintaa.

kohtaisesti läsnä ollen kuulemista voidaan pitää turvallisimpana vaihtoehtona erilaisiin tiedonsiirtovälineisiin verrattuna. Lähinnä tämä kuitenkin koskee ulkopuolisten mahdollisuutta saada reaaliaikaisesti tietoa kuulustelun sisällöstä. Tämä sen takia, että kaikki, mitä kuultava kertoo ja mitä uutta tietoa hän saa poliisilta kuulustelussa, voi vuotaa hänen kauttaan muiden tietoon myöhemmin.¹⁰² Tätä voidaan yrittää rajoittaa ETL 11:5:n mukaisella ilmaisukiellolla, jonka valvominen voi kuitenkin olla haastavaa.¹⁰³ Tietojen autenttista välittämistä eteenpäin vaikeuttaa osaltaan se, ettei kuultava saa tallentaa kuulustelua itselleen.¹⁰⁴ Joka tapauksessa kuuluttavan oma käyttäytyminen vaikuttaa vahvasti siihen, pysyykö kuulustelun sisältö salassa ulkopuolisilta vai ei. Tämä koskee myös kuultavan kykyä ja halua hallita kuulusteluun käytettäviä tiedonsiirtovälineitä.

Tällä hetkellä yleisin ja turvallisin kuulustelutapa tiedonsiirtovälineellä on matkapuhelinverkon kautta puhelimella suoritettava puhelinkuulustelu, joka voidaan suorittaa myös ryhmäpuheluna useamman osallistujan kesken. Vaikka itse matkapuhelinverkko olisi suhteellisen turvallinen, liittyy älypuhelimiin muita tietoturvariskejä. Tämän takia puhelinkuulustelukaan ei ole täysin ongelmaton.¹⁰⁵ Joka tapauksessa puhelinkuulustelu on riittävän turvallinen tapa kuulustelun suorittamiseen ja haasteet liittyvät enemmänkin seuraavassa jaksossa käsiteltävään henkilön identifointiin.

Puhelinkuulustelun ohella toinen yleinen kuulustelutapa on sähköpostikuulustelu, johon liittyy suurempia riskejä kuin puhelinkuulusteluun. Julkisen hallinnon tiedonhallinnasta annetun lain 14 §:n mukaan tietoverkossa toteutettava salassa pidettävien tietojen siirto tulee tehdä salattuna tai muuten suojattua tiedonsiirtoyhteyttä tai -tapaa käyttämällä. Poliisihallituksen ohjeistuksissa tiedonsiirron salausten menetelmien tarkempi käsittely on katsottu salassa pidettäväksi, mutta aiheetta on käsitelty laillisuusvalvojan ratkaisussa esitutkintapöytäkirjojen sähköpostilla lähettämiseen liittyen. Ratkaisussa todetaan Deltagon ja KiloCrypt sähköpostin salaamistapoina riittävän turvalliseksi tavaksi lähettää salassa pidettävää esitutkintamateriaalia sähköpostitse.¹⁰⁶ Lisäksi poliisin omilla sivuilla ohjeistetaan ”turva-

¹⁰² Tämä koskee myös muita kuulusteluun osallistuvia tahoja, joita voi olla useita. Myöskään poliisia ei voi sulkea tästä joukosta ulos.

¹⁰³ Ks. ilmaisukiellosta ja sen määrittämisestä tarkemmin HE 222/2010 vp, s. 239–241.

¹⁰⁴ Ks. AOAS 19.7.2017 dnro EOAK/6148/2016.

¹⁰⁵ Älypuhelimeen voidaan esimerkiksi asettaa haittaohjelma, jolla puhelimen liikennettä pystytään seuraamaan. Ks. päätelaitteiden turvallisuusriskeistä tarkemmin Valtiovarainministeriö 2013, s. 21–23. Ks. myös Helsingin hovioikeus 20.5.2013 R 11/2308. Tapauksessa ex-kumppani oli saanut ”haltuunsa” uhrin älypuhelimen bluetooth-yhteydellä ja hänet tuomittiin törkeästä viestintäsalaisuuden loukkauksesta.

¹⁰⁶ AOK 15.10.2010 dnro OKV/603/1/2008.

postin” lähettämiseen ja vastaanottamiseen, ja ohjeistusta noudattamalla on mahdollista sekä lähettää että vastaanottaa sähköpostia luottamuksellisesti.¹⁰⁷ Tulee kuitenkin muistaa, että vaikka tiedot lähetettäisiin salattuna, ei tämä määritä, kenellä kaikilla on mahdollisuus käsitellä sähköpostin sisältöä, oli kyseessä sitten yksittäinen sähköpostin käyttäjä tai palveluntarjoaja. Poliisi ei siis välttämättä tiedä, kenellä kaikilla on pääsy kyseiselle sähköpostitilille ja miten kyseinen palvelu kerää tietoja käyttäjistä.¹⁰⁸

Erilaisia sosiaalisen median palveluja ei tällä hetkellä käytetä kuulustelujen suorittamiseen. Kuulustelu voitaisiin suorittaa esimerkiksi Whatsapp-sovelluksella joko äänipuheluna tai videopuhelu soittaen.¹⁰⁹ Voidaan esimerkiksi kysyä, mitä eroa on gmail-osoitteeseen salattuna lähetetyllä sähköpostikuulustelulla verrattuna salatulla Whatsapp-sovelluksella suoritettuun videopuhelukuulusteluun tietoturvan ja -suojan kannalta? Molemmissa viestin lähettäminen tapahtuu salattuna, mutta poliisilla ei ole varmuutta siitä, ketkä kaikki pääsevät käsittelemään tietoja.

Tuomioistuinvirasto on arvioinut omissa ohjeissaan kuva- ja ääniyhteyden sisältävien etäyhteysvälineiden tietoturvaa. Tuomioistuimissa käytetään etäyhteyden joko videoneuvottelupalvelua, Skypeä tai puhelinta. Ohjeen mukaan Skypeä ei lähtökohtaisesti suositella käytettäväksi salassa pidettävien asioiden käsittelyyn. Sama koskee myös esimerkiksi Teams-, Zoom- ja Meet-sovelluksia.¹¹⁰ Poliisihallinnossa asiaan on otettu kantaa lähinnä poliisin sosiaalisessa mediassa tapahtuvaan toimintaan liittyen, jossa nettipoliisia voidaan lähestyä hyvin arkaluontoisillakin rikosasioilla. Näissä tilanteissa lähtökohtana tulee olla kansalaisten yksityisyyden suojaaminen ja mahdollisen luottamuksellisen keskustelun ohjaaminen suojattuun palveluun tai henkilökohtaiseen tapaamiseen.¹¹¹

Tässä yhteydessä ei ole mahdollista alkaa arvioimaan tämän tarkemmin teknisiä toteutustapoja, eri palvelujen käyttöehtoja tai muita tietoturvaan ja -suojaan vaikuttavia seikkoja. Tyydyn vain toteamaan, että sosiaalisen median palveluja ei tule tällä hetkellä käyttää kuulustelujen suorittamiseen.

¹⁰⁷ Ks. Poliisi 2020. Jos henkilö haluaa lähettää tietoja, tulee oma sähköposti ensin rekisteröidä ja vahvistaa, minkä jälkeen voi lähettää salatun sähköpostin. Vastaanotto taas tapahtuu siten, että vastaanottaja saa salatun sähköpostin, jonka lisäksi hänen matkapuhelimeensa lähetetään PIN-koodi, jonka syöttämällä sähköposti avautuu.

¹⁰⁸ Ks. palvelujen ja tietoaineistojen sijaintiin ja tietoturvallisuuden tilaan liittyvistä epäselvyyksistä tarkemmin Valtiovarainministeriö 2010, s. 19–20.

¹⁰⁹ Mahdollinen olisi myös nettipoliiseille suunniteltu ja hetken aikaa käytössä ollut Turva-Chat, jossa poliisin palvelimelle ohjattuun chat-keskusteluun olisi saatu kutsuttua henkilö erillisellä linkillä. Palvelu ei kuitenkaan ole enää käytössä. Ks. Ilta-Sanommat 2013.

¹¹⁰ Tuomioistuinvirasto 2020, s. 11–13.

¹¹¹ Ks. Poliisihallitus 2017b, s. 6.

Tarve erilliselle sovellukselle on kuitenkin ilmeinen, ja tähän palataan viimeisessä luvussa. Tarkastelu tässä tutkimuksessa suoritetaan edellä mainitun takia viimeistä lukua lukuun ottamatta puhelimella ja sähköpostilla suoritettavan kuulustelun näkökulmasta.¹¹²

4.3 Kuultavan identifiointi

Tiedonsiirtovälineellä tapahtuvassa kuulustelussa henkilön tunnistamista voidaan pitää haastavampana kuin henkilökohtaisesti läsnä ollen tapahtuvassa kuulustelussa.¹¹³ Poliisin tulee pyrkiä ennen kuulustelua varmistamaan kuultavan henkilöllisyydestä riittävällä tavalla. Tällä hetkellä poliisilla ei ole käytössään tiedonsiirtovälineillä tapahtuvissa kuulusteluissa vahvaan tunnistamiseen perustuvaa digitaalista tunnistamistapaa. Tunnistaminen perustuukin enemmän tapauskohtaiseen harkintaan. Tulevaisuudessa puhelinkuulusteluun olisi hyvä liittää jokin digitaalisista tunnistamistavoista.¹¹⁴

Erona lankapuhelinaikaan suurimmalla osalla kansalaisista on nykyisin oma henkilökohtainen puhelin, joka on osaltaan vaikuttanut henkilön yksilöimiseen.¹¹⁵ Jos kuultava tavoitetaan hänen nimissään olevasta puheliniit-
tymästä ja kuultava osaa kertoa sujuvasti omat henkilö- ja yhteystietonsa, muodostaa se jo jonkinasteisen varmuuden tunnistamiselle.¹¹⁶ Luotettavampana voidaan tosin pitää sitä, että henkilö on esimerkiksi tavattu jo aikaisemmin henkilökohtaisesti tai että hän on jättänyt puhelinnumeronsa rikosilmoitusta tehdessään. Identifiointia vahvistaa myös kyky kertoa esitutkinnan kohteena olevista tapahtumista ja siihen liittyvistä henkilöistä, jotka eivät ole yleisesti muiden tiedossa.

¹¹² Kuulustelun voi suorittaa myös esimerkiksi faksilla tai tekstiviestillä, mutta nämä ovat äärimmäisen harvinaisia kuulustelutapoja.

¹¹³ Digitaalisessa toimintaympäristössä tunnistamisella on korostunut riski teknisistä ratkaisusta riippumatta, vaikka myös henkilökohtaisesti läsnä ollen tapahtuvaan tunnistamiseen liittyy riskejä. Ks. Korja 2016, s. 85–87.

¹¹⁴ Ks. erilaisista digitaalisista tunnistamistavoista tarkemmin Valtiovarainministeriö 2017, s. 54–57. Tällä voidaan katsoa olevan vaikutusta myös siihen, että kansalainen voi luottaa asioivansa oikeasti poliisin kanssa.

¹¹⁵ On aina mahdollista, että matkapuhelimen PIN-koodin ja yleensä erillisen näytön lukitussalasanan takana oleva puhelin, tai aina salasanan takana oleva sähköpostitili, on väärän henkilön hallussa.

¹¹⁶ Tietosuojavaltuutettu on kritisoinut henkilöiden tunnistamista pelkällä henkilötunnuksella ja nimellä, koska kaikki puhelimesta tapahtuva tunnistaminen perustuu hyvin pitkälti siihen. Puhelimitse asioita pystyy kuitenkin hoitamaan esimerkiksi Kansaneläkelaitoksen ja terveydenhuollon palveluissakin ilman erillistä digitaalista tunnistautumista. Ks. Yle 2020.

Julkisen hallinnon tiedonhallinnasta annetun lain 14 § velvoittaa järjestämään tiedonsiirron siten, että vastaanottaja varmistetaan tai tunnistetaan riittävän tietoturvalisella tavalla ennen kuin vastaanottaja pääsee käsittelemään siirrettyjä salassa pidettäviä tietoja.¹¹⁷ Aikaisemmin asiaa arvioitiin viranomaisen yleisen huolellisuusvelvoitteen näkökulmasta, eikä poliisilla ole vielä käytössään erillistä tunnistamistapaa sähköpostikuulustelua varten.¹¹⁸ Sähköpostilla tapahtuvaa kuulustelua varten olisi hyvä olla jollain luotettavammalla tavalla yhteydessä kuultavaan, jos henkilö ei esimerkiksi ole erikseen antanut sähköpostiosoitetta poliisille esitutkintaa varten.¹¹⁹ Merkitystä identifioinnille on myös sähköpostin loppuosan verkkotunnuksella, jossa voidaan esimerkiksi erottaa organisaatioiden sähköpostit kaikkien saatavilla olevista sähköpostiosoitteista. Käytännössä esimerkiksi suuri osa poliisien todistajakuulusteluista suoritetaan sähköpostitse, mutta varsin usein myös muita kuulusteluja.¹²⁰

Vaikka tiedonsiirtovälineellä suoritettavan kuulustelun yksi suurimmista kompastuskivistä on nimenomaan kuultavan identifointi, tiedossani ei ole tapauksia, joissa esitutkinnassa olisi havaittu kuulustellun väärää henkilöä tai joissa tuomioistuimessa olisi esitetty väite väärän henkilön kuulemisesta.¹²¹ Todennäköisempi väite on se, että kuulusteltava kertoo tuomioistuimessa, ettei kuulustelukertomuksen sisältö vastaa kuultavan kertomaa. Jos kuulustelun tai esitutinnan aikana herää epäily, että kyseessä on väärä henkilö, tulee kuulustelu suorittaa poliisiasemalla henkilöllisyys varmistuen.¹²² Kyseeseen voi tulla näissä tapauksissa esimerkiksi RL 16:5:n mu-

¹¹⁷ Esitöissä mainitaan esimerkkinä vahva sähköinen tunnistusmenetelmä. Ks. HE 284/2018 vp, s. 94.

¹¹⁸ Ks. AOAS 19.7.2017 dnro EOAK/6148/2016, jossa oli kyse esitutkintapöytäkirjan lähettämisestä sähköpostitse. Poliisihallitus lausui, että poliisilla on käytössään salatun sähköpostin lähettämismahdollisuus, mutta henkilön tunnistamisessa käytetään näissä tapauksissa tapauskohtaista harkintaa. EOAK totesi, että asiakkaan tunnistaminen yksin sähköpostiviestin tai puhelinsoiton perusteella voi olla ongelmallista. EOAK piti tästä huolimatta poliisin menettelyä asianmukaisena.

¹¹⁹ Tällainen on esimerkiksi tilanne, jossa asianomistaja on kirjannut rikosilmoituksen oman sähköpostiosoitteensa yhteydenottoja varten.

¹²⁰ Vrt. Tolvanen – Kukkonen 2011, s. 100, joiden mukaan sähköpostia ei tulisi käyttää varsinaisiin kuulusteluihin lainkaan, koska henkilöllisyyttä on vaikea varmistaa. Tämän lisäksi reaaliaikaisia kysymyksiä ja kysymysten tarkennuksia on vaikea esittää ja kuulustelukertomusta on hankala samassa tilaisuudessa kuulustelun lopuksi varmentaa. Sähköpostilla voidaan heidän mukaansa lähinnä yksilöidä asianomistajan korvausvaatimuksia ja tehdä vastaavia tarkennuksia sellaisista asioista, jotka voitaisiin merkitä kuulustelu suorittamatta pelkästään rikosilmoitukseen.

¹²¹ Tuomioistuimessa kyseisen väitteen totuudenmukaisuus jää tuomioistuimen vapaasti arvioitavaksi.

¹²² Voidaan myös todeta, että on ollut tapauksia, joissa poliisi on katsonut pienestä henkilökortista tai ajokortista henkilön tiedot sekä valokuvan, mutta myöhemmin on huomattu,

kainen väärän henkilötiedon antaminen tai RL 38:9a:n mukainen identiteettivarkaus.

4.4 Tiedonsiirtovälineellä tapahtuvan kuulustelun oikeusturva

Lähtökohtana tiedonsiirtovälineellä tapahtuvalla kuulustelulle voidaan pitää sitä, että kuultava suostuu kuulusteluun kyseisellä tavalla. Muutoin kuulustelu on suoritettava henkilökohtaisesti läsnä ollen.¹²³ Esitutkintalain 7 luvun 10 §:ssä säädetään ennen kuulustelua tehtävistä ilmoituksista, jotka pätevät myös tiedonsiirtovälineellä tapahtuvaan kuulusteluun. Poikkeuksen tekee pelkästään ETL 7:10.3:ssa todettu perättömästä lausumasta säädetty rangaistusuhka, joka ei päde kuulustelussa tiedonsiirtovälineellä.¹²⁴

Kuultavalle tulee ilmoittaa hänen asemansa esitutkinnassa ja oikeudesta kuulustelutodistajaan, mutta myös kielelliset oikeudet (ETL 7:10.1). Kuultavalla on oikeus käyttää suomea, ruotsia tai muuta ymmärtämäänsä kieltä (ETL 4:12). Vaikka kuultava tarvitsisi tulkkia, ei tämä estä kuulustelun suorittamista tiedonsiirtovälineellä.¹²⁵ Tulkin käyttäminen onnistuu nykyään suhteellisen helposti ryhmäpuhelulla, jossa samaa puheluun on mahdollista liittää useita henkilöitä. Sama mahdollisuus osallistumisesta ryhmäpuheluun koskee myös asianosaisten oikeutta käyttää avustajaa (ETL 4:10) ja muita mahdollisia kuulusteluun osallistuvia tahoja, kuten ETL 7:12.1:n mukaista tukihenkilöä.¹²⁶ Lisäksi voidaan viitata vielä ETL 7:10.4:n velvoitteeseen tiedustella todistajalta sellaisia seikkoja, jotka lain

että kyseessä on väärä henkilö. Nämä tilanteet tosin koskevat enemmän tapauksia, joissa järjestyspoliisin partio tapaa asiakkaita usein suhteellisen hektisissä olosuhteissa.

¹²³ HE 222/2010, s. 215.

¹²⁴ Oikeuksien ja velvollisuuksien ilmoittamisen ei voida katsoa olevan sen vaikeampaa kuin henkilökohtaisesti läsnä ollen tapahtuvassa kuulustelussakaan. Enemmän on kyse kuulustelijan tavasta kertoa, mitä säännökset käytännössä tarkoittavat. Vaikka henkilökohtaisesti läsnä kuultaessa oikeudet ja velvollisuudet voi lukea helpommin erilliseltä paperilta, mikään ei estä esimerkiksi lähettämästä tietoja etukäteen sähköpostitse tutustumista varten.

¹²⁵ Ks. HE 63/2013 vp, s. 29, jonka mukaan tulkkaus voidaan järjestää etätulkkauksena käyttämällä esimerkiksi videoneuvottelua tai puhelintulkkausta, vaikka asiasta ei ole nimenomaista säännöstä esitutkintalaissa. Todettakoon kuitenkin, että poikkeuksen voi tehdä ETL 4:12.5:n mukainen tapaus, jossa henkilöllä on sellainen aisti- tai puhevika, jonka tulkkausta ei voida järjestää esimerkiksi pelkässä puhelinkeskustelussa.

¹²⁶ Vrt. Rantaeskola – Halme 2014, s. 193, jossa todetaan, että puhelimitse ei suoriteta kuulusteluja, joissa on konkreettinen mahdollisuus kuultavan kielellisten oikeuksien vaarantumiselle tai rikoksesta epäillyn puolustajan sekä asianomistajan oikeudenkäyntiavustajan ja tukihenkilön määräämiselle.

mukaan oikeuttavat tai velvoittavat hänet kieltäytymään todistamasta. Nämä pätevät myös tiedonsiirtovälineellä tapahtuvassa kuulustelussa.

Kuulusteltavaa on kohdeltava ETL 7:5:n mukaan rauhallisesti ja asiallisesti myös tiedonsiirtovälineellä kuultaessa. Kuultavaan ei saa kohdistaa ETL 7:5.1:ssa lueteltuja toimia tunnustuksen tai määrättyyn suuntaan johtavan lausuman saamiseksi¹²⁷ ETL 7:5.2:ssa mainittua kuulustelun toimitamisaikaa kello 22:n ja 7:n välisenä aikana tulee noudattaa siinä missä henkilökohtaisesti läsnä ollenkin tapahtuvassa kuulustelussa. Kellonaikaan liittyen voidaan katsoa ETL 4:6:n mukaisen hienotunteisuusperiaatteen edellyttävän, että jos kuultava on tiettyyn aikaan töissä, koulussa tai muussa luottamuksellisen keskustelun heikosti mahdollistavassa paikassa, tulisi kuulustelu tiedonsiirtovälineellä siirtää muuhun ajankohtaan tai sopia kuulustelu-aika mahdollisuuksien mukaan etukäteen esimerkiksi tekstiviestillä tai sähköpostilla.

Päihtynyttä tai mielentilaltaan häiriintynyttä ei voida kuulla puhelimella tai muulla tiedonsiirtovälineellä, jos hänen ei voida olettaa ymmärtävän kuulustelun merkitystä. Poikkeuksen tekevät tilanteet, joissa kuulustelua ei voida lykätä rikoksen selvittämistä vaarantamatta.¹²⁸ Lisäksi kuultavalle on varattava mahdollisuus tarkastaa kuulustelukertomus myöhemmin (ETL 7:3–4). Vaikka päihtymys tai tilapäisen mielenhäiriön havaitseminen voi olla puhelimitse saati muulla tiedonsiirtovälineellä haastavampaa kuin kasvotusten, tulee säännöksiä soveltaa. Joka tapauksessa lähtökohtana voidaan pitää sitä, että päihtyneen kuulusteluun tulisi suhtautua pidättyväisesti, oli kyse kuulustelusta henkilökohtaisesti läsnä ollen tai tiedonsiirtovälineellä.¹²⁹

Kuulustelu tiedonsiirtovälineellä soveltuu myös niihin tapauksiin, joissa kyse on erityisen suojelun tarpeessa olevasta asianomistajasta (ETL 7:21). Näissä tulee soveltaa vaatimusta, jonka mukaan saman tai samojen henkilöiden tulee suorittaa kaikki asianomistajan kuulustelut, jos kuultava sitä pyytää (ETL 7:21.1,2). Kuulustelutavasta riippumatta myös ETL 7:21.1,3:n mahdollisuus pyytää seksuaalirikoksissa samaa sukupuolta oleva kuulustelija tulee ottaa huomioon.

¹²⁷ Näitä ovat väärät ilmoitukset, lupaukset tai uskottelut erityisistä eduista, uuvuttaminen, uhkaus, pakko tai muut kuultavan ratkaisuvapauteen, tahdonvoimaan, muistiin tai arvostelukykyyn vaikuttavat sopimattomat keinot taikka menettelytavat.

¹²⁸ Kuulustelupöytäkirjaan on tehtävä merkintä kuulustellun tilasta ja siitä, miksi kuulustelemista ei ole voitu lykätä (ETL 9:1.1).

¹²⁹ HE 222/2010 vp, s. 216.

Lainvalmisteluaineistossa ei ole otettu kantaa kuulustelutodistajan käyttöön tilanteissa, joissa kuulustelu suoritetaan tiedonsiirtovälineellä.¹³⁰ Käytännössä ETL 7:11:n ilmaisua ”läsnä” voisi tulkita siten, ettei tiedonsiirtovälineellä suoritettavassa kuulustelussa lähtökohtaisesti käytetä kuulustelutodistajaa. Ei kuitenkaan ole mitään estettä ottaa kuulustelutodistaja mukaan tiedonsiirtovälineellä tapahtuvaan kuulusteluun.¹³¹ Lähtökohtaisesti päättävältä on kuultavalla, koska hän voi peruuttaa suostumuksensa kuulusteluun tiedonsiirtovälineellä, jos poliisi ei suostu ottamaan mukaan kuulustelutodistajaa esimerkiksi ryhmäpuheluun.¹³² Myös kuulustelutodistajan kohdalla poliisin tulee varmistua henkilöllisyydestä sekä esteettömyydestä riittävällä tavalla.¹³³ Lähtökohtana voidaan myös pitää, että poliisi liittyy kuulustelutodistajan ryhmäpuheluun, eikä kuultava. Lasten kohdalla kuulustelutodistajan käytön velvoittavuudesta voi perustellusti olla eri mieltä, mutta siihen palataan myöhemmin tarkemmin.

Esitutkintalain 7 luvun 18 §:ssä säädetään henkilön poistamisesta kuulustelusta. Tutkija saa poista kuulustelutilaisuudesta henkilön, joka käytöksellään häiritsee kuulustelua tai jonka läsnäolo muuten vaikeuttaa asian selvittämistä. Kuulustelutodistajaa koskevan ETL 7:11:n mukaisesti myös poistamissäännöksessä puhutaan ”läsnä olosta”. Jos kuulustelu suoritetaan ryhmäpuheluna, on kuulustelusta mahdollista poistaa häiriköivä osallistuja.¹³⁴ Tällöin tulee noudattaa ETL 7:19:n sääntelyä kuulustelusta poissaolleen asianosaisen oikeuksista.

Esitutkintalain 9 luvun 1 §:n 2 momentin mukaan kuulustelusta laaditaan kuulustelupöytäkirja suomen tai ruotsin kielellä.¹³⁵ Velvoite kirjata kuulustelupöytäkirjaan tieto kuulustelutavasta löytyy ETL 9:1.3:sta, jonka mukaan kuulustelupöytäkirjasta on käytävä ilmi, miltä osin lausuma tai

¹³⁰ Poliisin käskylehdessä 5/1970, s. 5 oli tosin mainittu, ettei puhelinkuulustelussa tarvita kuulustelutodistajaa.

¹³¹ Vrt. Halme – Rantaeskola 2014, s. 192, jossa todetaan, että puhelinkuulustelun yhteydessä ”paikalle” ei voida pyytää kuulustelutodistajaa. Kuulustelutodistaja voi kuitenkin olla mukana ryhmäpuhelussa. On myös mahdollista, että puhelu laitetaan kaiuttimelle ja toinen poliisi tai kuultavan seurassa oleva henkilö seuraa kuulustelua. Ks. HE 222/2010 vp, s. 221, jonka mukaan kuulustelutodistajina tulisi pyrkiä mahdollisuuksien mukaan käyttämään kuulustelutodistajina muita henkilöitä kuin poliisimiehiä. Luonnollisesti kuulustelutodistajan valintaan vaikuttavat myös tutkittavan rikoksen salassapitointressit.

¹³² Sähköpostitse tapahtuvassa kuulustelussa kuultava voi näkemykseni mukaan pyytää liittämään vastaanottajaksi toisen henkilön, joka voi toimia siten näennäisesti kuulustelutodistajana viestiketjussa. Tällainen ei kuitenkaan ole käytännössä yleistä.

¹³³ Ks. kuulustelutodistajan valintaan liittyen HE 222/2010 vp, s. 220–221.

¹³⁴ Käytännössä ryhmäpuhelun soittajalla on yleensä mahdollisuus hallinnoida puheluun osallistuvia, joten poistaminen onnistuu tarvittaessa helposti.

¹³⁵ Jos kuulusteltava käyttää muuta kieltä, pöytäkirja laaditaan ETL 4 luvun 12 §:n 1 momentin mukaisella esitutkinnan käsittelykielellä.

kertomus on annettu asiamiehen välityksellä, puhelimitse tai muulla tiedonsiirtovälineellä. Lisäksi momentista löytyy velvoite kirjata tieto päihtyneen tai mielentilaltaan häiriintyneen tilasta ja siitä, miksi kuulustelemista ei ole voitu lykätä.

Tarkastamista ja korjaamista koskeva ETL 9:2.1 velvoittaa antamaan kuulustelupöytäkirjan kuulustellun tarkastettavaksi heti kuulustelun jälkeen. Kyseinen tarkastaminen voidaan toimittaa kuulustelukertomuksen ja kuulustelupöytäkirjan tietojen ääneen lukemisella kuulusteltavalle, jos se on asian laatu ja laajuus huomioon ottaen asianmukaista. Esitöiden mukaan puhelinkuulustelun yhteydessä kuulustelupöytäkirjan tarkastuttamisen tulisi tapahtua pääsääntöisesti lukemalla kertomus ja tiedot kuultavalle, ellei ole syytä tarjota hänelle tilaisuutta tulla tutustumaan kirjallisessa muodossa olevaan kuulustelupöytäkirjaan.¹³⁶ Tarkastuksien jälkeen kuulusteltavalta on tiedusteltava, onko hänen kertomuksensa kirjattu oikein. Lisäksi kuulustelupöytäkirjaan on merkittävä kuulustellun pyytämät asiaankuuluvat lisäykset ja korjaukset (ETL 9:2.1). Kun tarkastaminen ja korjaukset on suoritettu, ei kuulustelupöytäkirjaa saa enää muuttaa (ETL 9:2.2).

4.5 Kuultavalle aiheutuva haitta ja rikosprosessin joutuisuus

Kuulustelutavan valintaan liittyvä haitta-arviointi on historiallisesti nähty enemmän kuultavan näkökulmasta arvioitavana seikkana, jossa intressivertailua suoritetaan kuultavalle matkasta ja kuulusteluajasta aiheutuvan haitan ja häneltä saatavien tietojen välillä.¹³⁷ Tässä tulkinnassa korostuu ETL 4:5:n mukainen vähimmän haitan periaate.¹³⁸ Vaikka liikkumismahdollisuudet ovat parantuneet selvästi vuosikymmenten saatossa, on samaan aikaan supistettu radikaalisti poliisin palveluverkostoa.¹³⁹ Toisaalta ei voida tehdä johtopäätöstä, että jos kuultava asuu lähellä poliisiasemaa, ei kuulustelusta poliisiasemalla olisi haittaa kuultavalle esimerkiksi työaikojen

¹³⁶ HE 222/2010 vp, s. 228. Jos kuultava tulee tarkastamaan kuulustelukertomuksen poliisiasemalle ja samalla allekirjoittaa sen, voidaan tämän katsoa rinnastuvan henkilökohtaisesti läsnä ollen kuulusteluun.

¹³⁷ HE 14/1985 vp, s. 26.

¹³⁸ Näin myös Fredman ym. 2020, s. 94.

¹³⁹ Siinä missä pääkaupunkiseudulla liikkuminen poliisiasemalle on yleensä helppoa ja nopeaa, voi se pohjoisemmassa Suomessa tarkoittaa satojen kilometrien matkaa ilman julkisia liikenneyhteyksiä.

takia. Arviointia kuultavalle aiheutuvan haitan kohdalla voidaan tehdä myös suhteessa kuulustelun merkittävyyteen ja asemaan esitutkinnassa.¹⁴⁰

Jossain tapauksissa varsinainen esitutkinta suoritetaan toisella paikkakunnalla kuin missä kuultava asuu.¹⁴¹ Tällöin vaihtoehtoina ovat kuulustelun suorittaminen tutkinta-apukuulusteluna, tiedonsiirtovälineellä tai siten, että tutkija menee suorittamaan kuulustelun toisen poliisilaitoksen alueelle.¹⁴² Jos kuulustelua ei voida suorittaa tiedonsiirtovälineellä, niin jossain harvoissa tapauksissa on mahdollisuus suorittaa kuulustelu videoneuvotteluna poliisiasemien välillä.¹⁴³ Prosessiekonomisesta näkökulmasta kuulustelu olisi paras suorittaa mahdollisuuksien mukaan varsinaisen tutkijan, joka on jo tutustunut esitutkintamateriaaliin, toimesta.¹⁴⁴

Haittaa on käsitelty kuultavalle aiheutuvan haitan lisäksi tutkinnan joutuisuuteen liittyvänä seikkana.¹⁴⁵ Puhelinkuulustelua on pidetty oikeuskirjallisuudessa suositeltavana tapana hoitaa kuulusteluja, koska esitutkinta on toimitettava ilman aiheetonta viivytystä (ETL 3:11.1).¹⁴⁶ Tiedonsiirtovälineellä suoritettavilla kuulusteluilla voidaan nopeuttaa prosessia etenkin yleisimpien rikosepäilyjen kohdalla. Esimerkiksi pahoinpitelyissä, varkauksissa ja vahingonteoissa, joissa tapahtumien kulusta ei ole osapuolten välillä riitaisuutta ja asia ohjataan sovitteluun, soveltuu kuulustelu tiedon-

¹⁴⁰ On selvää, että mitä merkittävämmästä asiasta on kyse ja mitä enemmän kuultavalla on asiasta kerrottavaa, sitä todennäköisemmin ETL 6:1:n mukainen velvollisuus saapua esitutkintaan vaikuttaa arvioinnissa.

¹⁴¹ Tällöin kyse on monesti internetiin liittyvästä rikoksesta, jossa osallisia voi olla ympäri Suomea, mutta myös ulkomailla. Todettakoon, että kuulustelu tiedonsiirtovälineellä on mahdollista myös ulkomailla oleskelevan ulkomaalaisen henkilön kohdalla, joskin häntä ei lähtökohtaisesti koske Suomen lainsäädäntö. Käytännössä näitä kuulusteluja suoritetaan erittäin vähän ja lähtökohtana on kuulustella henkilö virka-apuna oleskelumaassa.

¹⁴² Tutkinta-apukuulustelu tunnetaan paremmin nimellä virka-apukuulustelu. Poliisi ei voi antaa virka-apua toiselle poliisille, minkä takia poliisi muutti vuonna 2020 tietojärjestelmään siten, että nimike virka-apu poliisille muutettiin muotoon tutkinta-apu tai muu apu toiselle poliisiyksikölle.

¹⁴³ Tällöin kuultava tulee oman poliisilaitoksen alueella olevalle poliisiasemalle ja esitutkintaa suorittava poliisi kuulustelee henkilön videoyhteydellä. Tämä on kuitenkin vielä erittäin harvinainen kuulustelutapa. Ks. tarkemmin Airaksinen 2018, s. 33–34.

¹⁴⁴ Vain yhden kuulustelun suorittavalta tutkijalta voi ”mennä ohi” helpommin asia, joka voi liittyä tutkittavaan, mutta jota ei ole vain kirjattu erikseen ylös mihinkään. On tosin suhteellisen yleinen käytäntö, että tutkinta-apuun laitetaan mukaan valmiita kysymyksiä ja seikkoja, jotka varsinainen tutkija haluaa huomioiduiksi kuulustelussa.

¹⁴⁵ HE 14/1985 vp, s. 26.

¹⁴⁶ Rantaeskola – Halme 2014, s. 192. Ks. myös AOKS 1.7.2014 dno OKV/1462/1/2012. Päätöksessä katsottiin ”olevan jossain määrin ymmärrettävää” kuulla puhelimitse laajassa WinCapita-tutkinnassa törkeään petokseen ja rahankeräysrikokseen epäiltyä esitutkinnan joutuisuusvaatimusten vuoksi, vaikka muutoin tuolloisen lainsäädännön mukaan kuuleminen puhelimitse ei ollutkaan mahdollista epäillyn kohdalla kyseisenlaisissa vakavissa rikosepäilyissä. Tällä hetkellä tapaus ratkaistaisiin yleisesti haitta- ja luotettavuusarvioinnilla.

siirtovälineellä hyvin asian hoitamiseen.¹⁴⁷ Sama koskee myös ETL 3:10:n mukaisia rajoittamisesityksiä edeltäviä kuulemisia. Lisäksi voidaan mainita ROL 5 a luvun mukainen kirjallinen menettely, jossa lähtökohtana on epäillyn tunnustaminen ja lainsäätäjän tarkoituksena on ollut lisätä nimenomaisesti rikosasioiden käsittelyjen joutuisuutta.¹⁴⁸

Tulee myös huomioida, että ETL 3:11.1:n lisäksi säännöksessä säädetään myös lapsen tekemäksi epäillyn rikoksen tai rikollisen teon esitutkinnan toimittamisajasta. Alle 18-vuotiaan rikoksesta epäillyn ja alle 15-vuotiaan rikollisen tekoon epäillyn tutkinta tulee toimittaa kiireellisesti (ETL 3:11.2).¹⁴⁹ Jos tutkija katsoo kuulustelun tiedonsiirtovälineellä olevan mahdollista, voi se olla toimiva vaihtoehto rikosprosessin joutuisuusvaatimuksen näkökulmasta.

4.6 Kuulustelukertomuksen autenttisuus

Autenttisuutta arvioitaessa voidaan kiinnittää huomiota tapoihin, joilla kuulustelukertomus taltioidaan poliisin toimesta ja toisaalta tarkastetaan kuultavan toimesta. Autenttisin vaihtoehto on tilanne, jossa kuulustelukertomus tallennetaan ääni- ja kuvatallenteeseen. Tällöin videolta ja litteroidusta kertomuksesta välittyä tarkkaan se, mitä kuultava on tilanteessa lausunut ja millaiset hänen reaktionsa ovat olleet. Näissä on kyse joko ETL 9:4:n tai ETL 9:3:n mukaisista tapauksista.

Jos käytetään perinteistä kuulustelutapaa, jossa poliisi kirjaa ylös kuultavan kertomuksen, on tällä selkeä vaikutus kuulustelupöytäkirjan sisältöön. Voidaan esimerkiksi kysyä, osaako ja pystyykö poliisi kirjaamaan kuultavan vapaan kerronnan autenttisesti ylös ja kuinka paljon kertomukseen sekoittuu poliisin omia ajatuksia ja hypoteeseja.¹⁵⁰ Tuleekin huomioida, että kuulustelu henkilökohtaisesti läsnä ollen ei suoraan tee kuulustelu-

¹⁴⁷ Vaikka sovittelussa ei päästäisikään yhteisymmärrykseen, voidaan kyseisten kuulustelujen perusteella kasata esitutkintapöytäkirja ja lähettää se syyttäjälle. Käytännössä näissä tapauksissa esitutkintapöytäkirjan voi lähettää syyttäjälle jo silloin, kun asia lähetetään sovitteluun.

¹⁴⁸ HE 271/2004 vp, s. 22.

¹⁴⁹ Laillisuusvalvoja on katsonut, että myös alle 18-vuotiaaseen kohdistunut rikos tulisi tutkia kiireellisesti, ja onkin esittänyt sen ottamista mukaan lainsäädäntöön. Ks. EOA 2.9.2020 dnro EOAK/5625/2020.

¹⁵⁰ Ks. Jönssön 1988, s. 57. Verratessaan kuulustelutilannetta kuulustelupöytäkirjoihin Jönssön havaitsi, että pöytäkirjaan kirjatuiista tiedoista karkeasti runsas kolmasosa oli peräisin suoraan epäillyn sanomista ja noin viidesosa epäillyn vastauksista poliisin avoimiin kysymyksiin. Tämän lisäksi jopa puolessa tiedon lähteenä oli vain poliisi. Niin kuin Jönssön toteaa, kuulustelupöytäkirjassa on enemmänkin kyseessä poliisin tulkinta epäillyn

kertomuksesta autenttisempaa verrattuna tiedonsiirtovälineellä tapahtuvaan kuulusteluun.

Mahdollisuuden tarkistaa ja korjata kuulustelu ETL 9:2:n mukaisesti voidaan katsoa olevan lähtökohtaisesti varmempaa henkilökohtaisesti läsnä ollen kuultaessa.¹⁵¹ Puhelinkuulustelussa tulee soveltaa ETL 9:2.1:n mukaista tapaa lukea kuulustelupöytäkirjan tiedot sekä varsinainen kertomus ääneen kuulusteltavalle, minkä jälkeen hänellä on mahdollisuus ottaa kantaa mahdolliseen korjaustarpeeseen. Mikään ei kuitenkaan estä lähettämästä puhelimitse suoritettua kuulustelukertomusta sähköpostitse tarkistettavaksi. Tällöin kuultavalla voidaan katsoa olleen jopa paremmat mahdollisuudet tarkistaa kuulustelun sisältö kuin läsnä ollen kuultaessa, koska tarkistamiselle jää normaalia kuulustelutilannetta pidempi aika.¹⁵² Sama koskee tilannetta, jossa puhelinkuulustelu tallennettaisiin ja litteroitaisiin sellaisenaan.¹⁵³ Tätä ei kuitenkaan oteta huomioon RL 15:2:n sääntelyssä, jossa tiedonsiirtovälinekuulustelut on jätetty sääntelyn ulkopuolelle nimenomaan tarkastusoikeuteen liittyen.¹⁵⁴

Ei olekaan harvinaista, että kuultava vetoaa myös henkilökohtaisesti läsnä ollen tapahtuneen kuulustelun kohdalla siihen, että hänet on ymmärretty väärin tai että hän ei ole syystä tai toisesta tarkastanut kertomusta riittävällä tavalla kuulustelutilanteessa.¹⁵⁵ Selkeästi oleellisempana voidaankin pitää kuulustelutaktista näkökulmaa suhteessa kertomuksen tarkastamisoikeuteen. Väärinymmärrysten välttämiseksi kuulustelija voi kuultavan vapaan kerronnan jälkeen painottaa useammilla yksityiskohtia sisältävillä lisäksymyksillä tärkeimpiä tietoja ja sitä, että kuultava on varmuudella ymmärtänyt, mitä on poliisille kuulustelussa kertonut. Tällöin

kertomuksesta. Ks. kritiikistä myös Fredman 2018, s. 499. Kuulusteltavien kokemuksista kertomuksen autenttisuuteen liittyen ks. Karstinen 1998, s. 131–133.

¹⁵¹ Tässäkin suhteessa tilanne on muuttunut vuosien saatossa. Siinä missä vielä ennen 2000-luvun taitetta osa kuulusteluista naputeltiin kirjoituskoneella, kirjataan kuulustelut nykyään tietokoneella ja kertomuksen jälkikäteinen korjaaminen on helpompaa.

¹⁵² Lisäksi voi olla paikallaan lähettää lopullinen kuulusteluversio vielä kuultavalle itselleen, jolloin molemmille osapuolille jää versio korjatusta kuulustelusta. Tämä estää väitteitä siitä, että tutkija olisi muuttanut vielä omatoimisesti kuulustelukertomusta. Vaihtoehtona voi olla myös allekirjoittaa kuulustelukertomus myöhemmin poliisiasemalla.

¹⁵³ Puhelinkuulusteluja ei yleensä tallenneta, ja ETL 9:3:ssä puhutaan kuva- ja äänitallenteesta. Ei kuitenkaan ole estettä tallentaa puhelinkuulustelua, jos kuultavalle vain ilmoitetaan tästä. Näin myös Fredman ym. 2020, s. 444–445.

¹⁵⁴ HE 14/1985 vp, s. 27 ja 75–76.

¹⁵⁵ Ks. esimerkiksi Lindstedt 1990, s. 37, jossa lainataan tutkijan kertomusta seuraavasti: ”Vaikka se kuulusteltava allekirjoittaa kertomuksensa, niin eihän se siinä hermostuksissaan sanamuotoon niin kiinnitä huomiota, panee nimensä siihen, varsinkin kun sanotaan, että pääset pois.” Ks. myös Karstinen 1998, s. 138, jonka mukaan kuultavat eivät yleensä jaksa tarkistaa kertomusta.

vetoaminen tuomioistuimessa siihen, että on ymmärtänyt kuulustelutilanteessa jotain väärin tai ei ole tarkastanut riittävän huolellisesti kertomusta, on selvästi epäuskottavampaa.¹⁵⁶

4.7 Kuulustelukertomuksen merkittävyys

Kuulustelukertomuksen merkittävyys liittyy siihen, millainen esitutkintaa ohjaava merkitys ja näyttöarvo kertomuksella on rikosprosessissa. Tämä taas linkittyy vahvasti kuultavan asemaan, mutta myös siihen, millaista tietoa hänellä on tapahtumista ja millainen suhde hänellä on asianosaisiin. Lisäksi arviointiin vaikuttaa se, kuinka vakavasta rikosepäilystä on kyse.¹⁵⁷ Merkittävyyden kohdalla voidaan nostaa esille myös varsinaisten kuulustelujen vähäiset täydentämiset, jotka on sallittu jo pidemmän aikaa tiedonsiirtovälineellä.

Asianomistajaa koskeva kuulustelu tiedonsiirtovälineellä on ollut yleensä mahdollista niissä tapauksissa, joissa asianomistaja ei ole nähnyt itse tekoa tai ei muutoin pysty antamaan rikosepäilystä lisätietoja.¹⁵⁸ Mitä vähemmän asianomistajalla on itse tutkittavaa asiaa selventävää tietoa, sitä todennäköisemmin hänet voidaan kuulla tiedonsiirtovälineellä. Jos henkilö voi kieltäytyä todistamasta tai hän on velvollinen olemaan vaiti, ei kuulustelua tarvitse lähtökohtaisesti suorittaa.¹⁵⁹ Jos kyse on sana sanaa vastaan-tilanteesta ja kyseessä on vakava rikosepäily, on asianomistajan kuulustelukertomuksella yleensä merkittävä rooli.¹⁶⁰ Tällöin lähtökohtana voidaan pitää kuulemista henkilökohtaisesti, joskin tällöinkään tiedonsiirtovälineellä suoritettavaa kuulustelua ei tarvitse sulkea pois vaihtoehtoista.

¹⁵⁶ Mahdollisimman yksityiskohtaisilla lisäkysymyksillä on selkeä vaikutus todistusharkintaan tuomioistuimessa. Ks. esimerkiksi Pölönen 2003, s. 126, joka toteaa, että mitä laajemmin asiasta on esitutkinnassa kysytty, sitä enemmän kertomuksella on merkitystä todistusharkinnassa. Ks. myös KKO 2013:96 kohta 8.

¹⁵⁷ Aikaisemmin kuulustelu tiedonsiirtovälineellä on esimerkiksi ollut rajattu jossain tapauksissa vain vähäisiin rikoksiin. Tällä hetkellä ei kuitenkaan voida implisiittisesti rajata pois kuulusteluja tiedonsiirtovälineellä vakavissa rikoksissa, koska tarkastelu tulee tehdä haitta- ja luotettavuusarvioinnin perusteella.

¹⁵⁸ Asianomistaja on myös mahdollista jättää kokonaan kuulematta ETL 7:2:n perusteella, jos hän on antanut tarvittavat tiedot rikosilmoitusta tehdessään.

¹⁵⁹ Kyse voi olla esimerkiksi läheiskriminointisuojaan (OK 17:17–18) liittyvästä esitutkinnasta, jossa vanhempi ei halua todistaa lastaan vastaan. Sama koskee myös esimerkiksi OK 17:20:n mukaista lähdesuojatilannetta. Vaitiolovelvollisuus taas voi koskea esimerkiksi pappia (OK 17:16) tai valtiosalaisuuksia (OK 17:10). Näissä kieltäytyminen ja sen peruste voidaan ottaa vastaan tiedonsiirtovälineellä.

¹⁶⁰ Tällaisia rikoksia ovat esimerkiksi seksuaali- ja läheisväkivaltarikokset.

Todistajan kohdalla sääntely on painottanut pitkään pelkkää henkilökohtaisesti läsnä olleen kuulustelua.¹⁶¹ Tämä tyhjentyi pitkälti siihen, että positiivisen totuusvelvollisuuden katsottiin vaativan kuulustelua henkilökohtaisesti. Lähtökohtana voidaan edelleenkin pitää, että mitä vakavamasta rikoksesta on kyse ja mitä merkittävämpi näyttöarvo todistajan kertomuksella on, sitä todennäköisemmin hänet tulisi kuulla henkilökohtaisesti RL 15:2:n vaikutukseen perustuen. Toisaalta kyseisen säännöksen merkitystä ei pidä myöskään ylikorostaa, ja on mahdollista kuulla todistajaa tiedonsiirtovälineellä myös vakavissa rikoksissa, jos se käy päinsä haittata ja tutkinnan luotettavuutta vaarantamatta.¹⁶² Arviointi RL 15:2:n vaikutuksesta perustuu merkittävyyden lisäksi kertomuksen uskottavuuteen, joten palaan siihen vielä tarkemmin seuraavassa jaksossa.¹⁶³

Rikoksesta epäillyn kohdalla kuulustelukertomuksen merkittävyys korostuu lähinnä niissä tilanteissa, joissa hän tunnustaa rikoksen tai tarjoaa vaihtoehdoisen kertomuksen rikosilmoituksen tapahtumankuvaukseen verrattuna.¹⁶⁴ Tunnustus oli aikaisemmin suuremmissa roolissa, koska poliisin muut tutkintakeinot olivat heikohkoja. Nykyään tekninen rikostutkinta ja erilaiset salaiset pakkokeinot ovat saaneet entistä enemmän jalansijaa. Rikoksesta epäillyn kuulustelukertomuksen merkittävyyttä vähentääkin osaltaan se, että näyttö ei voi perustua pelkkään tunnustukseen, ellei kyse ole lievistä rikoksista.¹⁶⁵ Tutkinnan luotettavuuteen vaikuttaa myös se, onko tunnustus ollut vapaaehtoinen.¹⁶⁶ Tuomioistuimien tekee OK 17:5.3:n mukaisesti pääkäsittelyssä harkinnan sen suhteen, mikä vaikutus tunnustuksella tai tunnustuksen peruuttamisella on todisteena.¹⁶⁷

¹⁶¹ Erityisesti syyllisyyskysymyksen kannalta merkittäviä lausumia ei todistajalta ole aikaisemmin katsottu voitavan ottaa puhelimitse. Ks. esimerkiksi Helminen – Lehtola – Virolainen 1988, s. 147.

¹⁶² Jos tapahtumienkulusta on jo muuta painavaa näyttöä, sitä vähäisempi arvo kuulustelulla voidaan katsoa olevan. Esimerkkinä tilanne, jossa tapahtumista on valvontatallenne tai tapahtumaan on kuultu jo muita todistajia, jotka kertovat tapahtumista samansuuntaisesti.

¹⁶³ Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä on katsottu, että vaikka epäillyllä ei ole totuusvelvollisuutta, ei lausunnon uskottavuutta voida asettaa vähemmän uskottavaksi kuin asianomistajan totuusvelvollisuuden nojalla antamaan lausuntoa. Ks. KKO 2013:96 kohta 7.

¹⁶⁴ Ks. KKO 2020:84, jossa todetaan, että epäillyn esitutkinnassa ja oikeudenkäynnissä antamat lausumat ovat lähtökohtaisesti näyttöarvoltaan vaikeammista merkittävämpiä. Jos rikoksesta epäilty tarjoaa vaihtoehdoisen tapahtumankulun, syyttäjän tulee esittää painoarvoltaan huomattavaa todistelua syytteen menestymiseksi.

¹⁶⁵ Ks. esimerkiksi Helenius – Linna 2021, s. 457.

¹⁶⁶ Helminen – Lehtola – Virolainen 1988, s. 147.

¹⁶⁷ Ks. tarkemmin esitutkinnassa annetun tunnustuksen peruutuksen arvioinnista tuomioistuimissa Pölönen – Tapanila 2015, s. 357–364.

Oikeuskirjallisuudessa esitetään edelleen näkemyksiä, että tiedonsiirtovälineet olisivat lähtökohtaisesti ongelmallisia rikoksesta epäillyn kuulusteluissa. Esimerkiksi vuoden 2020 Esitutkinta- ja pakkokeinot -teoksessa viitataan laillisuusvalvojan ratkaisuihin vuosilta 1991 ja 2000.¹⁶⁸ Molemmissa oli kyse puhelinkuulustelusta, jossa epäillyt olivat kiistäneet tapahtumienkulun, minkä lisäksi toisessa ei ollut kyse merkitykseltään vähäisestä asiasta. Teoksessa todetaan, että ”jos epäiltyä ei kuulustella henkilökohtaisesti, saattaa syntyä ongelmia, mikä käy ilmi seuraavista kanteluratkaisuista”.¹⁶⁹

Vuoden 2014 uudistuksen jälkeen kyseisistä asioista etenkin epäillyn kiistäminen ei ole enää ollut suoraan kuulustelutapaa rajoittava tekijä. Laillisuusvalvoja oli kiinnittänyt huomiota nimenomaisesti vanhan esitutkintalain 22 §:n rajoitukseen kuulla tapahtumien kulun kiistävää epäiltyä tiedonsiirtovälineellä. Toisessa tapauksessa oli arvioitu myös asian vähäisyyden merkitystä, mutta myös tämä rajoitus poistui vuoden 2014 uudistuksessa. Paradoksaalisesti voidaan katsoa, että tilanne on kääntynyt nimenomaan toisinpäin. Mitä vähemmän epäillyllä on lausuttavaa, sitä todennäköisemmin häntä voi kuulla myös vakavassa rikosasiassa tiedonsiirtovälineellä.¹⁷⁰

Rikoksesta epäillyn kohdalla haitan ja luotettavuuden arviointi kulminoituu hyvin pitkälti siihen, että kertomukseen voidaan vedota OK 17:47.2:n mukaisessa tilanteessa, kun epäilty peruuttaa tunnustuksen tai muuttaa kertomusta.¹⁷¹ Jotta kertomukseen voidaan vedota pääkäsitelyssä, korostuu se, että epäillyn oikeudet ja velvollisuudet sekä erilaisten muotomääräysten noudattaminen on toteutunut esitutkinnassa kuulustelutavasta riippumatta täysimääräisinä.¹⁷² Tulkintaongelmia suhteessa henkilökohtaisesti läsnä olevan kuulusteluun syntyy lähinnä niissä tapauksissa, joissa rikoksesta epäilty vetoaa muihin haitta- ja luotettavuusarviointiin vaikuttaviin seikkoihin.¹⁷³ Jos arviointi on tehty oikein, on myös tiedonsiirtovälineellä tapahtuvassa kuulustelussa annettu tunnustus pätevä.

¹⁶⁸ Fredman ym. 2020, s. 473.

¹⁶⁹ Todettakoon, että tämä sama näkemys on esitetty jo vuoden 2002 teoksessa ja toistettu sen jälkeen vuosien 2005, 2012, 2014 ja 2020 laitoksissa, vaikka lainsäädäntö on muuttunut koko ajan sallivampaan suuntaan. Ks. Helminen – Lehtola – Virolainen 2002, s. 288–289.

¹⁷⁰ Ks. HE 222/2010 vp, s. 56–57, jossa todetaan, että tiedonsiirtovälineellä tapahtuvan kuulustelutavan valinta korostuu asioissa, joissa epäillyllä ei ole juurikaan lausuttavaa.

¹⁷¹ Ks. tunnustuksen peruuttamisen vaikutuksista KKO 2020:84, KKO 2020:61 ja KKO 2000:35.

¹⁷² Korostunut merkitys on esimerkiksi puolustautumisosoikeudella. Ks. näihin liittyen KKO 2012:45 ja KKO 2016:76. Ks. myös Fredman ym 2020, s. 359–361.

¹⁷³ On myös huomioitava, että jos kyse on vakavasta rikoksesta, otetaan epäilty yleensä

4.8 Kuulustelukertomuksen uskottavuus

Tiedonsiirtovälineellä suoritettujen kuulustelukertomuksen uskottavuutta voidaan arvioida ensinnäkin kuultavan rikosprosessuaalisen aseman perusteella. Arviointia voidaan tehdä RL 15:2:n sääntelyn perusteella, jota ei sovelleta rikoksesta epäiltyyn ja joka vaikuttaa asianomistajaankin vain osittain.¹⁷⁴ Asianomistajaa on lisäksi oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa pidetty yhtä epäluotettavana tai luotettavana kuin epäiltyäkin, koska molemmilla on henkilökohtainen intressi asiassa.¹⁷⁵ Kuulustelukertomuksen uskottavuuden arviointiin liittyykin enemmän kertomishalukkuus, mutta myös kuultavan kyky kertoa totuudenmukaisesti tapahtumista. Tämän lisäksi voidaan mainita kuulustelijan kyky arvioida kuultavan sanattoman viestinnän perusteella kertomuksen uskottavuutta. Tältä osin todistajapsykologia on vasta viime vuosikymmeninä tuottanut mielenkiintoisia tutkimustuloksia, joita lainsäädännössä on otettu heikohkosti huomioon.

Vaikka RL 15:2:n rangaistusuhka ei toteudu tiedonsiirtovälineellä tapahtuvassa kuulustelussa, ei tämä kuitenkaan tarkoita sitä, että asianomistaja ja todistaja voisivat vapaasti valehdella tiedonsiirtovälineellä suoritettavassa kuulustelussa. Käytännössä kuulustelun paikkansapitävyyttä ei tulisi arvioida pelkkää RL 15:2:n sääntelyä vasten. Rikoksesta epäillyn kohdalla säännöstä ei voi soveltaa, joten kuulustelutavalla ei ole tältä osin vaikutusta.

Kuulustelutavasta riippumatta asianosaisia ja todistajaa koskee RL 15:6:n mukainen väärän ilmiannon rangaistusuhka, joka on säännöksenä varsin samanlainen kuin perätön lausuma.¹⁷⁶ Kuultava ei voi tiedonsiirtovälineenkään välityksellä esittää valheellisia väitteitä eri henkilöiden toimintaan liittyen, jos se aiheuttaa vaaran, että kyseinen henkilö joutuu poliisin pakkokeinojen kohteeksi. Tunnusmerkistö voi täytyä myös silloin, kun

kiinni eikä kysymystä varsinaisen kuulustelun suorittamisesta tiedonsiirtovälineellä tarvitse arvioida.

¹⁷⁴ ETL 7:6:n mukaisesti asianomistajan on pysyttävä totuudessa tehdessään selkoa tutkittavasta asiasta ja vastatessaan esitettyihin kysymyksiin. Asianomistajalla on niin sanottu negatiivinen totuusvelvollisuus, jonka mukaan kaiken, mitä hän kertoo, on oltava totta. Todistajan kohdalla taas puhutaan positiivisesta totuusvelvollisuudesta, jonka mukaan todistajan tulee kertoa kaikki asiasta tiedossaan olevat seikat mitään salaamatta.

¹⁷⁵ Oikeuskäytännössä on todettu, ettei syytetyn lausunnon uskottavuutta voida asettaa vähemmän uskottavaksi kuin asianomistajan totuusvelvollisuuden nojalla antamaan lausuntoa. Ks. KKO 2013:96 kohta 7. Asianomistajaa on pidetty rikoksesta epäillyn ohella epäluotettavana tietolähteenä, koska molemmilla on oma intressi asiassa, jolloin tosiseikoista kerrotaan helposti itselle mahdollisimman edullisella tavalla. Ks. Jokela 2018, s. 642–643.

¹⁷⁶ HE 6/1997 vp, s. 19.

ilmiantaja liittää osittain totuudenmukaisesti tietoihin valheelliseksi tietämäänsä osia. Asianomistaja tai todistaja voi esimerkiksi valheellisesti kertoa epäillyn käyttäneen varkausrikoksessa väkivaltaa tai uhkausta.¹⁷⁷ Tällöin rikosnimike voi vaihtua ryöstöksi ja aiheuttaa konkreettisemmän vaaran pakkokeinojen kohteeksi joutumiselle.

Asemasta riippumatta tiedonsiirtovälineellä tapahtuvassa kuulustelussa voi täytyä RL 24:9:n mukainen kunnianloukkauksen tunnusmerkistö.¹⁷⁸ Asianomistaja ei voi valehdella anastetun omaisuuden määrästä, koska kyseeseen voi tulla RL 36:1:n mukainen petos.¹⁷⁹ Kuulustelua ei siten tarvitse välttämättä suorittaa henkilökohtaisesti läsnä ollen, vaikka vahinko olisi huomattava.¹⁸⁰ Lisäksi asianomistajaa ja todistajaa koskee RL 15:13.1,2:n mukainen itsekriminointisuojaaja ilmentävä rajoitussäännös kuulustelutavasta riippumatta. Säännöksen mukaan asianomistajan tai todistajan ei tarvitse pysyä totuudessa, jos se on mahdotonta ilman vaaraa joutua vastuuseen omasta rikoksesta tai siihen rinnastettavasta lainvastaisesta teosta.

Käytännössä on tyypillisempää, että jos asianomistaja tai todistaja ei syystä taikka toisesta halua kertoa tapahtumista totuudenmukaisesti, heittäytyy hän ainakin osittain muistamattomaksi tai kertoo tapahtumista muutoin sekavasti. Tällöin voi olla mahdotonta sanoa, puhuuko kuultava totta vai ei.¹⁸¹ Kyse on lähinnä siitä, saako poliisi suostuteltua henkilön puhumaan asiasta avoimesti vai ei. Tällaisia tapauksia voivat olla esimerkiksi tilanteet, joissa seksuaalirikoksen uhri kieltäytyy puhumasta tapauksesta mitään, koska ei halua sitä selvitetävän. Sama koskee myös järjestäytyneen rikollisryhmän jäsenen pahoinpitelyn uhriksi joutunutta asianomistajaa tai alaikäistä ryöstön uhria, joka ei halua selvittää asiaa koston pelossa.

¹⁷⁷ Ks. HE 6/1997 vp, s. 34.

¹⁷⁸ Jos väärä ilmianto on esimerkiksi heti havaittu poliisin toimesta perättömäksi, voi kyseeseen tulla vain kunnianloukkaus. Ks. HE 6/1997 vp, s. 35. Ks. myös Viljanen 2001, s. 1016–1017.

¹⁷⁹ HE 6/1997 vp, s. 34.

¹⁸⁰ Vrt. Fredman ym. 2020, s. 444, jossa he toteavat, että jo vähänkään huomattavamman vahingon määrän selvittäminen vaatii kuulustelua henkilökohtaisesti läsnä ollen. Käytännössä tähän ei siis ole suoraa tarvetta, jos kyse on pelkästä korvauksien selvittelystä. Tämä sen takia, että petos täytyy myös ilmoittamalla valheellisesti tiedonsiirtovälineellä vahinkojen määrästä. Voidaan myös todeta, että asianomistaja toimittaa yleensä erikseen kirjallisesti laskelman kustannuksista esimerkiksi sähköpostilla ja tämä korkeintaan vahvistetaan kuulustelukertomuksessa.

¹⁸¹ Ks. Jonkka 1998, s. 1259. Jonkka toteaa, että esimerkiksi todistajan kertomuksen luotettavuutta tai jonkin jäljen merkitystä todisteena ei voida arvioida oikeudellisin kriteerein. Todisteet arvioidaan kokemussääntöjen ja aputositseikkojen avulla.

Kuultavan tahtoon kertoa asioista liittyy myös se, onko kuultavaa painostettu tai ohjattu kertomaan kuulustelussa tiettyjä asioita. Henkilökohtaisesti läsnä ollen kuultaessa tämän arviointi perustuu kuultavan käyttäytymisen ja kertomuksen arviointiin, mutta tiedonsiirtovälineellä tapahtuvalla kuulemisella ulkopuolisten voi olla mahdollista vaikuttaa reaaliaikaisesti kuulustelukertomukseen. Tällainen tilanne voi realisoitua esimerkiksi läheisväkivaltarikoksissa.¹⁸² Toisaalta tätä vaikuttamista voidaan tehdä jo ennen kuulustelua, mutta myös sen jälkeen ennen tuomioistuimen käsitteilyä.¹⁸³

Kuultavan kertomishalukkuuden lisäksi kuulustelukertomuksen uskottavuuteen liittyy kyky kertoa asioista. Oikeuskirjallisuudessa on todettu, että yleensä välittömästi tapahtumapaikalla tai pian tapahtuman jälkeen pidettyä todistajankuulustelua pidetään luotettavimpana, koska kuulusteltavan mielikuvat ja muistikuvat tapahtumista eivät vielä ole ehtineet sekoittua. Tästä seuraa loogisesti se, että esitutkinnassa annettu kertomus on lähtökohtaisesti luotettavampi kuin käräjäoikeudessa annettu kertomus, joka taas on luotettavampi kuin mahdollisesti myöhemmin muutoksenhakuasteissa annettu kertomus. Tähän vaikuttavat kuitenkin kuulustelutapa, asiasta käydyt keskustelut myöhemmin ja se, kuinka muistiin painuvasta tapauksesta on ollut kyse.¹⁸⁴

Vaikka henkilö haluaisi kertoa kaikesta mahdollisimman totuudenmukaisesti, ei se välttämättä onnistu. Ihmisen muistamiskykyyn liittyy joukko virhelähteitä ja epävarmuustekijöitä. Kertomus voi olla uskottava, mutta se on saattanut syntyä esimerkiksi havainnoinnin epäonnistumisen, mielikuvituksen, puutteellisen muistamisen, johdattelun, toistuvien kuulustelujen, muistikuvien muuttumisen, muualta saatujen vaikutelmien (eli valemuistojen) tai jopa suoranaisen valehtelun seurauksena.¹⁸⁵ Oma roolinsa on myös sillä, minkä ikäinen kuultava on.¹⁸⁶

¹⁸² Ks. NBC News 2021, jossa kerrotaan ZOOM-palvelussa käydyistä oikeudenkäynnistä. Tapauksessa syyttäjä huomasi, että tyttöystävänsä pahoinpitelystä epäilty mies, joka oli myös määrätty olemaan ottamatta yhteyttä naiseen, olikin samassa asunnossa naisen kanssa.

¹⁸³ Sama koskee myös poliisiin kohdistuvia painostusväitteitä. Vaikka kuulustelu videoitaisiin, voi kuultava väittää, että poliisi on painostanut häntä ennen kuulustelua.

¹⁸⁴ Jokela 2018, s. 665. Ks. myös Oikeusministeriö 2020, s. 27. Monesti kuultavat toteavat esimerkiksi hovioikeudessa, että muistivat tapahtumat paremmin esitutkinnassa tai käräjäoikeudessa. Lisäksi tuossa vaiheessa on riski, että erilaiset virhelähteet, kuten muiden kertomukset, median uutisointi tai muut seikat, ovat voineet sekoittaa kertomusta selvästi.

¹⁸⁵ Väisänen – Korkman 2014, s. 721. Ks. todistajakertomuksen painoarvosta Jonkka 1993, s. 58–59, jossa todetaan, että käytännössä todistajakertomukselle annetaan enemmän painoarvoa kuin sille todistajanpsykologian mukaan olisi syytä antaa.

¹⁸⁶ Ks. lapsen kuulemisesta oikeuspsykologian kannalta kokonaisuudessaan Haapasalo

Kuulustelukertomuksen uskottavuuden arviointiin on liittynyt jo pitkään toteamus siitä, että läsnä ollen kuultaessa on mahdollisuus tehdä paremmin havaintoja kuultavan ilmeistä ja eleistä kuin tiedonsiirtovälineillä kuultaessa.¹⁸⁷ On varmasti totta, että esimerkiksi puhelinkuulustelun pelkkään äänensävyyn ja sanavalintoihin perustuva arviointi on heikompaa kuin havainnointimahdollisuudet henkilökohtaisesti läsnä ollen kuultaessa. Puhumattakaan sähköpostitse tapahtuvasta kuulustelusta. Eri asia kuitenkin on, ovatko nämä havainnot oikeita ja mikä merkitys havainnoilla on kuulustelun funktioiden kannalta, vaikka ne olisivat oikeita.

Tutkimusten mukaan valehtelevilla ihmisillä on havaittu enemmän muun muassa äänellistä hermostuneisuutta, sanattoman ja sanallisen viestinnän ristiriitoja, silmien räpyttelyä, viivyttelyä sekä erilaista epäröintiä ennen vastauksen antamista.¹⁸⁸ Yhtä lailla kyseinen käytös voi kuitenkin johtua myös jännityksestä ja ahdistuneisuudesta.¹⁸⁹ Kuultavan ulkoinen varmuus ei myöskään ole tae totuuden puhumisesta.¹⁹⁰ Tutkimuksissa on myös todettu, että jos arviointi suoritetaan sanattomasta viestinnästä ilman erilaisia analyysejä helpottavia apuvälineitä, keskimäärin vain 54 prosentissa tapauksista onnistutaan erottamaan valhe totuudesta. Käytännössä tämä tarkoittaa yhtä hyvää varmuutta kuin kolikon heitossa.¹⁹¹

Tilannetta ei muuta se, että poliisi oikeasti havaitsisi kuultavan valehtelevan. Poliisi ei voi kirjata kertomukseen, että kuultava selvästi valehtelee, vaikka tutkija tekisi tiettyjä havaintoja kuultavan ilmeistä ja eleistä.¹⁹² Poliisi ei voi ETL 7:5:n takia esimerkiksi vaikuttaa kuultavan ratkaisuvapauteen tai tahdonvoimaan saati uhata tätä, vaikka huomaisi tämän selvästi valehtelevan. Sanattomasta viestinnästä tehtävillä havainnoilla onkin enemmän tutkintaa ohjaavaa kuin näytöllistä merkitystä esitutkinnassa.¹⁹³

2000.

¹⁸⁷ Ks. Helminen – Lehtola – Virolainen 1988, s. 147, jonka mukaan tiedonsiirtovälineellä tapahtuvassa kuulustelussa on vaikea ottaa huomioon kuulustelupsykologiset näkökulmat. Ks. myös Haapasalo – Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen 2000, s. 121, jossa todetaan, että pelkkää puhelinkuulemista tuomioistuimessa on pidetty puutteellisena, koska eleet ja ilmeet puuttuvat. Ilman ei-kielellistä viestintää sanoma voi jäädä tulkinnanvaraiseksi tai vaillinaiseksi.

¹⁸⁸ Ellonen – Karsinen – Nykänen 1996, s. 29.

¹⁸⁹ Haapasalo 2008, s. 171.

¹⁹⁰ Autio – Karjala 2011, s. 80.

¹⁹¹ Ks. Vrij – Meissner – Kassin 2015, s. 2–3.

¹⁹² Poliisi voi kuitenkin muistuttaa asianomistajaa ja todistajaa totuusvelvollisuudesta. Tosin todistajakaan ei voi pakottaa poliisin keinoin kertomaan asiasta esitutkinnassa, vaan todistaja tulee viedä ETL 7:9:n mukaisesti tuomioistuimeen kuultavaksi.

¹⁹³ Jos kuulustelija havaitsee sanattoman viestinnän perusteella kuultavan valehtelevan tai olevan muutoin epävarma, voi kuulustelija ohjata kuulustelua tiettyyn suuntaan kysymyksillään.

Esitutkinnassa kertomuksen uskottavuusarviointi onkin erilaisessa roolissa kuin tuomioistuimessa.¹⁹⁴ Jos kuulustelukertomusta joudutaan käyttämään todisteena, ei sanatonta viestintää kuulustelutilanteessa voida arvioida jälkikäteen, jos kuulustelua ei ole tallennettu ja esitetä erikseen oikeudessa. Oleellista on vain se, mitä on päätyttyä kirjattavaksi kertomukseen, ei se, miten kuultava on ilmehtinyt tai elehtinyt kuulustelun aikana.¹⁹⁵

Käytännössä huomattavasti suurempi merkitys uskottavuusarvioinnissa on sillä, miten kuultavan kertomus näyttäytyy vertailussa muiden kuulustelukertomuksiin, tekniseen todisteluun ja muihin esitutkinnassa ilmenneisiin seikkoihin. Jos tiedonsiirtovälineellä tapahtuvassa kuulemisessa herää epäily kertomuksen uskottavuudesta, poliisin tulee ensisijaisesti muistuttaa asianomistajaa tai todistajaa totuusvelvollisuudesta ja suorittaa kuulustelu tarvittaessa henkilökohtaisesti läsnä ollen.¹⁹⁶ Rikoksesta epäillyn kohdalla kuulemistavalla ei ole tällöinkään suurempaa merkitystä, koska hänen ei ole pakko puhua totta henkilökohtaisesti läsnä ollen kuultaessakaan. Kyseisen säännöksen soveltaminen onkin kovin harvinaista, kun ottaa huomioon, että kuulustelujen määrät lasketaan vuosittain sadoissa tuhansissa.¹⁹⁷ Siihen nähden perättömästä lausumasta viranomaismenettelyssä annettujen tuomioiden määrä on minimaalinen, koska vuoden 2014 jälkeen

¹⁹⁴ Ks. todistusharkinnasta yleisesti Virolainen – Martikainen 2010, s. 272–273. Ks. myös KKO 2007:82, jossa arvioitiin asianomistajan kertomuksen luotettavuutta. Tapauksessa asianomistaja oli antanut alustavassa puhutuksessa ja kuulustelussa erilaiset kertomukset eikä häntä oltu kuultu käräjäoikeudessa. Käräjäoikeus oli uskonut alustavan puhutuksen pitäneen paikkansa, ja asianomistaja oli pelon takia antanut varsinaisessa kuulustelussa toisenlaisen kertomuksen. Asianomistajaa oli kuultu hovioikeudessa puhelimitse, ja hänen kertomuksensa oli ollut välttelevä. Uskottavuuden arvioiminen olisi KKO:n mukaan edellyttänyt henkilökohtaista kuulemistä.

¹⁹⁵ Poikkeuksen tekee ETL 9:4:n mukainen kuuleminen, jossa tallennetta käytetään todisteena. Esimerkiksi lapsen videokuulemisen litterointeihin on hyvä kirjata ylös lapsen reaktiot, jos tallennetta ei katsota erikseen oikeudessa.

¹⁹⁶ Vaikka asianomistaja olisi valehdellut kuulustelussa, on hänellä RL 15:13.1.1:n perusteella mahdollisuus oikaista lausumansa ennen kuulustelun päättymistä, jolloin RL 15:2:ää ei sovelleta. Sama koskee myös todistajaa, joka oikaisee lausumaansa tai ilmaisee salaa-mansa seikan. Tämän takia ei ole tarvetta heti valehtelua epäiltäessä kutsua asianomistajaa tai todistajaa poliisiasemalle kuultavaksi, vaan antaa jo tiedonsiirtovälineellä tapahtuvassa kuulustelussa mahdollisuus oikaista kertomustaan. Ks. myös HE 190/2002 vp, s. 32, jossa todetaan, että jos tuomioistuimessa tapahtuvan puhelinkuulemisen aikana osoittautuu, ettei kertomusta voi arvioida luotettavasti ilman läsnäoloa, tulee kuuleminen keskeyttää ja kuulla henkilö läsnä olevana.

¹⁹⁷ Ks. Kolehmainen 2016, s. 25, jonka mukaan syyteharkintaan toimitetaan esitutkinta-pöytäkirjoja vuosittain noin 75 000. Kuulusteluja voidaan olettaa suoritettavan moninkertainen määrä kyseiseen lukuun verrattuna. Tämä sen takia, että yleensä syyttäjälle lähtevissä jutuissa on useita kuulusteluja eivätkä kaikki kuulustelun sisältävät esitutkinta-pöytäkirjat edes päädy syyttäjän pöydälle.

ei käräjäoikeuksissa ole kertaakaan annettu vuodessa yli 50:tä tuomiota. Alimmillaan luku on ollut vuonna 2018, ollen vain 21.¹⁹⁸

Lainsäädännössä ja esitöissä voidaan katsoa annettun liikaa painoarvoa sanattoman viestinnän merkitykselle ja sen havaitsemismahdollisuuksille. Tämän takia oikeuskirjallisuudessa onkin todettu tuomioistuinkäsittelyyn liittyen seuraavasti: ”Kun uskottavuutta ja totuuden puhumista ei ole katsottu voitavan luotettavasti selvittää puhujan ulkoisista merkeistä tai käytäytymisestä, mielenkiintoista on se, miten laissa ja sen esitöissä suhtaudutaan todistajan kuulusteluun puhelimitse.”¹⁹⁹ Lähtökohtana kertomuksen uskottavuuden arvioinnille tuleekin pitää kertomuksen syntymekanismien ja -historian selvittämistä.²⁰⁰ Lisäksi kertomuksen sisältöä tulee verrata muihin esitutkinnassa selvinneisiin seikkoihin.²⁰¹ Tämän arvioiminen onnistuu yleensä tiedonsiirtovälineellä tapahtuvassa kuulustelussa yhtä hyvin kuin henkilökohtaisesti läsnä ollen kuultaessakin.

4.9 Lapsen oikeudellinen erityisasema

Esitutkintalain 7 luvun 14 §:ssä on säädetty vajaavaltaisen laillisen edustajan läsnäolo-oikeudesta kuulustelussa ja yhteydenotosta sekä ETL 7:15:ssä tilaisuuden varaamisesta kuulusteluun lailliselle edustajalle. Niin kuin kuulustelutodistajaakin koskevassa sääntelyssä, on myös nämä säännökset rakennettu semanttisesti siten, että puhutaan fyysisestä läsnäolosta. Sama koskee myös sosiaaliviranomaisen oikeutta osallistua rikoksesta epäillyn lapsen kuulusteluun, jossa puhutaan sosiaaliviranomaisen edustajan ”lähettämisestä” kuulusteluun (ETL 7:16). Säännösten rakenteesta huolimatta ei kuitenkaan voida tehdä tulkintaa, ettei tilaisuutta tulisi varata näille

¹⁹⁸ Kuusisto Mäkelä 2021, s. 188.

¹⁹⁹ Autio – Karjala 2011, s. 84. Vrt. HE 190/2002 vp, s. 32. Tuomioistuinten toimintaan liittyen esitöissä todetaan, että mahdollisuudet todistajan uskottavuuden arviointiin ovat puhelinkuulemisessa ”käytännössä olemattomat”. Puhelinkuulustelun oikeudessa katsottiinkin soveltuvan vain lähinnä asiantuntijoihin. Ks. kuitenkin KKO 2013:96, jossa todetaan, että nykyisen vallitsevan oikeuspsykologisen käsityksen mukaan henkilötodistelun luotettavuutta ei voida juurikaan perustaa henkilön puhetavasta, ilmeistä ja eleistä taikka tunnereaktioista oikeudenkäynnissä tehtävien havaintojen ja vaikutelmien varaan. Suurempi merkitys on kertomuksella itsessään, kuten sen keskeisen sisällön johdonmukaisuudella, realiteetisuudella ja muuttumattomuudella sekä yksityiskohtien runsaudella.

²⁰⁰ Jonkka 1993, s. 65–66.

²⁰¹ Näitä voivat olla esimerkiksi salaisilla pakkokeinoilla tai muilla pakkokeinoilla saadut tiedot, muiden kuulustelukertomukset, valvontatallenteet ja lääkärinlausunnot.

tahoille tai että kuulustelu puhelimella tai muulla tiedonsiirtovälineellä olisi alaikäisten kohdalla mahdotonta.²⁰²

Haitta- ja luotettavuusarviointiin vaikuttaa täysi-ikäisten tapaan kuultavan asema, mutta myös se, onko kyse alle 15-vuotiaasta vai 15–17-vuotiaasta kuultavasta. Jos kuultava on alle 15-vuotias, on hänen laillisilla edustajillaan ETL 7:14.1:n mukaisesti aina oikeus olla läsnä kuulustelussa.²⁰³ Puhevaltaa käyttää tällöin vain laillinen edustaja (OK 12:1.1). Jos kyse on 15–17-vuotiaasta lapsesta, käyttää lapsi rinnakkaista puhevaltaa. Joissain harvoissa tapauksissa lapsi voi OK 12:1.2:n mukaisesti käyttää yksin puhevaltaansa (ETL 7:14.2).²⁰⁴ ETL 7:15.1:n mukaan alle 18-vuotiaan asianomistajan ja rikoksesta epäillyn laillisille edustajille on ilmoitettava kuulustelusta etukäteen ja vähintään yhdelle on varattava tilaisuus olla läsnä kuulustelussa, ellei ETL 7:15.2:sta muuta johdu.²⁰⁵ Tämä koskee myös kuulustelua tiedonsiirtovälineellä.²⁰⁶

Sosiaaliviranomaisten kohdalla lainsäätäjä on lähtenyt siitä, että heille tulisi tarvittaessa ilmoittaa kuulustelusta sekä varata mahdollisuus osallistua siihen (ETL 7:16). Esitöiden mukaan rikokset, joissa on kyse pikemminkin ajattelemattomuudesta tai ymmärtämättömyydestä, voivat jäädä ilmoittamisvelvollisuuden ulkopuolelle.²⁰⁷ Sama koskee lievempiä rikoksia, joissa kyse on yksinkertaisista ja selvistä rikosepäilyistä, joista ei ole

²⁰² Tätä voidaan katsoa tukevan LOS 3.1:n mukainen lapsen edun ensisijaiseksi asettava tulkinta. Lisäksi esitöissä on alle 15-vuotiaan rikollisesta teosta epäillyn tutkintaan liittyvän ETL 3:5:n yhteydessä todettu, että ”kaikissa esitutkinnassa olevissa asioissa lain säännöksiä sovelletaan tapauksen edellyttämässä laajuudessa ja edellyttämällä tavalla”. Ks. HE 222/2010 vp, s. 180.

²⁰³ Tiedonsiirtovälineellä tapahtuvan kuulustelun kohdalla ei ole myöskään vaikutusta ETL 4:8:n mukaiseen edunvalvojaa koskevaan sääntelyyn. Edunvalvojalla on mahdollisuus osallistua kuulusteluun normaaliin tapaan, vaikka se suoritettaisiin tiedonsiirtovälineellä.

²⁰⁴ Käytännössä on erittäin harvinaista, että poliisi jättäisi ilmoittamasta asiasta laillisille edustajille, vaikka kyse olisi esimerkiksi varkaudesta, joka olisi kohdistunut lapsen kesätoilla hankkimaan omaisuuteen.

²⁰⁵ Tilaisuuden varaaminen huoltajille ei koske todistajan asemassa kuultavaa lasta, joskin tälle ei ole estettä.

²⁰⁶ Yhteydenottovelvollisuus alaikäisen lapsen lailliseen edustajaan ei lähtökohtaisesti koske ETL 7:20:n mukaista alustavaa puhuttelua. Tutkija voi siis soittaa suoraan myös alaikäiselle lapselle, mutta tällöin ei ole kyse varsinaisesta kuulustelusta, jos lailliset edustajat eivät esimerkiksi liity mukaan puhelun aikana ja muut muotomääräykset täytetään. Lisäksi tulee huomioida, että tilaisuus osallistua kuulusteluun tulisi yrittää varata kaikille laillisille edustajille. Tämä sen takia, että esitöiden mukaan tavoiteltavaa on pyrkiä sopimaan kuulusteluajankohta molempien vanhempien kanssa. Ks. HE 222/2010 vp, s. 223.

²⁰⁷ Vaikka esitöissä ei tästä mainitakaan esimerkkejä, voidaan tältä osin viitata ROL 1:7.1.2:aan. Kohdassa mainitaan, että lapsen kohdalla voidaan jättää syyte nostamatta, jos ei ole odotettavissa ankarampaa rangaistusta kuin sakkoa tai enintään kuusi kuukautta vankeutta ja teon katsotaan johtuneen pikemmin ymmärtämättömyydestä tai harkitsemattomuudesta kuin piittaamattomuudesta lain kieltoja ja käskyjä kohtaan.

odotettavissa ankarampaa rangaistusta kuin sakkoo.²⁰⁸ Tapauskohtaista harkintaa käyttäen tilanne voidaan hoitaa siten, että tilaisuutta osallistua kuulusteluun ei varata, mutta kuulustelupöytäkirja toimitetaan ETL 7:16.2:n mukaisesti viipymättä sosiaaliviranomaiselle.

Käytännössä on kuitenkin yleistä, että poliisi ilmoittaa jokaisesta alle 18-vuotiaan rikoksesta epäillyn kuulustelusta sosiaaliviranomaisille ja varaa heille mahdollisuuden osallistua kuulusteluun. Jos kukaan huoltajista ei pääse osallistumaan kuulusteluun, korostuu sosiaaliviranomaisten rooli lapsen edun valvojana.²⁰⁹ Siinä missä puhelinkuulustelussa sosiaaliviranomaisten on vielä mahdollista valvoa lapsen etua, on lapsen edun valvomisen sähköpostitse tapahtuvassa kuulustelutilanteessa melko mahdotonta. Sama koskee myös huoltajia tai muita laillisia edustajia, joskin on mahdollista etukäteen sopia, että lapsi ja edustajat vastaavat sähköpostikuulusteluun yhdessä. Kuulustelun suorittamista sähköpostilla alaikäisten kohdalla tulisi kuitenkin lähtökohtaisesti välttää ensisijaisena vaihtoehtona lapsen rikosprosessuaalisesta asemasta riippumatta.²¹⁰

Alle 15-vuotiaan asianomistajan ja todistajan kohdalla lähtökohtana on, ettei heitä yleensä kuulla todistajana oikeudessa (OK 17:27 ja 30).²¹¹ Käytännönä onkin, että poliisi kuulee alle 15-vuotiaan asianomistajan tai todistajan tarvittaessa ETL 9:4:n mukaisesti ääni- ja kuvatallenteeseen.²¹² Tällöin tallennetta voidaan käyttää todisteena oikeudenkäynnissä, eikä lapsen tarvitse olla läsnä henkilökohtaisesti.²¹³ Näissä tapauksissa kuulusteluja ei suoriteta puhelimella tai muulla tiedonsiirtovälineellä. Huomioitavaa on myös se, ettei alle 15-vuotiaalla ole kuulustelutavasta tai asemasta riippumatta sanktioitua totuudessapysymisvelvollisuutta.²¹⁴

²⁰⁸ HE 222/2010 vp, s. 225. Esitöissä viitataan suppeaa esitutkintaa koskevaan ETL 11:2.2:n sääntelyyn, jonka mukaan suppea esitutkinta voidaan suorittaa noudattamatta ETL 7:16:n kuulustelutodistajaa koskevaa sääntelyä.

²⁰⁹ HE 222/2010 vp, s. 225.

²¹⁰ Sähköpostikuulusteluksi soveltuvat lähinnä vähäiset täydennyskuulustelut.

²¹¹ Säännöksessä viitataan OK 17:27:n asianosaisia koskevaan sääntelyyn. Jos alle 15-vuotiaasta kuultaisiin oikeudessa, tulisi sen ensinnäkin olla tuomioistuimen mielestä soveliasta. Lisäksi kuulemisella tulisi olla asian selvittämiseksi keskeinen merkitys ja kuulemisen ei tulisi todennäköisesti aiheuttaa kuultavalle sellaista kärsimystä tai muuta haittaa, joka voi vahingoittaa häntä tai hänen kehitystään.

²¹² Kyse voi olla esimerkiksi seksuaalirikos- tai läheisväkivaltarikoksen uhrista.

²¹³ Alle 15-vuotiaasta lasta voidaan kuulla asianomistajana esimerkiksi koulukiusaamiseen liittyvässä rikoksessa, jos epäiltyjen joukossa on 15 vuotta täyttäneitä ja asia on etenemässä tuomioistuimeen.

^{Lasta} ei välttämättä tarvitse kuulla videolle, jos hän täyttää 15 vuotta ennen oikeudenkäyntiä, koska tällöin hän voi itse saapua istuntoon.

²¹⁴ Fredman ym. 2020, s. 540.

Riippumatta siitä, että ETL 9:4:ssä puhutaan vain asianomistajasta ja todistajasta, kuullaan myös alle 15-vuotiaita rikollisesta teosta epäiltyjä todistelutarkoituksessa videolle.²¹⁵ Tämä on tarpeen silloin, kun tekoon liittyy 15 vuotta täyttäneitä rikoksesta epäiltyjä ja on todennäköistä, että asiaa tulee etenemään pääkäsitteilyyn. Kyse on tällöin joko ETL 3:3.1:n mukaisesta tavanomaisesta esitutkintapakon sisältävästä tilanteesta tai ETL 3:5.1:n mukaisesta tilanteesta, jossa poliisi selvittää tarvittaessa liittyykö tapaukseen 15 vuotta täyttäneitä epäiltyjä. Jos tapauksessa ei ole kuin alle 15-vuotiaita rikollisesta teosta epäiltyjä, on kyseessä ETL 3:5.2:n mukainen rikollisen teon tutkinta, jolloin tarvetta ETL 9:4:n mukaiseen videointiin ole.

Lainsäätäjä on asettanut ETL 3:5:n mukaisissa tapauksissa lähtökohdaksi, ettei alle 15-vuotiaiden epäilyksi tekemiä rikollisia tekoja tutkita.²¹⁶ Esitutkintalain 3 luvun 5 §:n 2 momentin mukaan alle 15-vuotiaan tekemäksi epäillyn rikollisen teon johdosta toimitetaan esitutkinta tarvittaessa erikseen laissa säädettyissä tilanteissa. Näin voi olla, 1) jos asianomistajan pyytää poliisia saamaan teolla menetetyt omaisuuden takaisin tai toteuttaa vahingonkorvausoikeutensa, 2) selvitetään menettämisseuraamuksen edellytykset tai 3) lastensuojelutoimenpiteiden tarpeen tai muun epäillyn etuun liittyvän selvittämistarpeen vuoksi.²¹⁷ Yleensä esitutkinnan tarve konkretisoituu tapauksissa, joissa on kyse ETL 3:5.2,1:n mukaisesta asianomistajan menetetyt omaisuuden takaisin saamisesta tai hänen vahingonkorvausoikeutensa toteuttamisesta.²¹⁸

²¹⁵ Herää tosin kysymys, että jos esimerkiksi 14-vuotias lapsi kykenee osallistumaan törkeään ryöstöön, jossa on anastettu uhrilta omaisuutta teräaseella uhkaamalla, niin aiheutaisiko kuulustelu todistelutarkoituksessa tuomioistuimessa hänelle sellaista kärsimystä tai muuta haittaa, joka OK 17:27.1,2:n mukaisesti voisi vahingoittaa häntä tai hänen kehitystään?

²¹⁶ HE 222/2010 vp, s. 180.

²¹⁷ Tulee huomata, että tarve suorittaa esitutkinta tyhjentyy näihin tapauksiin eikä sitä tulisi lähtökohtaisesti suorittaa, jos tapaus on yksinkertainen ja selvä. Käytännössä poliisi on kuitenkin ottanut myös alle 15-vuotiaiden rikollisten tekojen osalta vahvaa roolia. Tämä on sinänsä ymmärrettävää esimerkiksi koulukiusaamistapauksissa, mutta jos ETL 3:5:n edellytykset eivät täyty, kuuluu päävastuu tapauksesta sosiaaliviranomaisille kouluviranomaisten ohella.

²¹⁸ Kaksi muuta kohtaa ovat selvästi harvinaisempia. Vaikka lastensuojelullinen näkökulma on mukana poliisin esitutkinnassa aina, kun osallisina on alaikäisiä, ei lastensuojelu yleensä erikseen pyydä tutkintaa. Sama koskee kyseisen kohdan epäillyn etua, jossa voi olla kyse esimerkiksi asianomistajan vahingonkorvausvaatimusten torjumisesta, kun asianomistaja ei ole itse pyytänyt tutkinnan toimittamista. Ks. HE 222/2010 vp, s. 182. Menettämisseuraamuksen kohdalla on äärimmäisen harvinaista, että asiaa tarvitsee tutkia tarkemmin. Tuomioistuimeen pelkkänä menettämisseuraamisasiana syyttäjän vaatimuksesta (RL 10:9.3) etenevä käsittely on muutoinkin äärimmäisen harvinaisen.

Sen lisäksi, että lainsäätäjä on rajoittanut alle 15-vuotiaiden epäillyksi tekemien rikollisten tekojen esitutkintaa, on otettu kantaa myös tarpeeseen kuulustella heitä. Lapsen laillisen edustajan ja sosiaaliviranomaisen läsnäolosta huolimatta esimerkiksi alle 12-vuotiaan epäillyn kuulustelemiseen on suhtauduttava varauksellisesti.²¹⁹ Kuulustelua harkittaessa tulisi ottaa huomioon erityisesti se, kuinka tärkeää kuulustelu on tutkinnalla selvitetävän asian kannalta. Varsinkin yksinkertaisissa ja vähäisissä tapauksissa epäillyn kuulemisen kannalta riittävää voi olla hänen puhuttelemisensa esimerkiksi tapahtumapaikalla.²²⁰ Tulee myös muistaa, että laillisella edustajalla on OK 12:1.1:n perusteella puhevalta. Tämän takia olisikin suositeltavaa, että kun kyse on ETL 3:5.2:n mukaisesta rikollisen teon tutkinnasta, kuulustelun kohteena olisivat lapsen sijaan lailliset edustajat. Tällöin kuulustelun hoitaminen onnistuu yleensä puhelimella tai muulla tiedonsiirtovälineellä eikä ETL 7:16:n mukaista tilaisuuden varaamista kuulusteluun sosiaaliviranomaisille tarvitse soveltaa.²²¹

5 ETÄVIDEOKUULUSTELUA KOSKEVA SÄÄNTELY DE LEGE FERENDA

Tiedonsiirtovälineellä tapahtuvaan kuulusteluun liittyvä sääntely on muuttunut vuosien saatossa koko ajan sallivampaan suuntaan. Samaan aikaan poliisi ei ole välttämättä täysin pysynyt teknologisen kehityksen vauhdissa.²²² Vaikka kuulusteluihin liittyvä sääntely on ollut jo pitkään teknologia-

²¹⁹ HE 222/2010 vp, s. 181. Samaan aikaan kuitenkin todetaan, että alle 15-vuotiaiden kohdalla on mahdollisuus käyttää esitutkintalain 6 luvun mukaisia säännöksiä ja esimerkiksi noutaa alle 15-vuotias kuulusteluun. Tulkintaa tehdessä on kuitenkin otettava korostuneesti huomioon ETL 4:7:n lisäksi muut esitutkintalain 4 luvun periaatteet.

²²⁰ HE 222/2010 vp, s. 181. Tämä siitäkään riippumatta, että lasten kuulusteluilla on katsottu olevan ennalta ehkäisevä luonne ja niitä on pidetty keinona selkeyttää lapselle sallitun ja kielletyn rajaa. Ks. Fredman 2020 ym, s. 353; Helminen – Lehtola – Virolainen 2002, s. 297.

²²¹ Esimerkkinä voidaan mainita tilanne, jossa 13-vuotias on lyönyt samanikäistä lasta. Tapausta voidaan yrittää selvittää tarkemmin huoltajilta ja yrittää ohjata sovitteluun. Tämäntyylinen menettely sopii myös useimpiin koulussa tapahtuviin rikosepäilyihin, joissa voidaan lisäksi huomioida koulun omat toimenpiteet tilanteen hoitamiseksi. Tarvittaessa voidaan myös järjestää esitutkinnan ulkopuolinen moniammatillinen ankkuripuhutustilaisuus lapselle. Ks. ankkuritoiminnasta tarkemmin www.ankkuritoiminta.fi, josta löytyvät kuvaukset eri poliisilaitosten toimintamalleista.

²²² Valtionhallinnon tietojärjestelmähankeilla ei ole muutoinkaan kovin mairitteleva maine. Yksi surullisen kuuluisa esimerkki on Vitja-hanke, jota on tehty jo vuodesta 2009 lähtien ja joka piti ottaa käyttöön vuoden 2014 alusta. Hanke ei ole edelleenkaan valmis. Ks. tarkemmin hankkeen etenemisestä Poliisihallitus 2017c.

neutraalia, ei poliisilla ole vielä mahdollisuuksia käyttää etävideokuulustelua.²²³ Kuulusteluja on toistaiseksi käyty jossain harvoissa tapauksissa videoneuvotteluna esimerkiksi poliisilaitosten välillä, jolloin on mahdollisuus toimia julkisen hallinnon turvallisuusverkossa (TUVE).²²⁴ Tulevaisuudessa muutostarpeet koskevatkin lainsäädännöllisten kysymysten lisäksi vähintään yhtä paljon toimivien ja tietoturvallisten digitaalisten ratkaisujen löytämistä.

Jo pitkään on esiintynyt vaateita, että kuulustelut tulisi videoida selvästi nykyistä useammin riippumatta siitä, kirjataanko kuulustelukertomus poliisin toimesta vai ei.²²⁵ Tämä olisi omiaan vähentämään väitteitä siitä, että kuulustelukertomusta ei ole kirjattu siten kuin kuultava on kertonut tai vaihtoehtoisesti että häntä on painostettu taikka kohdeltu muutoin kaltoin kuulustelussa. Poliisilla tulisikin olla valmius tallentaa kuulustelut tietokantaan, jossa niitä säilytettäisiin tarpeellinen aika.²²⁶

Tähän tietokantaan voisi liittyä läheisesti sovellus, jolla poliisin olisi mahdollista suorittaa etävideokuulusteluja. Järjestelmällä tulisi olla mahdollisuus suorittaa tietoturallinen ja vahvaan tunnistamiseen perustuva etävideokuulustelu.²²⁷ Käytännössä tämä voisi olla esimerkiksi osa poliisin jo aikaisemmin suunnittelemaa ”virtuaalista poliisiasemaa”, jossa poliisin

²²³ Teknologianeutraalin muotonsa säännös sai jo vuoden 2004 uudistuksessa, joten valmius etävideokuulusteluun on sinänsä jo lainsäädännöllisesti olemassa.

²²⁴ Ks. Airaksinen 2018, s. 33–34. Ks. myös HE 252/2016 vp, s. 33. Kyseisessä uudistuksessa lyhennettiin tutkintavankien siirtoaikaa vankilaan, minkä takia tutkintavankiloihin oli tarkoitus saada enemmän ja paremmin varusteltuja kuulustelutiloja. Videoneuvottelulaitteet mainittiin yhtenä esimerkkinä varustautumisesta.

²²⁵ Ks. esimerkiksi Fredman 2018, s. 497–498. Ks. myös Psykologilehti 2019. Jo tätä ennen oli vaadittu kuulustelujen nauhoittamista äänitallenteelle. Ks. Karstinen 1998, s. 128. Lisäksi voidaan mainita LaVM 9/1986 vp, s. 8, jossa lakivaliokunta totesi, ettei katso vielä voivansa määrätä kuulemisen videotallentamista pakolliseksi, koska siitä tulee ensi saada riittävästi kokemuksia. Lisäksi on selvitettävä, onko asianosaisella oltava oikeus kieltäytyä tällaisesta kertomuksen tallentamisesta.

²²⁶ Videotallenteet eivät kuitenkaan ole täysin ongelmaton ja kustannuksia säästävä vaihtoehto. Kuulustelujen litterointi vie aikaa, mihin vastaus voisi olla käyttää transkriptio-ohjelmaa, joka muuntaa äänen tekstiksi. Tutkinnanjohtajan näkökulmasta videotallennuksen käyttö voi aiheuttaa lisähaasteita akuuteissa tilanteissa, joissa kuulustelujen sisällön arviointi vaikuttaa esimerkiksi pakkokeinojen käyttöön. Tällöin on hyvä, että tutkija kirjaa muistiinpanoja kuulustelusta, koska tutkinnanjohtaja ei välttämättä ehdi heti tutustua esimerkiksi kaksi tuntia kestävään tallenteeseen tilanteessa, jossa tulee tehdä nopeasti päätöksiä.

²²⁷ Ks. esimerkiksi Tuomioistuinvirasto 2020, s. 11–14, jossa esitellään videoneuvottelupalvelun, Skypen ja puhelinkokouksen käyttöä salassapidon ja tietoturvan näkökulmasta. Tietoturvan lisäksi voidaan huomioida myös työturvallisuus, oli sitten kyse väkivallan uhasta tai vaikka koronan kaltaisesta pandemiasta ja sen tarttumiskistä. Ks. 271/2004 vp, s. 68, jossa muutettiin lainsäädäntöä siten, että vangitsemisoikeudenkäynnissä voitiin käyttää videoneuvottelua. Esitöissä todetaan, että videoneuvottelun käyttämisen puolesta

tavoitteena on asiakaslähtöisen palveluportaalin rakentaminen.²²⁸ Tämän suuntaiselle kehitykselle on olemassa ainakin jonkinlainen selkänoja myös valtionhallinnon sisällä. Valtioneuvoston selonteossa sisäisestä turvallisuudesta vuodelta 2016 korostettiin viranomaisten uusien teknologioiden käyttöönottamista ja hyödyntämistä: esimerkkeinä mainittiin robotisaatio, virtualisaatio, keinoälyn kehitys, nanomateriaalit, bioteknologia ja energiateknologia.²²⁹ Erikseen esiteltiin erilaisia toimenpiteitä, joilla poliisin vaikuttavuutta voitaisiin tehostaa poistamalla esitutkinnasta hallinnollista taakkaa.²³⁰ Myös nykyisen hallituksen ohjelmassa näkyy positiivinen suhtautuminen digitalisaatioon, koska sen avulla halutaan alentaa kustannuksia ja sujuvoittaa prosessia.²³¹ Uuden teknologian käyttöönotto ei kuitenkaan yleensä suju ilman vastarintaa, ja kritiikissä normatiivinen ja tunnepohjainen argumentointi voivat helposti sekoittua keskenään.²³²

Etävideokuuleminen tulisi olla mahdollista suorittaa seuraavin tarkoituksin: 1) todisteeksi ääni- ja kuvatallenteeseen tallennettavana kuulusteluna, 2) ääni- ja kuvatallenteeseen tallennettava kuulusteluna sekä 3) tavanomaisena poliisin ylöskirjaamana kuulustelukertomuksena. Tarkoitukset olisivat siten samat kuin jo nykyään henkilökohtaisesti läsnä ollen suoritettavissa kuulusteluissa, mutta kuulustelu tapahtuisi etävideoyhteydellä. Tutkinnalle aiheutuvan haitta- ja luotettavuusarvioinnin näkökulmasta etävideokuulustelu sijoittuisi henkilökohtaisesti läsnä ollen tapahtuvan kuulustelun ja puhelinkuulustelun välimaastoon.²³³

Etävideokuulustelussa tulisi tehdä haitta- ja luotettavuusarviointi hyvin pitkälti samaan tapaan kuin muidenkin tiedonsiirtovälineiden kohdalla.

voivat puhua kustannus- ja muut tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat, mutta sillä voi myös olla menettelyn turvallisuutta parantava vaikutus.

²²⁸ Sisäministeriö 2016, s. 39.

²²⁹ Sisäministeriö 2016, s. 52.

²³⁰ Yhtenä esitutkintaa sujuvoittavana toimenpiteenä mainittiin kuulustelujen kirjaamista ja taltiointia nopeuttavat toimenpiteet, joissa kuulustelut tallennettaisiin ääni- ja videotalentein, niin että ainoastaan syyteharkintaan sekä tuomioistuinkäsittelyyn vaikuttavat keskeiset seikat kirjattaisiin esitutkintapöytäkirjaan. Sisäministeriö 2016, s. 36. Toistaiseksi tämä ei ole toteutunut, eikä ehdotus itsessäänkään välttämättä ole kovin onnistunut kyseisessä muodossa, koska on vaikea nähdä, miten kyseinen toimenpide sujuvoittaisi esitutkintaa, koska kuultava olisi joka tapauksessa poliisilaitoksella kuultavana.

²³¹ Valtioneuvosto 2019, s. 87.

²³² Ks. Koulou 2011, s. 78–79. Koulou kuvaa oikeudenkäynnin digitalisoitumista ja videoneuvotteluun liittyvää kritiikkiä, jossa tunnutaan sekoittavan normatiivinen ja tunnepohjainen argumentointi. Osittain kyse voikin olla uutuudenpelosta järkisyiden sijaan.

²³³ Oman haasteensa toisivat myös kuultavan mahdollisuudet tallentaa kuulustelu, mikä ei ole lähtökohtaisesti sallittua esitutkinnassa. Ks. AOK 15.10.2010 dnro OKV/603/1/2008. Toisaalta kuultava saa kuulemistavasta riippumatta samat tiedot ja hänelle on tarvittaessa mahdollista määrätä ETL 11:5:n mukainen ilmaisukielto.

Samansuuntaisesti tulisi arvioida oikeusturvaseikkoja, lapsen etua, kuultavalle aiheutuvaa haittaa ja rikosprosessin joutuisuutta. Merkitystä olisi kuitenkin kuultavan identifioinnin, kuulustelukertomuksen autenttisuuden, kertomuksen merkittävyys ja uskottavuuden arvioinnissa.

Tähän asti tiedonsiirtovälineillä tapahtuvan kuulustelun yhtenä suurimmista haasteista on ollut kuultavan identifioiminen. Etävideokuulustelussa kuultavan identifioimisessa voitaisiin päästä yhtä vahvaan tunnistamiseen kuin henkilökohtaisesti läsnä ollen kuultaessa.²³⁴ Tulevaisuudessa henkilön tunnistaminen etävideoyhteydellä voi aiheuttaa kuitenkin haasteita. Niin kutsutulla *deepfake*-tekniikalla voidaan muuttaa henkilön kasvoja sekä ääntä siten, että kuulustelussa näyttäisi olevan tietty henkilö, mutta käytännössä joku muu puhuu.²³⁵ Kyseinen tekniikka on peruskäyttäjien sovelluksilla kuitenkin vielä sen verran heikkotasoisia, että tällainen toiminta on helpohkosti havaittavissa. Tulevaisuudessa näin tuskin on, ja jo nyt *deepfake*-tekniikalla on toteutettu huijauksia onnistuneesti.²³⁶

Kyseisenlaisen huijaamistavan torjuntaan on jo nyt erilaisia keinoja. Tekninen valmius henkilön vahvaan tunnistamiseen digitaalisesti on jo olemassa, mutta tällaista järjestelmää poliisilla ei ole käytössään.²³⁷ Tietoturvan ja -suojan tärkeys digitalisoituvassa maailmassa tulee luultavasti tulevaisuudessa lisäämään biometrisen tunnistukseen perustuvaa tarvetta, jossa ihmisen kehoa käytetään tunnistamiseen. Jo nyt suhteellisen yleinen esimerkki biometrisestä tunnistamisesta on sormenjälki- tai kasvojentunnistus puhelimella.²³⁸ Tällainen olisi järkevää ottaa käyttöön myös perinteisessä puhelinkuulustelussa.

²³⁴ Kuultava voidaan tunnistaa kasvojen perusteella, ja kuultava voi näyttää henkilöllisyyden todistavan korttinsa kameralle läsnä ollen tapahtuvan kuulustelun tapaan. Lisäksi poliisin on mahdollista arvioida henkilöllisyyttä samoin keinoin kuin aikaisemmin on käyty läpi yleisesti tiedonsiirtovälineen avulla tapahtuvan kuulustelun kohdalla.

²³⁵ Kyseistä tekniikkaa on käytetty esimerkiksi lisäämään julkisuuden henkilön kasvot pornovideoon ja erilaisessa viihdekäyttöön tarkoitetuissa sosiaalisen median sovelluksissa. Europol näkee tekniikan myös uhkana CAM-materiaalin valmistamiseen, jossa *deepfake*-tekniikalla valmistetaan sukupuoli- ja seksuaaliväkivallasta esittävää materiaalia. Ks. Europol 2019, s. 34. Todettakoon kuitenkin, että myös tällainen materiaali on laitonta RL 17:18.4:n perusteella.

²³⁶ Ks. The Wall Street Journal 2019, jossa mainitussa tapauksessa käytettiin tekoälyyn perustuvaa teknologiaa matkimaan saksalaisen toimitusjohtajan ääntä ja saatiin Iso-Britanniassa sijaitsevan energiafirman alainen siirtämään 243 000 dollaria huijareiden tileille. Europolin mukaan kyseessä oli luultavasti ensimmäinen äänen matkimiseen liittyvä huijaus.

²³⁷ Esimerkiksi Terveystalo tuottaa lääkäripalveluja etävideoyhteydellä sekä chat-palvelulla joko puhelimen sovelluksella tai verkkosivun kautta. Käyttäjän tulee ensin rekisteröityä pankki- tai mobiilitunnistautumisella Oma Terveys -palveluun, jonka jälkeen sovellusta voi käyttää nelinumeroisella koodilla tai kasvontunnistuksen avulla. Ks. Terveystalo 2021.

²³⁸ Ääneen perustuvaan tunnistautumiseen taas liittyy useita epävarmuustekijöitä ja muut-

Etävideokuulustelun autenttisuutta voidaan pitää verrannollisena henkilökohtaisesti läsnä olevan kuulusteluun, jos kuultava saa tarkistaa ja korjata ETL 9:2:n mukaisesti kirjatun kertomuksen oman laitteensa näytöltä lukien tai ETL 9:5 mukaisesti tallenteen katsomalla. Lisäksi kuulustelukertomus tulisi olla mahdollista allekirjoittaa sähköisesti. Poliisi on jo ottanut osittain käyttöönsä sähköisen esitutkintapöytäkirjan, ja myös kuulustelukertomukset voidaan allekirjoittaa sähköisesti. Näissä allekirjoittaminen kuitenkin tapahtuu henkilökohtaisesti läsnä olleen sähköiselle alustalle piirtämällä eikä digitaalisella varmenteella, joka soveltuisi etävideokuulusteluun.²³⁹

Etävideokuulustelujen kohdalla tulisi tehdä muutoksia RL 15:2:n sääntelyyn, koska ävideokuulustelujen kohdalla tehdä muutoksia RL 15:2:n sääntelyyn.kn.:31. Helsinki 2019. sosiaalisesti,ä. että tutkija kirjaa mtällä hetkellä rangaistava perättömän lausuman tunnusmerkistö ei täyty tiedon­siirtovälineellä kuultaessa. Tulee muistaa, että RL 15:2:n ja sitä edeltäneen vanhan RL 17:4:n linjaus on tehty aikana, jolloin kuulusteluja suoritettiin lankapuhelimella ja poliisi kirjasi kuulustelun ylös kirjoituskoneella tai jopa käsin paperille kirjoittamalla.²⁴⁰ Säännöstä tulisi muuttaa siten, että etävideokuulustelu tulisi säännöksen soveltamisen piiriin.²⁴¹ Näin on tehty jo tuomioistuimessa tapahtuvan kuulemisen osalta, koska RL 15:1.2:n mukaan säännöstä sovelletaan myös kuultaessa henkilöä käyttäen videoneuvottelua, puhelinta tai muuta OK 17 luvun 52 tai 56 §:ssä tarkoitettua teknistä tiedonvälitystapaa.²⁴²

Uskottavuuden arvioinnin voidaan sanoa olevan etävideokuulustelussa melko samantasoista kuin henkilökohtaisesti läsnä olleenkin kuultaessa. Toisaalta kuultavaa ja tilaa, jossa hän on, ei välttämättä näy videokuvassa kokonaan, jolloin havaintoja sekä arviointia voi olla vaikeampi tehdä. Niin kuin edellä on jo käyty läpi, on koko sanattomaan viestintään perustuva uskottavuusarviointi kritiikille altis. Tekninen kehitys mahdollistaisi jo nyt ”modernien valheenpaljastuskoneiden” käytön henkilön kertomuksen

tujia. Ks. Kinnunen – Launiala – Silvennoinen 2019, s. 9–10. Ks. biometrisestä tunnistamisesta tulevaisuudessa tarkemmin Korja 2016, s. 87–89.

²³⁹ Ks. erityyppisistä sähköisen allekirjoituksen tavoista Valtiovarainministeriö 2017, s. 62–65.

²⁴⁰ Tällä hetkellä kuulustelukertomus kirjataan tietokoneella ja sen voi lähettää kuultavalle tarkistettavaksi sähköpostitse. Käytännössä tiedonsiirtovälineellä tapahtuvan kuulustelun jättäminen ulos RL 15:2:n sääntelystä ei ole välttämättä enää perusteltua kaikissa perinteisessä puhelinkuulustelussakaan.

²⁴¹ Tämä tosin voisi koskea jo nyt puhelinkuulustelua, jossa kertomus annetaan erikseen tarkistettavaksi sähköpostin välityksellä.

²⁴² Ks. näistä tarkemmin Pölonen – Tapanila 2015, s. 162–169.

totuudenmukaisuuden arvioinnissa. Kyseessä voisi olla esimerkiksi valheiden tunnistaminen mikroilmeistä.²⁴³ Tällaista tuskin tulemme näkemään lähitulevaisuudessa, ja kyseinen järjestelmä voisi olla myös itsekriminointisuojan kannalta ongelmallinen.

²⁴³ Ks. tarkemmin Li 2017, s. 23–24. Li toteaa, että mikroilmeet ovat ihmisen tahattomia lyhyitä kasvonliikkeitä, jotka paljastavat henkilön todelliset tunteet. Tätä olisi mahdollista hyödyntää myös poliisin suorittamissa kuulusteluissa, joissa mikroilmeet kertoisivat, puhuuko kuultava totta vai ei.

LÄHTEET

Kirjallisuus

- Aarnio, Aulis, Laintulkinnan teoria. WSOY 1989.
- Airaksinen, Matti, Teknologian hyödyntäminen ja innovaatioprosessi poliisihallinnossa – Case: etäkuulusteluprosessin kehittäminen Lounais-Suomen poliisilaitoksella. Pro gradu -tutkielma. Tampereen yliopisto 2018.
- Autio, Tiina-Liisa – Karjala, Anna, Todistajapsykologinen näkökulma henkilötodisteluun rikosprosessissa, s. 57–100 teoksessa Lahti, Raimo – Siro, Jukka, Asiantuntemustieto ja asiantuntija oikeudessa. Helsingin hovioikeuden julkaisuja. Helsinki 2011.
- Ellonen Erkki – Karstinen, Eija – Nykänen, Veli-Eino, Kuulustelutaktiikka. Poliisin oppi-kirjasarja 1/96. Helsinki 1996.
- Euroopan komissio, Cross-border Digital Criminal Justice. June 2020.
- Europol, Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA) 2019.
- Fredman, Markku, Puolustajan rooli. Alma Talent 2018.
- Fredman, Markku – Kanerva, Janne – Tolvanen, Matti – Viitanen, Marko, Esitutkinta ja pakkokeinot. 6., uudistettu painos. Helsinki 2020.
- Haapasalo, Jaana, Lapsen kuuleminen oikeuspsykologian kannalta. Oikeus 3/2000, s. 386–390.
- Haapasalo, Jaana, Todistajanpsykologia – aikuiset todistajat, s. 153–173 teoksessa Santtila, Pekka – Weizmann-Henelius, Ghitta (toim.), Oikeuspsykologia. Edita 2008.
- Haapasalo, Jaana – Kiesiläinen, Kari – Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Todistajanpsykologia ja todistajankuulustelu. Lakimiesliiton kustannus 2000.
- Hakalehto, Suvianna, Lapsioikeuden perusteet. Alma Talent 2018.
- Halme, Kimmo – Rantaeskola, Satu, Kuulustelut, s. 191–222 teoksessa Rantaeskola, Satu (toim.), Esitutkintalaki – Kommentaari. Poliisiammattikorkeakoulun oppikirjoja 21. Tampere 2014.
- Helenius, Dan – Linna, Tuula, Siviili- ja rikosprosessioikeus. Alma Talent 2021.
- Helminen, Klaus, Rikosprosessioikeutta poliisiopiskelijoille. Poliisikoulu 2007.
- Helminen, Klaus – Lehtola, Kari – Virolainen, Pertti, Uusi esitutkintalainsäädäntö. Lakimiesliiton kustannus 1988.
- Helminen, Klaus – Lehtola, Kari – Virolainen, Pertti, Esitutkinta ja pakkokeinot. Talentum 2002.
- Helminen, Klaus – Lehtola, Kari – Virolainen, Pertti, Esitutkinta ja pakkokeinot. 2., uudistettu painos. Talentum 2005.
- Ilta-Sanomat, Poliisin uusi chatti väistää Facebookin. 30.12.2013. <https://www.is.fi/digi-today/art-2000001821176.html>, haettu 16.3.2021.
- Immonen, Kari, Sillat sielujen ja ihmismietteen. Suomalaisen puhelimen kulttuurihistoriaa keskusneideistä tekstiviesteihin. Edita 2002.
- Jokela, Antti, Rikosprosessioikeus. 5., uudistettu painos. Alma Talent 2018.
- Jonkka, Jaakko, Todistusharkinnasta. Lakimiesliiton kustannus 1993.

- Jonkka, Jaakko, Eräitä näkökohtia perusoikeuksien toteutumisesta erityisesti rikosprosessissa. *Lakimies* 8/1998, s. 1255–1270.
- Jönssön, Linda, Polisförhåret som kommunikationssituation. SIC 23, Universitet i Linköping, Tema Kommunikation 1988.
- Karstinen, Eija, Keskustelusta pöytäkirjaksi. Kuulustelijoiden ja rikoksesta epäiltyjen viestintä poliisikuulusteluissa. Poliisiammattikorkeakoulun tutkimuksia 2/1998. Poliisiammattikorkeakoulu 1998.
- Kekomäki, Paavo, Perättömästä lausumasta. *Lakimies* 1/1954, s. 3–40.
- Kinnunen, Aarne, Esitutkinta suurehkoissa kaupungissa. Esitutkintalain uudistusta arvioivan tutkimushankkeen osaraportti 2. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 102. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 1990.
- Kinnunen, Tomi – Launiala, Mika – Silvennoinen, Elisa, Forensinen tiede ja puhujan tunnistaminen. *Edilex* 2019/16.
- Kolehmainen, Seppo, Tilastotietoa sisäisen turvallisuuden selontekoon. 30.11.2016. <https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/JulkaisuMetatieto/Documents/EDK-2016-AK-99652.pdf> (haettu 16.3.2021)
- Korja, Juhani, Biometrinen tunnistaminen ja henkilötietojen suoja. Tutkimus biometristen tunnisteiden lainsäädännöllisestä asemasta. Lapin yliopisto 2016.
- Koskimies, M. E., Poliisihoidon kehittämisestä erityisesti rikospoliisitoimintaa silmällä pitäen. *Suomen poliisilehti* N:o 22, 1937, s. 569–574.
- Koulu, Riikka, Virtuaaliläsäntäoloa istuntosalissa – oikeudenkäynnin tulevaisuus vai teknologiauskoisten utopia? *Defensor Legis* 1/2011, s. 73–86.
- Kuusisto Mäkelä, Frida Emilia (toim.), Seuraamusjärjestelmä 2019. Kontrollijärjestelmä tilastojen ja tutkimusten valossa. *Katsauksia* 45/2021. Helsingin yliopisto 2021.
- Laento, Toivo – Kotakoski, Paavo, Rikosten selvittämisestä. *Suomen lakimiesliiton kustannus* 1981.
- Li, Xiaobai, Reading Subtle Information From Human Faces. Academic Dissertation. University of Oulu 2017.
- Lindell, Ismo, Sähköön pitkä historia. *Otatieto Helsinki University Press* 2009.
- Länsi-Suomi, Poliisikuulustelu puhelimitse. N:o 241. *Raumalla* lokakuun 20 p:nä 1934.
- Määttä, Pekka, Rikosasian joutuisa käsittely. *Lakimiesliiton kustannus* 2013.
- NBC News, Virtual court hearing takes turn after prosecutor spots assault suspect in victim's home. March 11, 2011. Updated March 12, 2021. <https://www.nbcnews.com/news/us-news/virtual-court-hearing-takes-turn-after-prosecutor-spots-assault-suspect-n1260698>, haettu 30.3.2021.
- Peltari, Reino, Vähän puhelimen ja radion käytöstä poliisitoiminnassa. *Suomen poliisilehti* N:o 7, 1941, s. 269–272.
- Poliisi, Poliisin ohjeet turvapostin lähettämiseen ja vastaanottamiseen 24.11.2020. <https://poliisi.fi/turvaposti>, haettu 19.6.2021.
- Poliisihallitus, Poliisin tietoturva- ja tietosuojapolitiikka. Määräys 14.11.2017 POL-2017-27422. (Poliisihallitus 2017a)
- Poliisihallitus, Poliisin toiminta sosiaalisessa mediassa. Ohje 23.10.2017 POL-2017-8358. (Poliisihallitus 2017b)

- Poliisihallitus, VITJA-hankkeen asettaminen 2017 syksy. Asettamispäätös 23.10.2017 POL-2017-31347. (Poliisihallitus 2017c)
- Poliisin käskylehti 5/1970 Rikostutkinnasta. N:o 3641/401/70 16.7.1970.
- Pölonen, Pasi, Henkilötodistelu rikosprosessissa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003.
- Pölonen, Pasi – Tapanila, Antti, Todistelu oikeudenkäynnissä. Tietosanoma 2015.
- Rikosuhripäivystys, Korona vaikuttaa poliisin ja käräjäoikeuden työhön – ruuhkan purku voi kestää vuosia. Rikuteema 1/2020. <https://www.riku.fi/rikosuhripaivystys/rikuteema/1-2020/korona-vaikuttaa-poliisin-ja-karajaoikeuden-tyohon-ruuhkan-purku-voi-kestaa-vuosia/>, haettu 20.3.2021.
- Sisäministeriö, Valtioneuvoston selonteko sisäisestä turvallisuudesta. Sisäministeriön julkaisu 8/2016.
- Suomen Asianajajaliitto, Suomen Asianajajaliiton ehdotukset riita- ja rikosasioiden käsittelyn järjestämisestä koronapandemian aikana ja suositukset etäyhteyksien käyttämisestä. 2.4.2020. <https://asianajajaliitto.fi/2020/04/suomen-asianajajaliiton-ehdotukset-riita-ja-rikosasioiden-kasittelyn-jarjestamisesta-koronapandemian-aikana-ja-suositukset-etayhteyksien-kayttamisesta/>, haettu 14.3.2021.
- Terveystalo, Kuinka voin käyttää terveystalon etäpalveluita? <https://omaterveys.terveystalo.com/OmaTerveys/Etapalvelut/ohjeita-etavastaanottoon>, haettu 13.3.2021
- The Wall Street Journal 30.8.2019, Fraudsters Used AI to Mimic CEO's Voice in Unusual Cybercrime Case. <https://www.wsj.com/articles/fraudsters-use-ai-to-mimic-ceos-voice-in-unusual-cybercrime-case-11567157402>, haettu 13.3.2021.
- Tilastokeskus, Sentraalisantroista kännykkäkansaan – televiestinnän historia Suomessa tilastojen valossa. <https://www.stat.fi/tup/suomi90/syyskuu.html>, haettu 16.3.2021
- Tirkkonen, Tauno, Suomen prosessioikeus pääpiirteittäin. Toimittanut Jouko Halila. Viides, uusittu painos. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1981.
- Tolvanen, Matti – Kukkonen, Reima, Esitutkinta- ja pakkokeino-oikeuden perusteet. Talentum 2011.
- Tuomioistuinvirasto, Opas tuomioistuimille etäyhteyksien käyttöön oikeudenkäynnissä. 15.4.2020, versio 1.0.
- Valtioneuvosto, Pääministeri Sanna Marinin hallituksen ohjelma 10.12.2019. Osallistava ja osaava Suomi – sosiaalisesti, taloudellisesti ja ekologisesti kestävä yhteiskunta. Valtioneuvoston julkaisuja 2019:31.
- Valtiovarainministeriö, Sosiaalisen median tietoturvaohje. Valtionhallinnon tietoturvallisuuden johtoryhmä 4/2010. Valtiovarainministeriö 2010.
- Valtiovarainministeriö, Päätelaitteiden tietoturvaohje. Valtionhallinnon tietoturvallisuuden johtoryhmä 5/2013. Valtiovarainministeriö 2013.
- Valtiovarainministeriö, Sähköisen asioinnin tietoturvallisuus -ohje. Valtiovarainministeriön julkaisuja 25/2017.
- Viljanen, Pekka, Asianosaisen totuusvelvollisuudesta rikosasioissa. Defensor Legis 6/2001, s. 1004–1025.
- Virolainen, Jyrki – Martikainen, Petri, Tuomion perustelevminen. Talentum 2010.
- Virolainen, Jyrki – Pölonen, Pasi, Rikosprosessin perusteet. Rikosprosessioikeus I. WSOY lakitieto 2003.

- Vrij, Aldert – Meissner, Cristian A. – Kassin, Saul, Problems in Expert Deception Detection and the Risk of False Confessions: No Proof to the Contrary in Levine et al. *Psychology Crime and Law* 21(9). May 2015.
- Väisänen, Tiina – Korkman, Julia, Eräitä todistajan kertomuksen arviointiin liittyviä kipukohtia oikeuspsykologisen tiedon valossa. *Defensor Legis* 5/2014, s. 721–739.
- Yle, Pelkkää henkilötunnusta ja nimeä ei pitäisi käyttää ihmisten tunnistamiseen, sanoo tietosuojaavaltuutettu – miksi moni taho silti kysyy tunnusta puhelimesta? 6.11.2020. <https://yle.fi/uutiset/3-11625972>, haettu 11.2.2021

Virallislähteet

- HE 284/2018 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi julkisen hallinnon tiedonhallinnasta sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 200/2017 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi oikeudenkäymiskaaren muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 252/2016 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle tutkintavankeuden vaihtoehtoja ja järjestämistä koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 46/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 63/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta.
- HE 222/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 271/2004 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain, oikeudenkäymiskaaren ja eräiden muiden lakien rikosasioiden käsittelyä käräjäoikeudessa koskevien säännösten muuttamisesta.
- HE 190/2002 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi oikeudenkäymiskaaren eräiden todistelua, kiireelliseksi julistamista ja ylimääräistä muutoksenhakuja koskevien säännösten muuttamisesta.
- HE 52/2002 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi esitutkintalain ja pakkokeinolain sekä eräiden näihin liittyvien lakien muuttamisesta.
- HE 6/1997 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi.
- HE 14/1985 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle esitutkintaa ja pakkokeinoja rikosasioissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- KM 2009:2. Esitutkintalain, pakkokeinolain ja poliisilain kokonaisuudistus. Esitutkinta- ja pakkokeinotoimikunnan mietintö.
- LaVM 9/1986 vp. Lakivaliokunnan mietintö n:o 9 hallituksen esityksen johdosta esitutkintaa ja pakkokeinoja rikosasioissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- Liikenne- ja viestintäministeriö, Tietoturvan ja tietosuojaan parantaminen yhteiskunnan kriittisillä toimialoilla. Liikenne- ja viestintäministeriön julkaisuja 2021:1.

Oikeusministeriö, Esitutkinta, puolustus ja pakkokeinot rikosasioissa. Oikeusministeriön
lainsäädäntöosaston julkaisu 1973:3.

Oikeusministeriö, Esitutkinta ja pakkokeinot rikosasioissa. Esitutkintaryhmän ehdotus
1980. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 16/1980.

Oikeusministeriö, Suullisen todistelun vastaanottaminen tallenteelta. Videotallennustyö-
ryhmän mietintö. Oikeusministeriön julkaisuja. Mietintöjä ja lausuntoja 2020:20.

OIKEUSTAPAUKSET

Korkein oikeus

KKO 2000:35

KKO 2007:82

KKO 2012:45

KKO 2013:68

KKO 2013:96

KKO 2014:78

KKO 2016:76

KKO 2018:54

KKO 2020:61

KKO 2020:84

Hovioikeudet

Helsingin hovioikeus 20.5.2013 R 11/2308

Oikeuskanslerin ratkaisut

AOK 15.10.2010 dnro OKV/603/1/2008: Poliisikuulustelun tallentaminen kuulusteltavan
toimesta.

AOKS 1.7.2014 dnro OKV/1462/1/2012: Poliisin menettely esitutkinnassa.

Eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisut

AOAS 19.7.2017 dnro EOAK/6148/2016: Salassa pidettävän tietoaineiston lähettäminen
sähköpostitse.

EOA 2.9.2020 dnro EOAK/5625/2020: Lapsiin kohdistuneiden rikosten käsittelyn kesto-
koskeva sääntely.

EOA 16.10.2020 dnro EOAK/579/2020: Poliisihallituksen tulkinta esitutkinta-aineiston
julkisuudesta.

LYHENTEET

AOAS	apulaisoikeusasiamiehen sijainen
AOK	apulaisoikeuskansleri
AOKS	apulaisoikeuskanslerin sijainen
CAM	child abuse material
EOA	eduskunnan oikeusasiamies
EOAK	eduskunnan oikeusasiamiehen kanslia
ESPA	Valtioneuvoston asetus esitutkinnasta, pakkokeinoista ja salaisesta tiedonhankinnasta (122/2014)
ETL	esitutkintalaki (805/2011)
HE	hallituksen esitys
JulKL	laki viranomaisen toiminnan julkisuudesta (621/1999)
KM	komiteamietintö
LOS	lapsen oikeuksien sopimus
OK	oikeudenkäymiskaari (7/1734)
OKV	oikeuskanslerinvirasto
OML	Oikeusministeriön lainvalmisteluosasto
PIN	personal identification number
RL	rikoslaki (39/1889)
ROL	laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa (689/1997)
SopS	Suomen säädöskokoelman sopimussarja
TUVE	julkisen hallinnon turvallisuusverkko
VETL	esitutkintalaki (449/1987)
YK	Yhdistyneet kansakunnat

FROM LANDLINE PHONE CALLS TO QUESTIONING WITH REMOTE ACCESS VIDEO CONNECTION – THE USE OF TELEPHONE AND OTHER MEANS OF COMMUNICATION IN QUESTIONING IN PRE-TRIAL INVESTIGATION BEFORE, NOW AND IN THE FUTURE

COVID-19 pandemic has shaken the world and it has also influenced how police works at the moment. More than before, the Finnish police is using telephone and other means of communication in questioning people in pre-trial investigations. Although questioning by telephone is not a new method, it was not until 1989 that it was introduced in the Finnish Criminal Investigation Act. In 2004 the section became technology-neutral which made possible, for example, to use e-mail in questioning. The latest change was in 2014 when all the restrictions based on the procedural status in pre-trial investigation were removed. At the moment the Finnish police does not have secure software to carry out questioning by remote access video calls.

Police uses phone and e-mail in questioning people on a daily basis. At the same time the legal research on the topic is minimal and the attitude in legal literature is somewhat reserved when it comes to using telephone or other means of communication in questioning. This research aims to solve 1) how the regulation has changed regarding questioning by telephone or other means of communication, 2) how one should interpret the regulation regarding questioning by telephone or other means of communication *de lege lata* and 3) how should the regulation be improved *de lege ferenda*? The perspectives of plaintiff, suspect and witness are all included in the article.

The starting point to any questioning is the legislation in the chapter 7 of Criminal Investigation Act regarding questioning and chapter 4 of the same act which provides the principles for criminal investigation and introduces the rights of a person to participate in the criminal investigation. If the person to be questioned is underaged, police should also take into consideration what is in the best interest of the child. The person to be questioned shall be present in person in the questioning. If the investigator deems that this would not inconvenience or compromise the reliability of the investigation, a person may give his or her statement by telephone or by other means of communication. There is no exact description in the legislation for the inconvenience or reliability of the investigation.

In this article this matter is looked from nine different viewpoints: information security and data protection, the possibility for identifying the

person to be questioned, legal protection, harm caused to the person to be questioned, the urgency of the investigation, the authenticity of the questioning, the significance of the questioning, the credibility of the questioning and the best interest of the child.

I argue that the police could use questioning by phone or other means of communication more often to speed up the process. Although the possibilities for identifying the person by telephone or other means of communication are reduced compared to the questioning where the person is present in person, it is not common to hear claims in court that the wrong person has been questioned. The authenticity of questioning is usually connected to the possibility for revising the record of the questioning. Nowadays it is easier to revise the record of the questioning because it can be sent to the person being questioned by e-mail. Also, one should not estimate the credibility of the person being questioned by observing their non-verbal communication, as little or no conclusions can be made based on these observations. Instead, this should be done by comparing the record with other evidence gathered during the pre-trial investigation.

Aleksi Heinilä

**KIRKOLLISTEN RAKENNUSTEN
SUOJELU JA RAKENNUSSUOJELUA
KOSKEVIEN LAKIEN KESKINÄISET
SUHTEET**

Sisällys

1	JOHDANTO	69
1.1	Tutkimuksen aihe ja kysymyksenasettelu.....	69
1.2.	Lakien väliset suhteet tutkimuksen kohteena	72
1.3	Kirkko-oikeutta, ympäristöoikeutta vai ehkä kirkko- ympäristöoikeutta?.....	74
2	LAKIEN VÄLISET SUHTEET RAKENNUSSUOJELUN YLEISESSÄ JÄRJESTELMÄSSÄ	77
3	KIRKOLLISET RAKENNUKSET	83
3.1	Kirkolliset rakennukset kirkkolain mukaan.....	83
3.2	Kirkolliset rakennukset ortodoksisesta kirkosta annetun lain mukaan.....	94
4	KIRKOLLISTEN RAKENNUSTEN SUOJELUN SISÄLTÖ	97
4.1	Kirkkolain säännökset suojelusta	97
4.2	Ortodoksisesta kirkosta annetun lain säännökset suojelusta	101
4.3	Kirkkolakien piiriin kuuluvien rakennusten kaavasuojelusta....	104
5	KIRKOLLISTEN RAKENNUSTEN JA NIIDEN SUOJELUSTA- TUKSEN MUUTOKSET	107
5.1	Kirkkolain mukaiset rakennukset	107
5.2	Ortodoksisesta kirkosta annetun lain mukaiset rakennukset	121
5.3	Kirkollisten rakennusten muutokset ja maankäyttö- ja rakennuslaki	124
6	YHTEENVETO JA JOHTOPÄÄTÖKSET.....	129
	LÄHTEET.....	134
	KIRJALLISUUS	134
	VIRALLISLÄHTEET	136
	OIKEUSTAPAUKSET.....	137
	LYHENTEET.....	138
	ABSTRACT.....	139

Kirkollisten rakennusten suojelu ja rakennussuojelua koskevien lakien keskinäiset suhteet

1 JOHDANTO

1.1 Tutkimuksen aihe ja kysymyksenasettelu

Yhteiskunnan muutokset vaikuttavat myös seurakuntiin ja seurakuntien omistamiin rakennuksiin. Kaupungistuminen ja väestön ja rakennuskannan ikääntyminen erityisesti muuttotappioalueilla heijastuvat seurakuntien taloudelliseen tilanteeseen. Tämä lisää paineita kirkoista luopumiseen, jopa niiden purkamiseen. Yksittäiset kirkkojen purkamistapaukset ja niihin liittyvä julkinen keskustelu voivat puolestaan johtaa siihen, että seurakuntien omistamia rakennuksia koskevat suojeluesitykset lisääntyvät. Erilaiset muutostilanteet näyttävätkin olevan kirkollisten rakennusten osalta yleistymässä.¹ Toistaiseksi kokemusta muutostilanteista on kuitenkin vähän, mikä samalla merkitsee, ettei voimassa olevaa sääntelyä ole kaikilta osin käytännössä koeteltu.²

Osa seurakuntien omistamista rakennuksista on lainsäädännön näkökulmasta kirkollisia rakennuksia, joita koskevat omat suojelunormistonsa

¹ Ks. esim. Kirkkohallitus 2019, s. 56–58. Esimerkiksi Suomen ortodoksinen kirkko on viime vuosina pyrkinyt karsimaan merkittävästi kirkon omistamien rakennusten määrää. Suomen ortodoksinen kirkkohallitus pyysi vuonna 2019 Museoviraston lausuntoa kerralla 46 rakennuksesta, jotka oli luokiteltu rakennuksiksi, joista pyritään luopumaan mahdollisimman pikaisella aikataululla. 27 näistä oli varsinaisia erityislainsäädännön piiriin kuuluvia pyhäkkörakennuksia, joista yksi oli ennen vuotta 1917 rakennettu, jäljempänä kuvatulla tavoin suoraan lain nojalla suojeltu kirkko. Lausunnossa todettiin, että Suomessa ei ortodoksia pyhäkköjä ole aikaisemmin päätetty näin suuressa mitassa muuttaa toiseen käyttöön tai purkaa. Vastaavaa on tapahtunut vain, kun vuonna 1918 takavarikoitiin Venäjän valtion omaisuutta, ja viime sotien aikana. Ne ovat lausunnon mukaan olleet luonteeltaan täysin toisenlaisia tilanteita kuin nykyinen, vakaa yhteiskunnallinen tilanne. Museovirasto 2019, s. 1–2. Kiitän tämän artikkelin arvioitsijoita arvokkaasta palautteesta.

² Ks. Kirkkohallitus 2019, s. 68.

riippuen siitä, onko kyse evankelis-luterilaisesta vai ortodoksisen kirkon kirkollisesta rakennuksesta. Muihin seurakuntien rakennuksiin sovelletaan yleisiä rakennussuojelua koskevia normeja, jotka nekin jakautuvat useampaan lakiin. Rakennussuojelun järjestelmä rakentuukin joukolle säädöksiä, joiden muodostama kokonaisuus ei ole aivan teräväpiirteinen. Sen lisäksi, että jo pelkästään sovellettavan lain valinta edellyttää joissakin tapauksissa varsin pitkälle menevää tulkintaa ja asian selvittämistä, kirkollisten rakennusten suojelua koskeva sääntely on muutoinkin monella tapaa tulkinnanvaraista.

Varsinaista lainopillista tutkimusta kirkollisten rakennusten suojelusta on kuitenkin vähän. Kirkollisten rakennusten suojelua koskevat tarkastelut on tuotettu pääosin virkатыönä, tyypillisesti erilaisissa työryhmissä ja paljolti kirkkojen sisällä. Ylipäätään rakennussuojelua on tutkittu verraten niukasti.³ Samaan aikaan kirkkoarkkitehtuurilla, ja myös itsenäisyyden ajan kirkkoarkkitehtuurilla (joka ei suoraan kirkkolainsäädännön nojalla kuulu suojelun piiriin), on huomattava asema maamme kulttuuriperinnössä ja rakennustaiteen historiassa.⁴ Oikeudellisesti kulttuuriperinnöllä ja sen säilyttämisellä on myös perusoikeuslottuvuus perustuslain (731/1999, PL) 20 §:n ympäristöperusoikeussäännöksen kautta.⁵ Kirkollisen kulttuuriperinnön merkittävyyttä on kuvattu esimerkiksi seuraavasti:

[k]irkollinen kulttuuriperintö on merkittävä osa erityisesti Suomen vanhinta kulttuuriperintöä. Kirkolliset rakennukset ja ympäristöt edustavat henkisen ja aineellisen kulttuurin jatkuvuutta keskiajalta nykypäivään. Kirkollisten rakennusten ajallinen kirjo on erityisen laaja verrattuna muihin rakennustyypeihin. Kirkot ovat yhteistä kansallisuusomaisuutta, poikkeuksetta paikkakuntansa tärkeimpiä arvoraakennuksia ja samalla seurakuntiansa omistamia käyttöraakennuksia. Ne kuvastavat alueelli-

³ Kirkollisten rakennusten suojelua osana rakennetun ympäristön suojelun kokonaisuutta on tarkasteltu teoksessa Siitari-Vanne 1994, ks. s. 59–64. Evankelis-luterilaisen kirkon osalta kirkollisiin rakennuksiin kohdistuvaa suojelunormistoa on tarkasteltu kattavimmin kirkkohallituksen julkaisussa Kirkkohallitus 2019, ks. s. 49–77.

⁴ Ks. HE 96/2013 vp, s. 9, 10; Komiteamietintö 1986:5, s. 6–9; SiVL 16/2013, s. 1–2. Ks. kirkollisista rakennuksista osana kulttuuriperintöä laajasti Museovirasto 2020, s. 20–47, jossa (s. 16–17) niin ikään tuodaan muun ohella esiin seurakuntien ja kirkkokuntien taloudellisessa tilanteessa muutoksia, jotka merkitsevät väistämättä haastetta myös kirkollisen kulttuuriperinnön vaalimiselle.

⁵ Ks. PL 20 §:n sisällöstä esim. Vihervuori 2011 passim. Perusoikeusuudistusta koskeneessa hallituksen esityksessä todettiin, että viitatessaan kulttuuriperintöön säännös sisältää myös sivistyksellisen perusoikeuden aineksia, HE 309/1993 vp, s. 66. Tietenkin suojelukysymyksiin sinänsä liittyy myös muita perusoikeuslottuvuuksia.

sesti ja paikallisesti erilaista henkistä ja hengellistä perinnettä, materiaalisia resursseja ja maantieteellisiä yhteyksiä.⁶

Tämän kirjoituksen nimenomaisena tarkoituksena on *tarkastella lainopillisesti kirkollisten rakennusten suojelua koskevan sääntelyn sisältöä ja erityisesti suojelunormistojen rajapintoja kirkollisten rakennusten näkökulmasta*. Ensisijaisesti sovellettava suojelunormisto määräytyy kirkkolain (1054/1993, KL) ja ortodoksisesta kirkosta annetun lain (985/2006, OKL) kirkollisten rakennusten määritelmien mukaan. Kirkkolainsäädännön mukainen suojelu voi kuitenkin olla myös esimerkiksi päällekkäistä maankäyttö- ja rakennuslain (132/1999, MRL) mukaisen kaavasuojelun kanssa. Suhteessa rakennusperintölakiin (498/2010, RakPL) kirkkolainsäädäntö näyttää erityislainsäädäntönä. Erilaisissa muutostilanteissa kirkolliset rakennukset tyypillisesti (mutta eivät poikkeuksetta) siirtyvät yhden suojelunormiston piiristä johonkin toiseen.

On syytä tarkastella myös itse kirkollisten rakennusten suojelun sisältöä, joka määräytyy suoraan kirkkolakien eikä tapauskohtaisesti asetettavien suojelumääräysten nojalla, kuten rakennusperintölain ja MRL:n mukaisissa menettelyissä. Suojelun sisältöä koskevat säännökset ovat erityisesti kirkkolain säännösten osalta epätavalliset, mikä heijastuu myös näitä rakennuksia koskevien muutostilanteiden käsittelyyn. Niin ikään suojelun sisällöllisellä ulottuvuudella on merkityksensä sovellettavan lain kannalta, kun yhden lain soveltamisalan ulkopuolelle jääviltä osin mahdollinen suojelu on toteutettava jonkin muun lain nojalla.

Edellä sanottua seuraten artikkelissa käsitellään ensin tiiviisti rakennus-suojelun yleistä järjestelmää (pääluke 2), jonka jälkeen tarkastellaan kirkkolakien soveltamisalan määritteleviä kirkollisten rakennusten käsitteitä (pääluke 3), suojelun sisältöä (pääluke 4) ja rakennusten ja niiden suojelustatuksen muutostilanteita (pääluke 5). Kyse on paitsi tulkintalainopista myös keskeisesti sääntelyn systematisoinnista, kun tarkasteltavana ovat nimenomaisesti rakennussuojelua koskevien säännösten ja säädösten väliset suhteet. Sinänsä tulkinta ja systematisointi kulkevat rinnan, koska ne aina enemmän taikka vähemmän myös edellyttävät toisiaan. Säännösten tulkittu sisältö määritetty väistämättä osin nimenomaan tietyn systemaattisen kokonaisuuden osana, ja toisaalta tuo – esimerkiksi kirkollisten rakennusten suojeluun sovellettavien säännösten muodostama – järjestelmä koostuu lopulta yksittäisien säännösten tulkitusta sisällöstä ja keskinäisistä suhteista.⁷

⁶ Kirkkohallitus 2019, s. 31.

⁷ Ks. esim. Määttä 2015, s. 20, systematisoivasta ”teoreettisesta lainopista” ja tulkintalainopista ja niiden väistämättömästä yhteydestä Heinilä 2017, s. 4–14. Esimerkiksi Karhun

1.2. Lakien väliset suhteet tutkimuksen kohteena

Ympäristöoikeudellista sääntelyä on kuvattu hajanaiseksi, mikä osaltaan korostaa systematisoinnin tarvetta.⁸ Samalla tämä piirre nostaa esiin lakien välisiin suhteisiin erilaisissa soveltamistilanteissa liittyviä haasteita. Tyypillisesti lakien välisten suhteiden ratkaisuun ongelmatilanteissa tarjotaan normiristiriitojen ratkaisusääntöjä ja erityisesti *lex specialis* -laintulkintatoppia, jonka mukaan erityislaki syrjäyttää yleislain. Käytännössä, ja ehkä erityisesti ympäristöoikeudellisen sääntelyn soveltamisessa, tämä on vain lähtökohta, joka useinkaan ei ole riittävä tulkintatilanteen asianmukaiseksi ratkaisemiseksi.⁹ Lakien väliset suhteet ovat yksittäistapauksissa merkittävästi moninaisempia kuin toisensa normiristiriitojen ratkaisustandardien perusteella poissulkevia. Ympäristöoikeudessa säädösten on sanottu olevan tyypillisesti rinnakkaisia, päällekkäisiä ja toisiaan täydentäviä ja muodostavan *verkostorakenteen* erilaisten linkkisäännösten kautta.¹⁰ Esimerkiksi maankäyttö- ja rakennuslain (132/1999, MRL) säännösten suhteen muuhun lainsäädäntöön on tunnistettu voivan olla *rinnakkainen, päällekkäinen, poissulkeva* tai *valinnainen*.¹¹

Vaikka säädöstasolla normien suhteet olisi nimenomaisestikin pyritty määrittämään – eikä näin läheskään aina ole¹² –, jää tilaa tulkinnalle.¹³ Eri-

(2005, s. 36) mukaan mikään normi ei voi tyhjentävästi säännellä omia soveltamisehtojaan, vaan soveltaminen riippuu koko normijärjestelmästä ja kulloisestakin tilanteesta.

⁸ Määttä 2015, s. 20.

⁹ Määttä 2013, s. 171–173, joka myös toteaa (s. 177) oikeusjärjestyksen näyttäytyvän muodollista *lex specialis* -valintasääntöä käytettäessä oletusarvoisesti ristiriitaisena ja kutsuukin sitä myöhemmin tällaisen *ristiriitamallin* vastinpariksi asettuvan *yhteensovittamismallin* mukaisesti (s. 178, laajemmin s. 178–182) tulkintaperiaatteeksi valintasäännön sijasta.

¹⁰ Määttä – Soininen 2016, s. 1041, Määttä – Pölönen 2018, s. 74–75. Oikeudellisen sääntelyn monimutkaistuminen on tehnyt näistä lainsäädännön sisäisistä viittauksista aiempaa yleisempiä ja tärkeämpiä; Määttä 2013, s. 186.

¹¹ Ks. Ekroos – Majamaa 2018, s. 22. Ks. myös, hieman poikkeavin ilmaisuin, Määttä 2013, s. 189. Tällä käsitteistöllä esimerkiksi säännösten rinnakkaisuus on tyypillistä maankäytön suunnittelujärjestelmälle, jota koskien muualla ympäristöoikeudellisessa sääntelyssä on tyypillisesti säädetty eri tavoin (toisin sanoen sektorikohtaisesti) kaavojen *huomioionottamisvelvollisuudesta* erityislain mukaisessa päätöksenteossa, ks. esim. ympäristönsuojelulain (527/2014, YSL) 12 §.

¹² Esim. Määttä (2013, s. 188) mukaan säädösten väliset suhteet pääsääntöisesti määrittävät edelleen ilman lainsäätäjän nimenomaista panosta.

¹³ Näin myös Määttä – Pölönen 2018, s. 75. Esimerkkinä ympäristöoikeuden ulkopuolelta hallintolain (434/2003, HL) suhteesta muuhun lainsäädäntöön hyvän hallinnon ja hallintomenettelyn yleislakina on säädetty lain 5 §:ssä, jonka mukaan, jos muussa laissa on tästä laista poikkeavia säännöksiä, niitä sovelletaan tämän lain asemesta. Sanamuoto antaa varsin kaavamaisen kuvan HL:n säännösten suhteesta erityislakien säännöksiin. Lainkohdan perusteluissa on kuitenkin todettu, että erityissäännösten merkitystä suhteessa hallintolakiin on arvioitava aina säännöskohtaisesti ja tapauskohtaisesti tulisi arvioida, kattaako muun

tyisesti oikeudenalarajat ylittävissä tilanteissa on puhuttu *päällekkäisongelmasta*, kun eri normistot muun ohella sääntelyn lisääntyneen määrän myötä tarjoavat samaan oikeudelliseen ongelmaan toisistaan erillisiä ratkaisuja, jotka eivät ole kaikilta osin yhteensopivia.¹⁴ Kuitenkin myös jopa yksittäisen oikeudenalan sisällä voi ilmetä tilanteita (joskin oletettavasti harvemmin), joissa eri normistot antavat enemmän taikka vähemmän erilaisia vaihtoehtoja lähtökohtaisesti saman kysymyksen käsittelyyn.¹⁵

Ympäristölainsäädännön verkostorakenteen on sanottu perustuvan ympäristösääntelyn monitavoitteisuuteen, kun lainsoveltamisessa toisiinsa kytkeytyvien lakien tavoitteita on pyrittävä toteuttamaan samanaikaisesti.¹⁶ Monitavoitteisuus pätee myös rakennussuojelun järjestelmään, joka ylittää kirkollisten rakennusten suojelun osalta myös oikeudenalarajat: kirkollisten rakennusten suojelu on yhtäaikaista osa sekä kirkko-oikeutta että ympäristöoikeudelliseksi mielletävää rakennussuojelun järjestelmää. Kirkkolainsäädännön primääritavoite ei ole kirkollisten rakennusten suojelu, mutta se on yksi osa tuon sääntelyn tavoitteistoa ja tehtäviä. Samoin MRL:n kaavoitusta koskeva sääntely on huomattavan monitavoitteista, ja myös siinä kulttuuriympäristön suojelu on vain yksi tavoite ja tehtävä.¹⁷ Nimenomaisesti ja ensisijaisesti rakennetun ympäristön suojelua toteuttamaan on säädetty tästä kokonaisuudesta ainoastaan rakennusperintölaki – joka MRL:n näkökulmasta näyttäytyy rakennussuojelun erityislakina ja kirkkolainsäädännön näkökulmasta taas tätä kokonaisuutta koskevana yleislakina.

Verkostorakenne korostaa systeemisen tai systemaattisen tulkinnan merkitystä: tulkintavaihtoehtoista on pyrittävä löytämään se, joka on mah-

lain säännös sillä tavoin hallintolaissa säännellyn menettelyvaatimuksen alan, ettei hallintolain säännökselle jää sovellettavuutta, vai saako erityissäännös aikaan vain sellaisen osittaisen poikkeaman vastaavasta yleissäännöksestä, että säännöksiä tulee soveltaa *rinnakkain*. HE 72/2002 vp, s. 53 (kurs. lis.). Sanottu ilmentää osaltaan Määtän (2013, s. 179) konstruoimaa *yleislain kunnioittamisen periaatetta*, johon liittyy myös oppi poikkeusten suppeasta tulkinnasta.

¹⁴ Pöyhönen 2003, s. 10, laajemmin 10–15; ks. myös Karhu 2005, s. 37, jossa todetaan myös, että "[o]ikeussääntöjen välisten ristiriitojen muodolliset ratkaisuperiaatteet, kuten *lex specialis* ja *lex posterior* normit, eivät runsastuvan sääntelyn oloissa voi enää toimia kestävien linjausten pohjana”.

¹⁵ Esim. rakennetuilla alueilla roskaamiseen liittyviä kysymyksiä voidaan käsitellä jätelain (646/2011, JäteL) 8 luvun roskaamissäännösten ohella myös esimerkiksi rakennuksen ja sen ympäristön kunnossapitoa koskevan MRL 166 §:n, rakennetun ympäristön hoitoa koskevan MRL 167 §:n tai MRL 169 §:n ulkovarastointisäännösten kautta. Ks. Heinilä 2020, s. 13–14.

¹⁶ Määttä – Pölönen 2018, s. 75.

¹⁷ Ks. yhdyskuntasuunnittelusta ja maankäytön suunnittelun lakisäätteisistä tavoitteista esim. Jääskeläinen ym. 2018, s. 45–47, 158–166.

dollisimman yhteensopiva (koherentti) kokonaisuuden kanssa.¹⁸ Koherenssiin pyrkivä tulkinta on tyypillisesti sidoksissa myös tarkasteltavan sääntelykokonaisuuden tavoitteisiin.¹⁹ Samoin perusoikeusnäkökulman voidaan nähdä sekä ilmentävän että edistävän koherenssipyrkimystä.²⁰ Tällainen tavoitteellis-systemaattinen näkökulma on ehkä sikälikin erityisen tärkeä puheena olevan aiheen kannalta, että lainsäädäntöprosessikin on asiaa koskevien säädösten osalta seuraavassa kuvatulla tavoin osin erityislaatuinen. Tähän piirteeseen liittyviä potentiaalisia koherenssihaasteita kuvaa se, että kirkkolain kokonaisuudistusta koskeneen hallituksen esityksen HE 19/2019 vp käsittely eduskunnassa keskeytettiin jäljempänä kuvatulla tavoin, kun perustuslakivaliokunnan mukaan lakiehdotusta ei voitu käsitellä ehdotetussa lainsäätämisyjärjestyksessä.

1.3 Kirkko-oikeutta, ympäristöoikeutta vai ehkä kirkkoympäristöoikeutta?

Kirkkolainsäädäntö on jossain määrin erityislaatuista verrattuna esimerkiksi yleisempään julkisoikeuteen. Kirkko-oikeus sisältää selvän itsehallinnollisen piirteen, kirkkolakien oikeuslähteet ja periaatteet ovat osittain vain niille ominaisia ja erityislaatuista, ja osa oikeuden sisällöstäkin muodostuu pikemminkin teologian kuin oikeuden ehdoilla; näiden oikeudellisessä katsannossa julkisoikeudellisten yhteisöjen toiminta perustuu osin aivan muille kuin kansallisen oikeuden normeille.²¹ Kirkot ovat osa kansallista oikeusjärjestystä ja toimivat sen puitteissa, mutta ne ovat samalla osa maantieteellisiä alueita laajempia tunnustuskuntia, jotka jakavat saman

¹⁸ Määttä – Pölönen 2018, s. 75, koherenssista ks. Tuori 2007, s. 123–132, Määttä 2013, s. 184–186. Koherenssivaatimus voi ulottua myös kansallisen oikeuden ulko- tai yläpuolelle, esimerkiksi ympäristöoikeudessa unionin oikeuteen, ks. Määttä – Soininen 2016, s. 1039. Kirkko-oikeuden osalta koherenssivaatimukset puolestaan voivat ulottua myös sille ominaisiin, jäljempänä viitattuihin normilähteisiin.

¹⁹ Ks. esim. Määttä – Soininen 2016, s. 1039 ja siinä viitattu sekä Heinilä 2017, s. 171–174, jossa (s. 174) todetaan muun ohella, että sääntelyalueen hahmottaminen mahdollisimman johdonmukaisena (koherenttina) ja ristiriidattomana (konsistenttina) kokonaisuutena edellyttää sen osien ja kokonaisuuden taustalla olevien tavoitteiden hahmottamista ja ettei yksittäisen säännöksen tulkinta, joka ei systematiikan näkökulmasta ole koherentti, ole sitä yleensä myöskään lainsäädännön tavoitteiden näkökulmasta.

²⁰ Ks. esim. Karhu 2003, s. 805, Määttä – Soininen 2016, s. 1046.

²¹ Ks. esim. KL 1 §, OKL 1 §, HE 59/2006 vp, s. 4, 13, 17; HE 23/1993 vp, s. 9 ja Leino 2002, s. 18–20, 44–48.

opin ja joilla on omia, tässä mielessä ylikansallisia normeja ja normilähteitä.²²

Perustuslain 11 §:ssä taattuun uskonnonvapauteen sisältyy jo sinänsä tietynlainen oikeus sisäiseen autonomiaan,²³ mutta evankelis-luterilaisen kirkon osalta autonomia on erityinen sisältäessään PL 76 §:ään nojaavan lainsäädännöllisen konstruktion, jonka kautta kirkkolaki itse sääntelee oman muuttamismenettelynsä.²⁴ Kirkkolain mukaan kirkolla on yksinoikeus ehdottaa kirkkolakia kaikesta, mikä koskee ainoastaan kirkon omia asioita, sekä kirkkolain muuttamista ja kumoamista. Järjestelmä on poikkeuksellinen, sillä on vaikutuksia sekä eduskunnan lainsäädäntövaltaan että muuhun lainsäädäntöön, ja se on valtiosääntönäkökulmasta ongelmallinen.²⁵ Ortodoksisen kirkon lainsäädännöllä ei ole vastaavaa valtiosääntöistä kytkentää, mutta myös ortodoksisesta kirkosta annetun lain muutokset ovat käytännössä lähes poikkeuksetta perustuneet kirkolliskokouksen ehdotuksiin.²⁶

²² Erityisesti tämä koskee Suomen ortodoksista kirkkoa, jonka aseman Konstantinopolin ekumeenisen patriarkan kanoniseen yhteyteen kuuluvana autonomisena arkkipiispaikuntana määrittelee 6 päivänä heinäkuuta 1923 päivätty ekumeenisen patriarkan päätös. Tässä niin sanotussa Tomos-asiakirjassakin tunnustetaan se, että kirkko toimii kaksien eri normien alaisuudessa. Asiakirjan 7. kohdassa todetaan muun ohella, että ”säilyttäen nämä säännöt järkkymättömänä pohjana arkkipiispalla ja piispalla on oikeus papistonsa ja maallikkokansansa kanssa aina vapaasti yksityiskohdissa järjestää Suomen Ortodoksisen kirkon olot, maansa lakien vaatimusten mukaan, sillä nimenomaisella ehdolla, ettei mikään mainitun järjestön säännös osoittaudu pyhän ortodoksisen Kirkon opin ja kanonien vastaiseksi, niin kuin nämä ovat selitetyt Ekumeenisen patriarkkakunnan noudatetussa tavassa”.

Konstantinopolin ekumeenista patriarkaattia voidaan tarkastella oikeustraditiona, ks. Husa 2008, erit. s. 123–124, patriarkaattista instituutiona ja sen oikeudellisesta luonteesta passim. Suomen ortodoksikirkon kehitysvaiheista toiseksi valtionkirkoksi ja myös asettumisesta kanonisesti Konstantinopolin ekumeenisen patriarkaatin alaisuuteen ks. Nokelainen 2010, viimeksi mainitusta ja Tomos-asiakirjasta s. 215–222. Kanoneiksi kutsutaan kirjallisia määräyksiä, joita kirkollinen lainsäädäntövalta on vuosisatojen kuluessa julkaissut ja jotka edelleen ovat voimassa ortodoksisessa kirkossa positiivisina kaikkia kirkon jäseniä velvoittavina sääntöinä; Ortodoksisen kirkon kanonit selityksineen, s. 15.

²³ Ks. esim. KHO 2020:97, Ojanen – Scheinin 2011, s. 417–421, 433.

²⁴ PL 76 §:n mukaan kirkkolaissa säädetään evankelis-luterilaisen kirkon järjestysmuodosta ja hallinnosta. Kirkkolain sääätämisyjärjestyksestä ja kirkkolakia koskevasta aloiteoikeudesta on voimassa, mitä niistä mainitussa laissa erikseen säädetään.

²⁵ Ks. PeVL 4/2020 vp, s. 3–4, 10–11. Lausunnossa (s. 4) todetaan muun ohella, että PL 76 § edustaa selvää poikkeusta sekä perustuslain 2 §:n 1 momentin kansanvaltaisuusperiaatteen että valtiosääntönsä keskeiseen lähtökohtaan lainsäädäntövallan osoittamisesta eduskunnan tehtäväksi siten kuin valtiollisten tehtävien jakoa ja parlamentarismia koskevassa perustuslain 3 §:n 1 momentissa säädetään.

Perusoikeudet ja kansainväliset ihmisoikeussopimukset rajoittavat myös kirkkolain sisältöä, ja evankelis-luterilainen kirkko kuuluu siihen julkiseen valtaan, joka on useissa perusoikeussäännöksissä velvoitettu tahona ja jonka tulee perustuslain 22 §:n mukaan turvata perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen, PeVL 4/2020 vp, s. 6.

²⁶ Ks. HE 59/2006 vp, s. 17; Ojanen – Scheinin 2011, s. 414–415, 419–420, 442. Auto-

Autonomisuus saa ilmiänsä nykyisin sekä evankelis-luterilaisessa että ortodoksisessa kirkossa myös siten, että siltä osin kuin ei ole kyse lain-tasoista sääntelyä edellyttävistä kysymyksistä, kirkon sisäisiä kysymyksiä ja tunnustusta ja oppia koskeva sääntely pyritään toteuttamaan kirkon sisäisin kirkkojärjestyksin.²⁷ Toiselta puolen tämän jaon keskeinen peruste on se, että eduskunta vapautuu tällä ratkaisulla käsittelemästä kirkon oppia ja hengellistä toimintaa koskevia säännöksiä.²⁸ Vaikka evankelis-luterilainen ja ortodoksinen kirkko ovat valtionkirkon asemassa, ei valtio ole Suomessa tunnustuksellinen.²⁹ Eduskunnassa vireillä olleessa kirkkolain uudistusta koskevassa lausunnossaan perustuslaki-valiokunta totesi, että lakiehdotukseen on otettu edelleen myös selvästi tunnustuksellista sääntelyä, joka ei kovin hyvin sovellu eduskunnan säätämään lakiin, mutta joka voi olla tärkeää kirkon uskonnollisen identiteetin kannalta.³⁰ Tämä on yksi ilmentymä kirkko-oikeudellisen sääntelyn edellä kuvatusta dualismista ja oikeudellisen ja uskonnollisen väliseen rajanvetoon liittyvistä hankaluuksista.

Tässä kirjoituksessa tarkastellaan kirkko-oikeuden piiriin kuuluvaa kirkollisten rakennusten suojelua koskevaa sääntelyä kansallisen lainsäädännön näkökulmasta, muuta kulttuuriympäristön suojelua koskevaa sääntelyä vastaavalla tavalla. Kyse on varsin selvästi osan ympäristöoikeudelliseksi luonnehdittavaa rakennussuojelun järjestelmää muodostavasta julkisoikeudellisesta sääntelystä. Kuitenkin evankelis-luterilaisen ja ortodoksisen kirkon asema ja sääntelyn erityisluonne on tunnistettava tämänkin sääntelykokonaisuuden tarkastelussa. Evankelis-luterilaisen kirkon asema on myös esitetty yhdeksi nimenomaiseksi perusteeksi sille, että kirkollisten rakennusten suojelu on ylipäättään eriytetty yleisestä rakennussuojelun järjestelmästä.³¹ Kirkkolakien sääntely tässä tarkastelluilta osin muodostaa toiselta

nomia ilmenee ortodoksisen kirkonkin osalta jo esimerkiksi ensimmäisestä itsenäisen Suomen säädöksestä ortodoksisista kirkkoa koskien. Asetuksessa Suomen kreikkalais-katolisesta kirkkokunnasta (185/1918) ja sen 2 §:ssä säädettiin, että ”Suomen kreikkalais-katolisen ylin hallitus on maan Hallituksella sekä, niinkuin siitä tässä asetuksessa säädetään, kirkkokunnan hallinnollisilla elimillä. Kirkkokunta on oikeutettu itse järjestämään hengelliset asiansa ja kanonis-uskonnolliset suhteensa.” Ks. säännöksestä Nokelainen 2010, s. 137–139.

²⁷ Ks. esim. PeVL 4/2020 vp, s. 2, 4–5, HE 59/2006 vp, s. 17.

²⁸ Ks. HE 23/1993 vp, s. 5, 9.

²⁹ Ojanen – Scheinin 2011, s. 442.

³⁰ PeVL 4/2020 vp, s. 2, tähän liittyvistä ongelmista s. 5–6.

³¹ Ks. HE 96/2013 vp, s. 3, jossa on todettu, että kirkollisten rakennusten suojelusta säädetään kirkkolaisissa, koska kirkollisten rakennusten suojelun on katsottu sisältyvän kirkon järjestysmuotoon ja hallintoon, josta perustuslain mukaan säädetään kirkkolaisissa. Ortodoksisesta kirkosta annetussa laissa on toisaalta viitattu vain siihen, että kirkkorakennusten suojelutarpeet poikkeavat muiden rakennusten suojelusta ja että myös evankelis-luteri-

puolen yhden osan rakennussuojelun järjestelmää, ja sitä on syytä tarkastella nimenomaan tämän kokonaisuuden osana. Kun kyse on sääntelystä, joka on samanaikaisesti kirkko-oikeudellista ja ympäristöoikeudellista, voitaisiin tutkimuksen aihetta kuvata paitsi sääntelyn kohteen osalta myös systemaattisesta näkökulmasta kirkkoympäristöoikeudelliseksi.

2 LAKIEN VÄLISET SUHTEET RAKENNUSSUOJELUN YLEISESSÄ JÄRJESTELMÄSSÄ

Yleinen rakennussuojelun järjestelmä jakautuu rakennusperinnön suojelemisesta annetun lain (498/2010, RakPL) 2.1–2 §:n nojalla lähtökohtaisesti kahtia siten, että asemakaava-alueilla ja alueilla, joilla on asemakaavoitusta varten asetettu rakennuskielto, sovelletaan maankäyttö- ja rakennuslain mukaista niin sanottua kaavasuojelua ja muutoin rakennusperintölain mukaista suojelua rakennussuojelun erityislakina.³² Lakien välisen suhteen lähtökohdiana on siten ajatus siitä, että maa on periaatteessa jaettu toisensa poisulkevasti alueellisesti niin, että osalla suojelun instrumenttina on asemakaava (asemakaava-alueet ja asemakaavoitettavat alueet) ja osalla rakennussuojelu puolestaan toteutetaan rakennusperintölailla (muut alueet).

Tästä pääsäännöstä on kuitenkin merkittäviä poikkeuksia, joiden nojalla rakennusperintölain mukaista suojelua on mahdollista käyttää myös kaavasuojelun piiriin lähtökohtaisesti kuuluvilla alueilla. Tämä merkitsee käytännössä, että näiden poikkeusten käsillä ollessa on osin mahdollista valita sovellettava suojelunormisto tyypillisesti sen mukaan, mikä väline on tarkoituksenmukaisin ja soveltuu parhaiten sääntelyn tavoitteiden toteuttamiseen kulloisenkin kohteen osalta. Tosiasiallisesti lainvalintaan vaikuttavat kuitenkin osin myös aivan muut kuin lain tavoitteiden toteutumiseen tai käytettävän välineen tarkoituksenmukaisuuteen liittyvät seikat. Tämä johtuu erityisesti siitä, että rakennusperintölain mukaisesta suojelusta siihen liittyvine mahdollisine korvauksineen vastaa valtion viranomainen (elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskus, jälj. ELY-keskus), kaavasuojelusta puolestaan kunta.³³

laisella kirkolla on kirkollisten rakennusten suojelusta omat säännökset kirkkolaisissa; HE 59/2006 vp, s. 58.

³² Tässä kirjoituksessa käytetään pääsääntöisesti ilmausta rakennussuojelu, vaikka rakennusten ohella suojelu käsittää tyypillisesti myös esimerkiksi piha-alueita. Myös rakennusperintölaissa viitataan nimenomaan kirkollisten rakennusten suojeluun, vaikka kirkollisten rakennusten suojelu kattaa suoraan lainsäädännön nojalla myös tällaisten rakennusten piha-alueet (samoin kuin niiden kiinteän sisustuksen, siihen liittyvät maalaukset ja taideteokset).

³³ Ks. asemakaavasuojelun suojelumääräyksistä ja korvauksista esim. Hallberg ym. 2020,

RakPL 2.3 §:n 1 kohdan mukaisesti rakennusperintölain mukaista suojelua on mahdollista käyttää asemakaava- tai asemakaavoitettavilla alueilla silloin, kun suojeltavalla kohteella on *valtakunnallista merkitystä*. Valtakunnallisen merkityksen toteaminen edellyttää kohteen arvojen ja merkityksen selvittämistä, analyysiä ja suhteuttamista muihin vastaaviin kohteisiin maan laajuisesti. Museoviraston rooli valtakunnallisena asiantuntija-viranomaisena on kohteen valtakunnallisen merkityksen arvioinnissa keskeinen.³⁴ Tällainen kohde on sinänsä mahdollista suojella myös asemakaavalla, eikä poikkeus siis tarkoita, että nämä kohteet ehdottomasti olisi tarkoitettu suojeltavaksi erityislaillla. Lähtökohtaista estettä ei myöskään ole nähty kavasuojelun ja rakennusperintölain mukaisen suojelun kohdistumiseen tässä käsiteltävien poikkeussäännösten nojalla samaan kohteeseen niin, että esimerkiksi rakennuksen julkisivu olisi suojeltu kaavalla ja sisätiloja myöhemmin erityislaillla.³⁵ Erityisen tarkoituksenmukaista tämä ei kuitenkaan esimerkiksi mahdollisten muutostilanteiden näkökulmasta välttämättä ole.³⁶

RakPL 2.3 §:n 2 kohdan mukaan erityislain mukaista suojelua voidaan käyttää myös silloin, jos kohteen säilymistä ja suojelua *ei voida turvata maankäyttö- ja rakennuslaillla ja sen nojalla annetuilla säännöksillä tai määräyksillä*. Pääsääntöisesti tällaisissa tilanteissa on kyse rakennuksen sisätilojen suojelemisen tarpeesta. Sinänsä esimerkiksi porrashuoneiden (ks. esim. vuosikirjaratkaisut KHO 2017:114 ja KHO 2014:17) ja huonejaon säilyttämistä koskevat määräykset on katsottu mahdollisiksi myös asemakaavoissa, mutta lain esitöissä ja esimerkiksi asemakaavamerkintöjä ja -määräyksiä koskevassa ympäristöministeriön oppaassa on esitetty, etteivät sisätiloja koskevat määräykset yleensä kuulu asemakaavaan. Onkin todettu, että erityislain mukainen menettely tulee yleensä harkittavaksi silloin, jos halutaan suojella myös rakennuksen kiinteä sisustus.³⁷ RakPL:n mukaisella

s. 431–438.

³⁴ Museoviraston tehtävistä säädetään laissa Museovirastosta (282/2004), jonka 2.1 §:n 2 kohdan mukaan viraston tehtävänä on muun ohella toimia kulttuuriperinnön ja -ympäristön suojelusta vastaavana asiantuntijaviranomaisena. Uuden museolain (314/2019) perusteella alueellisilla vastuumuseoilla voi kuitenkin (aiempaan tapaan) olla erikseen sovittaessa myös valtakunnallinen asiantuntija- tai kehittämisvastuu, ks. HE 194/2019 vp, s. 28.

³⁵ HE 101/2009 vp, s. 17–18.

³⁶ Muutostilanteisiin liittyen RakPL sisältää nykyisin lain 10 a §:ssä säädetyn poikkeamismahdollisuuden, josta on hallituksen esityksessä todettu, että aina rakennuksen muutostarve ei ole niin laaja, että suojelupäätöksen muuttaminen olisi tarkoituksenmukaista, mutta muutos olisi kuitenkin selkeästi suojelupäätöksen vastainen. Suojelupäätöksen tulkitsemisen ja muuttamisen väliin asettuvaa rajattua poikkeamista pidettiin siten tarpeellisenä menettelynä. HE 182/2020 vp, s. 9.

³⁷ HE 101/2009 vp, s. 18, Ympäristöministeriö 2003, s. 126. Rakennusperintölain mukai-

päätöksellä on yleisemminkin mahdollista määrittellä suojelun kohteet ja sisältö huomattavasti yksityiskohtaisemmin kuin asemakaavalla.³⁸

Erityislain mukaisella suojelulla voidaan katsoa olevan myös erityinen pysyvyys suhteessa tavoitteiltaan moninaisempaan ja sellaisena muutoksille jo lähtökohtaisestikin alttiimpaan kaavoitukseen.³⁹ Näin RakPL 2.3 §:n 2 kohdan peruste voi yhdistyä kohteen valtakunnalliseen merkitykseen, kun erityisen merkittävien kohteiden suojelu halutaan turvata mahdollisimman pysyvästi. Tällainen useammalla perusteella rakennusperintölain nojalla suojeltu kohde on esimerkiksi Helsingin rautatieasema, vaikka siihen kohdistui myös jo suojelupäätöstä tehtäessä asemakaavan (osin sisältöjakin koskevia) suojelumääräyksiä.⁴⁰

Lakien välisten suhteiden ja järjestelmän toimivuuden kannalta selvästi ongelmallisin poikkeus rakennusperintölain ja maankäyttö- ja rakennuslain lähtökohtaiseen työnjakoon on RakPL 2.3 §:n 3 kohta, jonka mukaan rakennusperintölakia voidaan käyttää asemakaava-alueella tai asemakaavoitettavalla alueella myös silloin, kun kohteen suojeluun rakennusperintölain lain mukaisesti on *erityisiä syitä asemakaavoitustilanteen vuoksi*. Tämän säännöksen nimenomaisena tarkoituksena oli muuttaa aiemman rakennussuojelulain (60/1985, RakSL) aikaista soveltamiskäytäntöä.⁴¹ Aiempaa rakennussuojelulakia säädettäessä ajatuksena oli, että myös yksityiskohtaisten kaavojen alueilla olisi tarpeen vaatiessa mahdollista käyttää erityislailla suojelua varsin vapaasti.⁴² Korkeimman hallinto-oikeuden

sella suojelulla on mahdollista ulottaa suojelu erityistilanteissa myös sellaisiin kalustuksen osiin, joita ei tavanomaisesti pidetä kiinteänä sisustuksena, ks. RakPL 3.2 § ja HE 101/2009 vp, s. 25.

³⁸ Kaavasuojelu sopii puolestaan erityisesti laajojen kokonaisuuksien suojeluun, ja asemakaavalla taas voidaan esimerkiksi laaja-alaisemmin säilyttää ja suojella alueiden arvokkaita ominaispiirteitä ja vahvistaa paikkojen ainutkertaisuutta ja identiteettiä; HE 101/2009 vp, s. 18, Ympäristöministeriö 2003, s. 110–111

³⁹ Ks. HE 101/2009 vp, s. 18.

⁴⁰ Ympäristöministeriön rautatieaseman suojelua koskevassa vahvistuspäätöksessä 28.8.2018 dnro VN1034/2018 todetaan, että koska kohteella on valtakunnallista merkitystä eikä asemakaavasuojelu sisällä riittävän yksityiskohtaisia suojelumääräyksiä, on rautatieasema tarpeen suojella myös rakennusperintölain mukaisella suojelupäätöksellä.

⁴¹ RakSL 3.2 §:n vastaavan poikkeussäännöksen mukaan erityislakia oli mahdollista käyttää, milloin suojelu ei ollut mahdollista maankäyttö- ja rakennuslain nojalla, milloin rakennuksen säilymistä ei voitu riittävästi turvata maankäyttö- ja rakennuslain säännösten nojalla tai milloin rakennuksella oli huomattavaa valtakunnallista merkitystä taikka milloin siihen muutoin oli erityisiä syitä.

⁴² Rakennussuojelulain säätämistä koskeneessa hallituksen esityksessä todettiin jopa, että aina silloin kun suojelu ei ole mahdollista, riittävää tai tarkoituksenmukaista kaavoituksen keinoin, olisi mahdollista soveltaa ehdotettua erityislakia. HE 45/1983 vp, s. 8. Ks. myös Siitari-Vanne 1994, s. 56, jonka mukaan lainvalintaa ”voidaan pitää lähinnä tarkoituksenmukaisuuskysymyksenä”. RakSL:n säätämisen yhteydessä lakien työnjaon osalta esitetyis-

oikeuskäytännössä ja erityisesti ratkaisussa KHO 17.11.2000 T 2965 (ATK) poikkeuksia tulkittiin kuitenkin juuri asemakaavoitustilanteen osalta suppeasti. Seurauksena lakien päällekkäisen soveltamisen mahdollisuudet supistuivat olennaisesti.

Mainitussa, Tampereen Annikinkadun puutalokorttelia koskeneessa ratkaisussa kaupunginhallitus oli 14.8.1995 päättänyt, ettei se ryhdy asemakaavan muuttamiseen puutalokorttelin suojelemiseksi. Ratkaisun mukaan alueellinen ympäristökeskus ei ollut voinut katsoa yksinomaan sillä perusteella, että kaupunki ei ollut ryhtynyt turvaamaan rakennusten suojelua asemakaavan muutoksella, että rakennusten suojelemiseen olisi ollut rakennussuojelulain 3 §:n 2 momentin mukaisia erityisiä syitä. Ympäristöministeriö ei myöskään ollut KHO:n mukaan voinut samalla perusteella katsoa, että rakennusten suojelua ei voitu turvata rakennuslain nojalla, ja sillä perusteella vahvistaa ympäristökeskuksen päätöstä. Rakennuksen kulttuurihistoriallinen merkitys oli KHO:n mukaan rakennussuojelulain 2 §:ssä tarkoitettu edellytys suojelun toteuttamiselle yleensä, eikä se syrjäyttänyt asemakaava-aluetta koskevaa 3 §:n 1 momentin säännöstä, jonka mukaan rakennussuojelu asemakaava-alueella tapahtuu noudattaen rakennuslakia.

Eri lakien välillä laajemmin jaettu suojeluvastuu asemakaava-alueilla onkin käytännössä ongelmallinen ottaen huomioon erityisesti suojeluun liittyvät korvauskysymykset ja muut resurssikysymykset, mutta tästä huolimatta siihen RakPL:n säätämisen yhteydessä nimenomaisesti pyrittiin. Rakennusperintölain 2.3 §:n perustelujen mukaan erityislakia voitaisiin soveltaa asemakaavoitustilanteen vuoksi esimerkiksi silloin, kun asemakaavaa voidaan pitää rakennusperinnön huomioon ottamisen kannalta vanhentuneena eikä asian selvittäminen ja ratkaiseminen asemakaavanmuutoksella käynnisty joko kunnan ottaman kannan tai kaavoituksen resurssien vuoksi niin, että rakennuksen purkaminen tai ajan kulumisesta johtuva kunnan rappeutuminen uhkaavat.⁴³

MRL:n järjestelmän näkökulmasta asetelma onkin kummallinen, kun MRL puolestaan edellyttää kunnilta kaavoitukseen ryhtymistä maankäytön ohjaustarpeen niin edellyttäessä ja kulttuuriperinnön suojelua koskevien kysymysten – joilla perustuslain 20 §:n ympäristöperusoikeuden kautta on myös perusoikeusulottuvuus – ratkaisemisen tarve on yksi tällaisen ohja-

tä näkökohdista ks. mt., s. 56–57. RakSL:n aikaisesta oikeuskäytännöstä ks. Wähä 2007, s. 120–126.

⁴³ HE 101/2009 vp, s. 24.

ustarpeen perustavista seikoista.⁴⁴ Rakennusperintölain poikkeussäännöksen kautta kunnan lakisääteisen tehtävän toteuttamatta jättämiseksiin yksittäistapauksissa tulkittava toiminta vain siirtää kysymyksen ratkaisemisen erityislain mukaiselle viranomaiselle. Toisaalla rakennusperintölakia koskevassa hallituksen esityksessäkin pidettiin tällaista pallottelua rakennuksen omistajan kannalta ongelmallisena.⁴⁵

MRL 177 § sisältää menettelyn, jonka nojalla MRL:n järjestelmän puitteissa kunta voidaan velvoittaa toteuttamaan suunnitteluvollisuutensa, mutta menettelyä on käytetty huomattavan niukasti.⁴⁶ Sitä on kuitenkin ehkä osin historiallisistakin syistä käytetty nimenomaan rakennussuojelua koskeissa asioissa.⁴⁷ Edellä viitatussa Tampereen Annikinkadun tapauksessa jo tämän (täsmällisemmin sitä rakennuslain 370/1958, RakL, 143 ja 143 a §:ssä vastanneen) menettelyn käynnistäminen johti siihen, että kaupunki ratkaisi suojelukysymyksen asemakaavalla ja puutalokortteli säilytettiin. KHO olikin jo ratkaisunsa perusteluissa viitanut tähän RakL 143 ja 143 § §:n säännösten sisältämään mekanismiin. Nykyisen sääntelyn puitteissa olisi vastaavassa tilanteessa kaksi vaihtoehtoa (MRL:n ja RakPL:n mukainen), joista toinen olisi lainsäädännön systematiikan mukainen (MRL) ja toisen kautta kohde saataisiin nopeammin ja varmemmin suojelun piiriin (RakPL).

Edellä sanottu tuo esiin mainittujen rakennussuojelun järjestelmän osien osittain erilaiset lähtökohdat ja tavoitteet ja niiden kautta järjestelmään syntyneen, jokseenkin säännöllisesti käytännön ongelmia aiheuttavan jännitteen. Rakennusperintölakia säädettäessä pyrkimyksenä oli soveltamisalojen päällekkäisyydellä varmistaa se, että arvokkaat kohteet tulevat suojelluiksi myös asemakaava-alueilla riippumatta esimerkiksi kunnan halukuudesta tai ryhtymisestä toimenpiteisiin. Tämän tavoitteen toteuttamiseksi omaksutut lainsäädäntöratkaisut kuitenkin ovat edellä kuvatulla tavoin MRL:n järjestelmän näkökulmasta kyseenalaisia.

Käytännön ongelmana tämän kaltaisessa soveltamisalojen päällekkäisyydessä on myös se, että esimerkiksi rakennusperintölain mukaisessa

⁴⁴ Esim. MRL 51.1 §:n mukaan asemakaava on laadittava ja pidettävä ajan tasalla sitä mukaa kuin kunnan kehitys taikka maankäytön ohjaustarve sitä edellyttää.

⁴⁵ Ks. HE 101/2009 vp, s. 30, jossa viitataan silloisesta korvaussääntelystä johtuviin seikoihin.

⁴⁶ MRL 177.1 §:n mukaan, jollei kunta huolehdi rakennusjärjestyksen, tarpeellisten yleiskaavojen tai asemakaavojen laatimisesta taikka pitämisestä ajan tasalla ja on ilmeistä, että se vaikeuttaa laissa alueiden käyttöön suunnittelulle tai rakentamisen ohjaukselle asetettujen tavoitteiden toteuttamista, asianomainen ministeriö voi asettaa määräajan, jonka kuluessa sitä koskeva päätös on tehtävä.

⁴⁷ Ks. esim. Heinilä 2017, s. 183.

prosessissa joudutaan asemakaava-alueilla joissakin tapauksissa selvittämään asiaa huomattavan pitkälle sen ratkaisemiseksi, onko kyseisen lain soveltaminen ylipäätään mahdollista. Lain soveltamisalakysymys kulkee näissä tilanteissa paljolti koko prosessin ajan muiden suojelun edellytysten tarkastelun rinnalla, kun varsinaiseen suojelua koskevaan päätöksentekoon vielä liittyy laaja, tarkoituksenmukaisuusharkintaa sisältävä harkintavalta.⁴⁸ Tämän harkintavallan seurauksena mahdollinen lopputulos asiassa voi olla joissain tapauksissa myös sen kaltainen, että huolimatta rakennusperintölain jonkin soveltamisedellytyksen täyttymisestä asemakaava-alueella jätetään kohteen suojelu kokonaisharkinnan perusteella kuitenkin ratkaistavaksi asemakaavoituksella (mikä saattaa toki käytännössä tarkoittaa, ettei kohdetta suojella lainkaan). Tässä mielessä lakien soveltamisala on tässäkin suhteessa valinnainen, joskin harkintaa ohjaavien oikeusperiaatteiden vaikutuksesta voi syntyä epäilemättä myös tilanteita, joissa valinnanvaraa ei käytännössä jää.

Kirkkolainsäädäntö tuo omat elementtinsä tähän kokonaisuuteen. RakPL 2.4 §:n mukaan *kirkollisista rakennuksista* säädetään kirkkolaissa sekä ortodoksisesta kirkosta annetussa laissa. Kirkkolainsäädäntö on siten lähtökohtaisesti erityislainsäädäntöä suhteessa rakennusperintölakiin ja syrjäyttää RakPL:n sääntelyn silloin, kun kyse on kirkkolainsäädännön soveltamisalaan kuuluvista rakennuksista.

Rakennusperintölain 2.4 §:ssä säädetään myös muinaismuistolaki (296/1963, MML) erityislaiksi suhteessa rakennusperintölakiin. Näiden kahden kulttuuriperinnön suojelun yleislain välinen suhde ei ole tässä tarkastelun kohteena, vaikka siihenkin voi yksittäistapauksissa liittyä tulinnanvaraa. Kirkollisten säädösten ja muinaismuistolain mukainen suojelu voi olla päällekkäistä, koska näiden lakien keskinäisiä suhteita ei ole lainsäädännössä määritelty. Kirkollisiin rakennuksiin ja kirkkopihaan liittyviä MML:n mukaisia kiinteitä muinaisjäännöksiä ovat esimerkiksi aktiivisesta hautauskäytöstä pois jääneet hautapaikat kirkkojen lattian alla tai kirkkopihossa sekä rakennusten, rakenteiden ja kiinteän sisustuksen jäännökset. Kirkon paikalla tai läheisyydessä on voinut sijaita aiempi kirkko ja siihen liittyneitä rakennuksia taikka pakanuuden aikainen palvontapaikka tai kalmisto.⁴⁹ MML 2 §:n mukaan kiinteitä muinaismuistoja ovat muiden ohella kirkkojen, kappeliin, luostarien ja muiden huomattavien rakennusten rau-

⁴⁸ Rakennusperintölain soveltamisessa puhutaan samassa merkityksessä *kokonaisharkinnasta*, ks. esim. HE 182/2020 vp, s. 24, 40.

⁴⁹ HE 96/2013 vp, s. 5, kirkollisten rakennusten ympäristön arkeologisesta kulttuuriperinnöstä laajemmin Museovirasto 2020, s. 48–49 ja sen huomioonottamisesta korjaus- ja muutoshankkeissa s. 112–115.

niot sekä muinaiset hautapaikat, jotka eivät ole seurakunnan hoidossa olevalla hautausmaalla, samoin kuin kivet, ristit ja patsaat, jotka muinoin on pystytetty jonkun henkilön tai tapahtuman muistoksi tai uskomuksellisessa tarkoituksessa.

Myös asetus valtion omistamien rakennusten suojelusta (480/1985) on edelleen tietyllä tapaa osa rakennussuojelun järjestelmää, joskin enää vain sen nojalla tehtyjen suojelupäätösten osalta. RakPL 24.5 §:n mukaan lain voimaan tullessa voimassa olleiden säännösten nojalla tehty päätös valtion omistaman rakennuksen suojelusta pysyy voimassa, kunnes rakennuksen suojelusta on päätetty RakPL:n mukaisesti. Asetuksen nojalla suojeltuja rakennuksia oli rakennusperintölakia säädettäessä lähes tuhat.⁴⁹ RakPL 11.1 §:n mukaan, kun valtion omistamien rakennusten suojelua koskevien säännösten nojalla aiemmin suojeltu valtion omistama rakennus luovutetaan toiselle, ELY-keskuksen on pantava vireille rakennuksen suojelua koskeva asia. Asetuskohteilla voinee olla liityntä kirkollisiin rakennuksiin ja niiden suojeluun vain tilanteessa, jossa tällainen kohde hankittaisiin seurakunnalle muutettavaksi kirkolliseksi rakennukseksi. Jos asetuskohde muuttuu kirkolliseksi rakennukseksi, ei RakPL:n mukainen suojelu lain 11.1 §:n kautta käynnistyvässä menettelyssä tule kyseeseen lain soveltamisalajauksen vuoksi.

3 KIRKOLLISET RAKENNUKSET

3.1 Kirkolliset rakennukset kirkkolain mukaan

Rakennusperintölain ja kirkkolainsäädännön välisen soveltamisalajaon ratkaisemiseksi on siis tarkasteltava, mitkä ovat RakPL 2.4 §:ssä viitattuja kirkollisia rakennuksia kirkkolainsäädännön mukaan. Ne rakennukset, jotka eivät kuulu kirkollisten rakennusten suojelun piiriin, kuuluvat pääsääntöisen suojelujärjestelmän piiriin.

Evangelis-luterilaista kirkkoa koskevan kirkkolain 14:1–2:n mukaan kirkollisia rakennuksia ovat *kirkot ja kellotapulit, siunaus- ja hautakappelit sekä hautausmaalla olevat niihin rinnastettavat rakennukset*. Myös *kirkkopihan, sen ja hautausmaan aitaan ja porttiin sekä sankarihautausmaahan* sovelletaan, mitä kirkollisista rakennuksista säädetään.⁵⁰ Säännök-

⁵⁰ KL 14:1:n mukaan seurakunnalla tulee olla kirkko. Käytännössä tämän on sanottu merkitsevän, että seurakunnan tulee omistaa kirkkorakennus; Kirkkohallitus 2019, s. 49. KJ 14:1:n mukaan, jos samalla alueella toimii kaksi seurakuntaa kielellisen jaon perusteella,

set merkitsevät, etteivät läheskään kaikki kirkon rakennukset ole kirkkolain piiriin kuuluvia kirkollisia rakennuksia. Kirkollisiksi rakennuksiksi ei lueta esimerkiksi rukoushuoneita, virkataloja, seurakuntataloja ja leirikeskuksia.⁵¹ Kun arkikielen kirkollisen rakennuksen käsite on oletettavasti laajempi, saattaa syntyä virheellisiä käsityksiä kirkkolainsäädännön alaan kuuluvista rakennuksista.

KL 14:1:n tarkoittaman kirkon käsitettä on käsitelty vuosikirjaratkaisussa KHO 1997:89. Ratkaisu on annettu jo ennen kuin kirkkolain kirkollisten rakennusten suojelua koskevia säännöksiä täsmennettiin vuonna 2013 (L 895/2013), mutta nykysääntely perustuu kyseisen ratkaisun mukaiseen tulkintaan.

Ratkaisussaan KHO totesi, että rakennettaessa vuonna 1957 valmistunutta seurakuntataloa ei ollut menetelty tuolloin voimassa olleiden kirkon rakentamista koskeneiden säännösten edellyttämällä tavalla. Näin ollen kysymyksessä ei ollut kirkkolain mukaisessa hallinnollisessa menettelyssä valtioneuvoston päätöksellä kirkoksi vahvistettu rakennus. Seurakuntatalon kirkoksi vihittyä seurakuntasalia ei ollut pidettävä kirkkona yksinomaan sillä perusteella, että piispa oli suorittanut seurakuntasalin vihkimisen. Kun seurakuntatalon korjaamisessa ei ollut kysymys kirkkolain mukaisen kirkollisen rakennuksen korjaamisesta, asiasta tehtyä kirkkovaltuuston päätöstä ei ollut kirkkolain 14 luvun 2 §:n 2 momentin mukaisesti alistettava kirkkohallituksen vahvistettavaksi. Kirkkohallitus jätti kirkkovaltuuston päätöksen toimivaltaansa kuulumattomana tutkimatta ja palautti asian tuomiokapitulille valitusasiana käsiteltäväksi. KHO hylkäsi kirkkohallituksen päätöksestä tehdyn valituksen.

Asiassa oli kyse seurakuntatalon kirkkosalin kunnostussuunnitelmasta, ja rakennusta oli alemmissa asteissa pidetty kirkkona. Kyse ei kuitenkaan ollut kirkkolainsäädännön mukaisessa hallinnollisessa menettelyssä kirkoksi vahvistetusta rakennuksesta vaan seurakuntatalosta. Ainakin jo vuoden 1869 kirkkolaista (30/1869) lähtien kirkon rakentamiseen on liittynyt tietty hallinnollinen menettely. Vuoden 1869 lain 292 §:n mukaan

Uuden kirkon rakentamista tai vanhan parantamista koskevat kysymykset valmisteltakoot kirkonkokouksessa. Jos kysymys on uuden rakentamisesta taikka kirkon sisustamisesta, lähettäköön kirkkoherra seu-

näillä voi kuitenkin olla yhteinen kirkko, ja tuomiokapitulin luvalla seurakunta voi muussakin tapauksessa käyttää kirkkonaan toisen seurakunnan tai muun yhteisön kirkkoa.

⁵¹ HE 23/1993 vp, s. 23.

rakunnan päätöksen siitä syinensä tuomiokapitulille, ja tuomiokapituli toimittakoon ne sitten, oman lauseensa kanssa, esivallan tutkittavaksi. Parantamisen päätös olkoon kirkkoherran ja seurakunnan tehtävänä.⁵²

Näin ollen evankelis-luterilaisten kirkkojen rakentaminen on jo huomattavan kauan perustunut asiasta tehtyihin nimenomaisiin päätöksiin. Sama koskee myös kellotapuleita, joten niihin pätee tässä kirkoista sanottu.⁵³ Jos seurakunnan kirkko on rakennettu tätä ennen, sitä pidetään lähtökohtaisesti kirkkona, vaikka selvitystä sen rakentamispäätöksestä ei ole saatavilla.⁵⁴ Tätä tulkintaa on kuitenkin pidetty myös ongelmallisena, sillä jo ennen vuoden 1869 lakia kirkon rakentamiseen on kauan liittynyt hyväksymismenettely.⁵⁵ On kuitenkin oletettavaa, etteivät hyvin vanhat rakennukset muodosta tässä suhteessa erityisen suurta ongelmaa. Lisäksi, kun kirkkolaki sisältää nykyisin säännökset myös muun rakennuksen muuttamisesta kirkoksi (tai siunauskappeliksi), epäselvissä tapauksissa tilanne on periaatteessa käsiteltävissä myös tätä kautta kirkon omin päätöksiin.

Eri vaiheissa muutoksia on tapahtunut lähinnä siinä, missä kirkon rakentamista koskevat päätökset tehdään ja minkä viranomaisen päätettäväksi päätöksiä alistetaan.⁵⁶ Voimassa olevan kirkkolain 14:2.3:n mukaan kirkkovaltuuston päätös on alistettava kirkkohallituksen vahvistettavaksi, jos se

⁵² Lain 293 §:ssä säädettiin, että ”jos kirkkoherra ja seurakunta ovat erimielisiä uudisrakentamisen tarpeellisuudesta, taikka parantamisesta tahi sisustamisesta ja kuinka lavealta se on tehtävä; antakoon kirkkoherra asian, ynnä kirkkokokouksen pöytäkirjan kanssa ja mitä muuta sen valaisemiseksi sopii, tuomiokapitulin haltuun, jonka tulee siinä päättää. Jos tuomiokapituli katsoo syyniä tarvittavan asian selvittämiseksi; pyytäköön kruunun käs-kynhaltiaa toimittamaan se pidettäväksi laillisessa järjestyksessä, ja pitää siinä olla saapuvilla tuomiokapitulin määräämä asiamies, sekä myöskin asiamies seurakunnan puolesta. Jos tuomiokapitulin päätös kaikin puolin taikka joistakin osista käy seurakuntaa vastoin; niin on laillinen valitus-osoitus annettava. Jos kirkkoherran vaatimus hyljätään; seisokoon tuomiokapitulin päätös, paitsi milloin uudisrakennusta määrätään, jolloinka se on laitettava esivallan tutkittavaksi.”

⁵³ Vuoden 1869 lain 294 §:n mukaan ”kellotapulin ja hautausmaan rakentamisessa ja voimassa pitämisessä, kuin myöskin niihin kuuluvain asiain valmistelemissä, seurattakoon mitä kirkosta on sanottu”.

⁵⁴ HE 96/2013 vp, s. 3. Ks. myös Halttunen – Pihlaja – Voipio 2008, s. 127, jossa viitaten erityisesti aikaan ennen vuoden 1869 kirkkolakia todetaan, että jos ”rakennus on vanha ja srk:n kauan kirkkona pitämä, se on kirkko, vaikka selvitystä sen rakentamispäätöksestä ei saada”.

⁵⁵ Ks. Kirkkohallitus 2019, s. 50–51.

⁵⁶ Vuoden 1964 kirkkolain (635/1964) 338 §:n nojalla uuden kirkon rakentamista ja olenaista korjaamista koskevat asiat oli alistettava valtioneuvoston vahvistettaviksi (jonka vahvistettavaksi kyseiset asiat oli säädetty jo vuoden 1869 kirkkolain muutoksella 268/1944). Nykyisen kirkkolain mukaan vastaavat asiat alistetaan kirkkohallituksen vahvistettaviksi, pois lukien ennen vuotta 1917 rakennettujen kirkkojen olennaiset korjaukset, joiden osalta korjausta koskevat päätökset alistettiin aiemmin opetusministeriön vahvistettaviksi. Ope-

koskee muun ohella uuden kirkon tai siunauskappelin rakentamista tai hankkimista.⁵⁷

Edellä kuvattusakin ratkaisussa sovellettavana olivat kuitenkin jo vuoden 1869 kirkkolain säännökset. Kirkkohallituksen asiassa antamassa lausunnossa todettiin, ettei kirkon määritelmään sinänsä sisälly mitään tulkinanvaraista, mutta ongelman muodostaa lähinnä se, että kirkkoina on pidetty laajalti muitakin rakennuksia. Näin on voinut tapahtua esimerkiksi sen johdosta, että niitä on vihitty kirkkoiksi, mikä siis kuitenkin on aivan eri asia kuin kirkon rakentamista (tai kirkoksi muuttamista) koskeva päätös.⁵⁸ Kirkkolain kommentaarissa on todettu, ettei muuta kuin säädetyssä järjestyksessä kirkoksi rakennettua rakennusta saa vihkiä kirkoksi, koska toimitelta ”puuttuu kaikki oikeudellinen merkitys. Sen sijaan tällainen virheelinen menettely aiheuttaa aina myöhemmin epäselvyyttä ja hallinnollista hankaluutta”.⁵⁹ Kirkkohallituksen lausunnossa kirjoitetaan:

Kirkkohallituksen tiedossa on, että eräät seurakunnat ovat rakentaneet arkkitehtuuriltaan hyvinkin kirkkomaisia seurakuntataloja, joissa pidetään myös jumalanpalveluksia. Perussyynä tällaiselle menettelylle on ollut välttää valtioneuvostoon, nykyisin kirkkohallitukseen, ulottuva alistusvelvollisuus ja kirkkokategoriasta johtuvan muun normiston soveltaminen. Tällaiselle menettelylle ei sinänsä ole ollut ainakaan muodollista estettä, koska näissä seurakunnissa on vanhastaan kirkko.⁶⁰ Eräissä tapauksissa tällainen seurakuntatalo on vihitty kirkoksi, kuten kysymyksessä oleva Pääskylahden seurakuntatalo. Tämän lisäksi kir-

tusministeriön roolista vahvistusviranomaisena luovuttiin, kun nykymuotoiset kirkkolain rakennussuojelua koskevat säännökset tulivat voimaan 1.1.2014.

⁵⁷ Kirkkolakia ollaan paraikaa uudistamassa mm. alistusmenettelyn osalta. Uudistukseen, samoin kuin alistusmenettelyyn liittyviin kysymyksiin, palataan jäljempänä kirkollisten rakennusten muutostilanteiden käsittelyn yhteydessä.

⁵⁸ Uskonnonlisestä ja teologisesta näkökulmasta nimenomaan kirkoksi vihkiminen on merkityksellisempää kuin hallinnolliset rakentamispäätökset, ja kirkkojen vihkimisellä on hyvin kauas historiaan ulottuvat perinteet, ks. esim. Arkipiispa Johannes 1992, s. 43–44. Kirkoksi vihkiminen on sekin sinänsä ollut evankelis-luterilaisessa kirkossa (joskaan ei ortodoksisessa kirkossa) muodollisesti säänneltyä ja ollut sitä jo pitkään. Vuoden 1869 kirkkolain 296 §:n mukaan, ”ennenkuin uudesta-rakennetussa kirkossa ruvetaan jumalanpalvelusta pitämään, on se pispän, tahi kenän hän siihen määrää, sunnuntaina taikka juhlapäivänä ennen jumalanpalveluksen alkua, vihittävä tarkoitukseensa, niinkuin käsikirja säätää, ja tieto siitä seurakunnalle annettava kahdeksaa päivää ennen”. Voimassa olevan evankelis-luterilaisen kirkon kirkkojärjestyksen (1055/1993, KJ) 14:2:n mukaan uusi kirkko on vihittävä Jumalalle pyhitetyn huoneeksi. KJ 17:3:n mukaisesti myös hautausmaa ja siunauskappeli on vihittävä ennen kuin niitä ryhdytään käyttämään.

⁵⁹ Halttunen – Pihlaja – Voipio 2008, s. 127.

⁶⁰ Kirkkolain 14:1:n mukaan seurakunnalla siis tulee olla kirkko. Tämäkin on ollut vaatimuksena jo pitkään, jo vuoden 1869 kirkkolain 290 §:ssä säädettiin, että kussakin vakinaisessa seurakunnassa pitää oleman kirkko.

koksi on saatettu vihkiä seurakuntasali ja tuomiokapitulini istuntosalikiin. Edelleen maaseudulla sivukyylissä on voitu vihkiä kirkoiksi niin sanottuja kyläkirkkoja tai kappeleita. Yleisessä kielenkäytössä näitäkin rakennuksia kutsutaan kirkoiksi, joita siten on kahta kategoriata samasta nimityksestä huolimatta.⁶¹ Tästä on aiheutunut hallinnollista sekaannusta, kun peruste on unohtunut ajan kulumisen myötä tai rakennusta muutoin halutaankin ruveta pitämään kirkkolaissa tarkoitettuna kirkkona.

Näistä kahdesta kategoriasta siis kuitenkin vain toiseen kuuluvia voidaan pitää juridisesti kirkkoina, millä on ratkaiseva merkitys näiden kohteiden suojelua koskevan normiston valinnassa.

Myös kirkkolain rakennussuojelua koskevia säännöksiä säädettäessä todettiin, ettei kirkon käsite ole epäselvä.⁶² Tulkintaongelmia esitöissä sen sijaan nähtiin saattavan esiintyä siinä, mitä KL 14:2:ssä mainittu kirkkopihan käsitteää. Vanhemmassa rakennuskannassa kirkkopihan rajausta on selkeämpää kuin uudemmassa, jossa kirkko saattaa olla osa suurempaa rakennuskokonaisuutta. Viime vuosina rakennetut kirkolliset rakennukset ovat hallituksen esityksen mukaan entistä monikäyttöisempiä, ja kirkkopihaa ei käytännössä voida alueellisesti rajata lainkaan tai sen rajaaminen yksiselitteisesti on hankalaa.⁶³ Säännöksen perustelujen mukaan kirkkopihan välittömästi rajautuvat ja siihen olennaisesti vaikuttavat sivurakennukset eivät julkisivujensa osalta kuulu kirkkopihan.⁶⁴ Sen sijaan voidaan esitöiden mukaan katsoa, että kirkkopihalla mahdollisesti sijaitsevat rakennukset ja rakennelmat kuuluvat 2 momentissa tarkoitettuun kirkkopihan.⁶⁵ Suojeltaessa kirkollisia rakennuksia erillispäätöksin lieneekin syytä pyrkiä suojelupäätöksen yhteydessä samalla mahdollisimman tarkasti kuvaamaan ja perustelemaan, mikä on kirkkopihan ja samalla kirkkolain mukaisen suojelun ulottuvuus. On kuitenkin huomattava, että kun kirkkolain sääntelyn piiriin kuuluvat kohteet on määritely laissa, ei suojelupäätöksen tekijällä ole toimivaltaa määrittellä suojelun kohteita poiketen lakien välisen työnjaon määrittelevistä säännöksistä. Esimerkiksi kirkkopihan käsitettä ei näin ollen ole mahdollista laajentaa erillispäätöksellä.

⁶¹ Ks. myös Lehtimäki – Lyytinen 2015, s. 6, jossa todetaan, että ”[e]vankelis-luterilaiset seurakunnat käyttävät vakiintuneita erisnimiä ja nimityksiä kirkoistaan, siunauskappeleistaan ja kappeleistaan. Nimitys voi kuitenkin poiketa rakennuksen virallisesta statuksesta.”

⁶² HE 96/2013 vp, s. 13.

⁶³ HE 96/2013 vp, s. 9–10.

⁶⁴ Ks. myös jäljempänä käsitelty Seinäjoen Lakeuden Ristiä koskenut julkaisematon ratkaisu KHO 3.10.2002 T 2365, joka on saattanut vaikuttaa myös tässä viitatuun hallituksen esityksen sisältöön.

⁶⁵ HE 96/2013 vp, s. 13.

Kirkkojärjestyksen 14:3:n mukaan seurakunnalla voi olla jumalanpalvelusten pitämistä, muuta hartauselämää ja kirkollisia toimituksia varten kappeleita. KL 14:2:ssä mainitut siunaus- ja hautakappelit sijaitsevat nimenomaan hautausmaalla tai hautausmaan yhteydessä. Muut kappelit eivät lähtökohtaisesti ole kirkkolain tarkoittamia kirkollisia rakennuksia. *Siunauskappeli* on suunniteltu yhtä tiettyä kirkollista toimitusta, haetaan siunaamista, varten, ja se sisältää vainajan säilyttämiseen, siunaamiseen ja hyvästelemiseen tarkoitettuja tiloja. Siunauskappeleita koskien kirkkoja vastaava päätöksentekomenettely on ollut voimassa vuoden 1964 kirkkolain (635/1964) säätämisestä lähtien. Siunauskappeli rakennustyyppinä syntyi jo 1800-luvun puolella, mutta valtaosa siunauskappeleista on 1900-luvun jälkipuolen rakennusperintöä.⁶⁶ Näin ollen ne ovat vain harvoin suoraan lain nojalla suojeltuja. Siunauskappeleita ei ole kirkkohallituksen erillispäätöksillä suojeltu.⁶⁷

Hautakappelit puolestaan eivät ole lainkaan kirkkojärjestyksen tarkoitettamia kappeleita, vaan ne ovat alun perin kirkossa olleita hautoja korvaneita säätyläisten, suurtilallisten tai viranhaltijoiden itselleen ja jälkeläisilleen hautapaikaksi rakennuttamia pieniä rakennuksia. Osa niistä on edelleen omistajasukujensa hallussa, ja niitä käytetään urnahautauksiin, vaikka monet niistä kuuluvat nykyisin seurakunnille.⁶⁸ Nuorimmat hautakappelit on rakennettu 1900-luvun alkupuolella, joten aivan kaikki hautakappelit eivät ole ikänsä puolesta suoraan kirkkolain nojalla suojeltuja.⁶⁹

Kirkollisia rakennuksia ovat KL 14:2:n mukaan myös hautausmaalla olevat kirkkoihin, kellotapuleihin ja siunaus- ja hautakappeleihin *rinnastettavat* rakennukset. Kaikki hautausmaalla sijaitsevat rakennukset eivät

⁶⁶ Lehtimäki – Lyytinen 2015, s. 6, 39–40, 91.

⁶⁷ HE 96/2013 vp, s. 3, Museovirasto 2020, s. 12.

⁶⁸ Museovirasto 2015, s. 8, 32, Museovirasto 2003, s. 13.

⁶⁹ Hautapaikkoja koskeva sääntely sisältyy KL:n ja OKL:n ja niiden nojalla annettujen kirkkojärjestysten lisäksi hautausoimilakiin (457/2003). Hautausoimilain 3 §:ssä evankelis-luterilaisen kirkon velvollisuudeksi on säädetty yleisten hautausmaiden ylläpito. Kuitenkin myös ortodoksisen kirkon seurakunta, valtio, kunta tai kuntayhtymä voi lain 7 §:n mukaan ylläpitää hautausmaata. Nykyään hautaoikeus on määrääaikainen (KL 17:2.2:n ja ortodoksisen kirkon kirkkojärjestyksen 174/2006, OKJ, 125 §:n mukaan lähtökohtaisesti enintään 50 vuotta), mutta myös niin sanottuja ainaishautoja voi edelleen olla. KL 17:5:n ja OKL 84 §:n mukaan haudat on pidettävä hautausmaan arvoa vastaavasti hoidettuina ja haudan hoidosta vastaa lähtökohtaisesti hautaoikeuden haltija. Mikäli hoito laiminlyödään, hautaoikeus voidaan menettää. KJ 17:12:n mukaan, jos hautaoikeus on lakannut ja haudalla on taiteellisesti tai historiallisesti arvokkaita rakennelmia tai muistomerkkejä, joita ei voida pitää paikallaan, ne on asetettava sopivaan paikkaan hautausmaalla tai muulla tavoin huolehdittava niiden säilyttämisestä. Tätä säännöstä ei kuitenkaan sovelleta KL 14:2:n tarkoitamiin hautakappeleihin, Halttunen – Pihlaja – Voipio 2008, s. 414. OKL tai OKJ ei sisällä vastaavaa säännöstä.

kuulu kirkollisen rakennuksen määritelmään, vaan niiden tulee ”rinnastua” lainkohdassa mainittuihin rakennuksiin. Esimerkiksi ruumishuoneita ja -kellareita ei lähtökohtaisesti ole pidetty kirkollisina rakennuksina, vaikka ne saattavat olla huomattavia maisemallista ja kulttuurihistoriallista merkitystä omaavia tekijöitä kirkkopihassa ja hautausmaalla.⁷⁰ Siltä osin kuin ne eivät kuulu kirkkolainsäädännön suojelun piiriin, ne voidaan suojella pääsääntöisen rakennussuojelun mekanismein kaavalla tai RakPL:n mukaisella päätöksellä.

Hautausmailla onkin niiden moninaisiin käytännön toimintoihin tarvittavaa rakennuskantaa. Ruumishuoneina toimivat aiemmin maakellarit, nykyisin koneellistetut vainajakylmiöt. Hautausmaan yhteydessä voi olla krematorio, ja siunauskappeli, vainajakylmiö ja krematorio muodostavat usein arkkitehtonisesti viimeistellyn kokonaisuuden. Joillakin vanhoilla hautausmailla saattaa olla myös ruumishuoneina toimineita parihuoneita, ruumiinavauksissa käytettyjä leikkuuhuoneita ja luuhuoneita, joissa aikaisemmin säilytettiin haudattujen vainajien luita.⁷¹ Niihin voi sisältyä merkittäviä kulttuurihistoriallisia arvoja. Esimerkiksi luuhuoneita voidaan pitää lainkohdassa mainittuina, erityisesti hautakappeleihin rinnastuvina kirkollisina rakennuksina.⁷² Erilaiset huolto- ja toimistorakennukset sen sijaan eivät sellaisia ole, vaikka niihinkin erityisesti vanhemmilla hautausmailla saattaa sisältyä kulttuurihistoriallisia arvoja.

Krematoriot ja vastaavat toiminnot toisaalta *sisältyvät* käytännössä usein siunauskappeliin.⁷³ Tällaisia eri funktioita täyttäviä osia on myös saatettu lisätä siunauskappeleihin myöhemmin.⁷⁴ Tällöinkin ne ovat osa siunauskappelia ja niihin sovelletaan, mitä kirkollisista rakennuksista säädetään. Joissakin tapauksissa saattaa silti olla tulkinnanvaraista, onko tällaiset toiminnot luettava kuuluviksi siunauskappelikokonaisuuteen. Tulkinnassa voidaan tällaisissa tilanteissa huomioida myös sääntelyn tavoitteet. KL 14:5.1:n mukaan kirkollisen rakennuksen suojelun tavoitteena on turvata kirkollinen rakennettu kulttuuriympäristö osana kulttuuriperintöä, vaalia sen ominaisuutensa ja erityispiirteitä sekä edistää sen kulttuurisesti kestävää hoitoa ja käyttöä. Laajemmassa tarkastelussa kyse on PL 20 §:n

⁷⁰ Ks. Museovirasto 2015, s. 32.

⁷¹ Museovirasto 2015, s. 34. KJ 17:2:n mukaisesti hautausmaalla tai muualla sopivassa paikassa tulee olla säilytystila vainajia varten ja seurakunnalla voi olla krematorio.

⁷² Hyvin iäkkäiden rakenteiden osalta on aina tarpeen tunnistaa myös mahdollinen muinaismuistolain soveltaminen.

⁷³ Lehtimäki – Lyytinen 2015, s. 15, 25–31.

⁷⁴ Ks. esim. Lehtimäki – Lyytinen 2015, s. 34–38.

mukaiseen ympäristöperusoikeuteen sisältyvästä kulttuuriperinnön säilyttämiseen liittyvästä vastuusta.

Koska kirkollisen rakennuksen tulkinta kuitenkin merkitsee aina myös kannanottoa suojelussa sovellettavaan lakiin ja näin kyse on samalla suojelusta päättävien viranomaisten toimivallasta, edellyttää tulkinta tiettyä varovaisuutta. Toimivaltarajojen jäykkyys merkitsee, ettei viranomainen voi puuttua muun viranomaisen päätösvaltaan ratkaisemalla sen toimivaltaan kuuluvan asian tai määräämällä, millainen päätös toisen viranomaisen on asiassa tehtävä. Tähän liittyvä päätöksen asiakohtaisuuden periaate merkitsee muun ohella, että päätöksellä on mahdollista ratkaista vain asia, joka juuri kyseistä lupaa koskevien toimivaltasäännösten mukaan kuuluu viranomaisten ratkaistavaksi.⁷⁵ Laajemmin kyse on PL 2.3 §:ssä ilmaistusta hallinnon lainalaisuudesta. Eri lakien soveltamisalaan kuuluvien kokonaisuuksien suojelun onnistuminen edellyttää käytännössä toimivaa viranomaisyhteistyötä.

Useamman normiston mukaisen suojelun yhteensovittamista tarvitaan väistämättä laajempien rakennuskokonaisuuksien suojelussa, kun on kyse osin kirkollisista rakennuksista. Korkeimman hallinto-oikeuden julkaisemattomassa ratkaisussa KHO 3.10.2002 T 2365 oli kyse kirkkolain mukaisen suojelun ulottuvuudesta koskien Alvar Aallon suunnittelemaa Seinäjoen Lakeuden Ristiä ja sen yhteyteen hieman myöhemmin rakennetun ja kirkon kanssa merkittävän kokonaisuuden muodostavaa seurakuntakeskusta.⁷⁶

Ratkaisu kuvaa suojelujärjestelmän palapelimäisyyttä, sillä asiassa oli kyse silloisen rakennussuojelulain mukaisesta väliaikaisesta toimenpidekiellosta (nykyisin RakPL 6 §:n mukainen vaarantamiskielto), jonka alueellinen ympäristökeskus oli asettanut Aalto-keskukseen kuuluvia kaupungintaloa, kirjastotaloa, teatteritaloa, seurakuntakeskusta ja seurakunnan talousrakennusta koskien. Samalla ympäristökeskus oli siirtänyt asian valtion omistaman virastotalon osalta toimivaltaiselle ympäristöministeriölle ja Lakeuden Ristin osalta kirkkohallitukselle. Seurakunta valitti päätöksestä sillä perusteella, että kirkollisen rakennuksen käsite

⁷⁵ Mäenpää 1992, s. 193. Toimivaltarajojen jäykkyyttä koskevan opin keskeinen sisältö on tiivistäen ilmaistuna se, että kullakin viranomaisella on itsenäinen toimivalta. Korte 2015, s. 2.

⁷⁶ Kirkot ovat vuosisatoja olleet arvostettuja suunnittelukohteita, ja myös kirkollisten rakennusten arkkitehtuurikilpailuilla on ollut oma suuri merkityksensä. Erityisen suuri merkitys kirkollisella rakentamisella on ollut suomalaisen arkkitehtuurin muutoksessa, luovuudessa ja sen kansainvälisessä kuvassa 1950-luvulta lähtien. SiVL 16/2013 vp, s. 2. Myös Lakeuden Risti valittiin toteutettavaksi arkkitehtikilpailulla.

sisälsi rakennuksen lisäksi myös pihan ja pihaa muodostavat rakenteet ja seurakuntakeskus oli keskeinen osa kirkkokompleksia.

Valituksen mukaan käynti Seinäjoen Lakeuden Ristin pääovelle muodostui loivasti terassoidusta monumentaalipihasta, jonka portti muodostui kirkkorakennuksen seurakuntakeskussiivistä. Seurakuntakeskussiiven lisäksi monumenttipihan hahmoa muodosti kirkon erillinen tapuli. Seurakuntakeskuksen rakennukset ja kirkko oli rakennettu elimellisesti yhteen. Seurakuntakeskuksesta oli sisäinen kulkuyhteys kirkkoon, ja rakennuksilla oli myös yhteinen lämmityskeskus. Alvar Aallon kypsän kauden tuotannolle oli valituksen mukaan ominaista rakennuksen ja ulkoalueiden suunnitteleminen yhdeksi kokonaisuudeksi, jossa rakennuksen estetiikka alkoi jo ulkoalueiden sommitelmasta. Seurakuntatila- siiven tai pihan irrottaminen sommitelman muista osista olisi valituksen mukaan ollut ristiriidassa valtakunnallisesti merkittävien suojelutavoit- teiden kanssa.

Ympäristökeskuksen asiassa antaman lausunnon mukaan seurakunta- keskusta ja talousrakennusta ei voitu niiden käyttötarkoituksista johtuen pitää kirkkolain tarkoittamina kirkollisina rakennuksina, vaikkakin rakennukset sijaitsivat samassa korttelissa kirkon kanssa. Seurakuntakes- kukseen oli ollut sijoitettuna seurakunnan hallinto ja erinäisiä muita ti- loja. Hallinnon muutettua Aalto-keskuksesta uusiin toimitiloihin seura- kuntakeskusta oli oltu saneeraamassa osin uuteen käyttötarkoitukseen, ei kuitenkaan kirkollisiksi tiloiksi. Talousrakennukseen oli ollut sijoitet- tuna seurakunnan talonmiehen asunto.

Ratkaisussa korkein hallinto-oikeus totesi, että kirkkopihaa rajoitta- vat seurakuntakeskus ja taloushallinnon rakennus eivät kuuluneet kir- kollisen rakennussuojelun vaan tuolloin voimassa olleen rakennussuojelu- lain piiriin. Korkein hallinto-oikeus viittasi ratkaisunsa varsin niukoissa perusteluissa vain lain sanamuotoon ja siihen, ettei kirkollisten raken- nusten joukossa kirkkolain mukaan ollut seurakuntakeskusta eikä seura- kunnan talousrakennusta. Tämä on sinänsä ollut kuitenkin myös lain- säätäjän nimenomainen tarkoitus, sillä myös vuoden 1993 kirkkolain esitöissä todettiin, ettei kirkollisiksi rakennuksiksi ole säännöksessä määritelty rukoushuoneita, virkataloja, seurakuntataloja ja leirikeskuk- sia. Käytännössä seurakuntakeskus paljolti rajasi kirkkolain soveltamis- alaan sisältyvän kirkkopihan. Lainsäädäntö tällaisessa tilanteessa on varsin yksiselitteinen, joskin suojelun käytännön toteuttamisen kannalta pirstaleinen.⁷⁷

⁷⁷ Tässä tapauksessa kirkko ja seurakuntakeskus ovat osa vielä laajempaa, kokonaisuudes- saan RKY-inventointiin sisältyvää Alvar Aallon suunnittelemaa kulttuuri- ja hallintokes- kusta. Keskuksen muut rakennukset on sittemmin suojeltu rakennussuojelulain mukaisesti siitä huolimatta, että ne sijaitsivat asemakaava-alueella.

Suojelua merkitsevissä erillispäätöksissä on tältäkin osin syytä täsmällisesti kuvata ja myös perustella se, mitkä rakennukset on katsottu kirkollisiksi rakennuksiksi. Eri säädösten soveltamisalarajat saattavat synnyttää tarpeen käsitellä määritelmän ulkopuolelle jäävien rakennusten suojelukysymyksiä joko kaavoituksessa taikka rakennusperintölain mukaisessa menettelyssä. Tällaisen suojelupalapelin kokoamisessa on tärkeää, ettei epäselvyyksiä kohteiden suojelustatuksesta ja niihin sovellettavasta lainsäädännöstä synny.

Kirkkolain 14:2:n mukaan siis myös kirkkopihaan, sen ja hautausmaan aitaan ja porttiin sekä sankarihautausmaahan sovelletaan, mitä kirkollisista rakennuksista säädetään. Näin kirkkopiha itsessään on mahdollisen kirkollisen rakennuksen suojelun piirissä, hautausmaiden osalta ainoastaan hautausmaan aidat, portit ja sankarihautausmaat (eikä siis hautausmaa itsessään).⁷⁸ Sankarihautausmaita koskeva muutos tehtiin vuoden 2013 lainmuutoksen yhteydessä, ja perusteena oli keskeisesti näiden alueiden ja niiden muistomerkkien kulttuurihistoriallinen merkitys ja arvo.⁷⁹ Aiempia säännöksiä oli tulkittu siten, että sankarivainajien hauta-alueen sijaitseminen suojellulla kirkkopihalla saattoi myös hauta-alueen muistomerkkeineen suojelun piiriin. Jos hauta-alue sen sijaan sijaitsi hautausmaalla, hauta-alue muistomerkkeineen ei ollut suojelun piirissä.⁸⁰ Muutoksella sankarihautausmaat niiden sijainnista riippumatta saatettiin saman lain sääntelyn piiriin.

Lukuisat hautausmaat on (kirkkoympäristöjen ohella, joihin ne eivät aina liity) tunnistettu valtakunnallisesti merkittäviksi kulttuurihistoriallisiksi ympäristöiksi Museoviraston rakennettuja kulttuurihistoriallisia ympäristöjä koskevassa valtakunnallisessa inventoinnissa (RKY), jolla on erityisesti MRL 22 §:n tarkoittamien valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden kautta erityinen asema maankäyttöä koskevassa päätöksenteossa. Kaavoituksessa tällaisten alueiden arvot on huomioitava.⁸¹ Ne saattavat myös olla joissain tapauksissa osa MRL:n mukaisia

⁷⁸ Hautausmaiden kehityksestä ja kulttuurihistoriallisesta merkityksestä yleisesti ks. Museovirasto 2015, s. 7–15.

⁷⁹ Hallituksen esityksessä todettiin, että sotavuosina 1939–1945 sotavainajat pyrittiin hautaamaan kotipaikkakuntansa hautausmaahan, mikä oli kansainvälisestikin harvinainen käytäntö. Sankarivainajille järjestettiin yhtenäisiä hauta-alueita kirkkopihaan tai kunniapaikalle hautausmaalle. Alueiden ja muistomerkkien suunnitteluun osallistuivat maamme eturivin arkkitehdit ja taiteilijat; HE 96/2013 vp, s. 10.

⁸⁰ HE 96/2013 vp, s. 10.

⁸¹ Valtioneuvoston valtakunnallisia alueidenkäyttötavoitteita koskevassa päätöksessä 14.12.2017 todetaan, että suomalaisen kulttuuriympäristön kokonaisuus perustuu viranomaisten laatimiin valtakunnallisiin inventointeihin, jotka koskevat valtakunnallisesti

kansallisia kaupunkipuistoja, kuten esimerkiksi Porissa, jossa Käppärän hautausmaalle sijoittuu myös huomattavia hautausmaiden kirkollisia rakennuksia. Nämä kansalliseen kaupunkipuistoon kuuluvat hautausmaat sisältyvätkin myös RKY-inventointiin.⁸²

Kirkkolakia ollaan paraikaa uudistamassa. Vuonna 2019 eduskunnalle annetuissa hallituksen esityksissä kirkollisten rakennusten suojelua koskeviin säännöksiin ei esitetty merkityksellisiä muutoksia. Tuolloisen esityksen mukaan kirkkolain 14 luvun rakennussuojelua koskevat säännökset ehdotettiin siirrettäväksi pääosin sellaisenaan ehdotettuihin 3 luvun 21–27 §:ään, ja käytännössä ainoastaan säännösten sijainti ja joiltakin osin otsikointi olisi muuttunut.⁸³ Silloisiin esityksiin sisältyi kuitenkin ongelmia perusoikeusnäkökulmasta, ja johtuen kirkkolain erityisestä säätämisyjärjestyksestä hallintovaliokunta keskeytti esityksen käsittelyn, kun perustuslakivaliokunnan mukaan lakiehdotusta ei voitu käsitellä ehdotetussa lainsäätämisyjärjestyksessä.⁸⁴ Kirkkohallitus on tämän jälkeen antanut kirkolliskoukselle kirkkolain kokonaisuudistusta koskien esityksen, johon sisältyy useita huomionarvoisia muutoksia myös kirkkolain rakennussuojelua koskeviin säännöksiin. Edellä kuvattua kirkollisen rakennuksen määritelmää koskien sääntely on säilymässä asiallisesti samana, mutta muun ohella

arvokkaita maisema-alueita, valtakunnallisesti merkittäviä rakennettuja kulttuuriympäristöjä ja valtakunnallisesti merkittäviä arkeologisia kohteita. Alueidenkäytössä on tarpeen tunnistaa nämä alueet ja ottaa ne huomioon siten, että niiden arvot turvataan. Valtioneuvosto päättää valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden mukaisten inventointien korvaamisesta uusilla inventoinneilla. Nykyistä, vuonna 2009 tarkistettua inventointia koskeva mainittu valtioneuvoston päätös on annettu 22.12.2009.

Tämä valtakunnallisten inventointien huomioiminen ei sinänsä takaa näiden alueiden säilymistä muuttumattomina. Ks. valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden ja RKY-inventoinnin merkityksestä erilaisten kilpailevien ja usein vaikeasti yhteensovittavien intressien leimaamassa kaavapäätöksenteossa esim. vuosikirjaratkaisut KHO 2016:59, KHO 2018:144, KHO 2018:151 ja KHO 2019:137.

⁸² MRL 68 §:n mukaan kaupunkimaiseen ympäristöön kuuluvan alueen kulttuuri- tai luonnonmaiseman kauneuden, luonnon monimuotoisuuden, historiallisten ominaispiirteiden tai siihen liittyvien kaupunkikuvallisten, sosiaalisten, virkistysellisten tai muiden erityisten arvojen säilyttämiseksi ja hoitamiseksi voidaan perustaa kansallinen kaupunkipuisto. Kansalliseen kaupunkipuistoon voidaan osoittaa alueita, jotka tämän lain mukaisessa kaavassa on osoitettu puistiksi, virkistys- tai suojelualueeksi, arvokkaaksi maisema-alueeksi tai muuhun kansallisen kaupunkipuiston tarkoituksen kannalta sopivaan käyttöön. Puistoon osoitetaan ensi sijassa kunnan, valtion tai muun julkisyhteisön omistuksessa olevia alueita. MRL 70.1 §:n mukaan puiston perustamispäätökseen voidaan kunnan suostumuksella ottaa alueen olennaisten arvojen säilyttämiseksi tarpeellisia määräyksiä. Muut alueen hoidon ja käytön kannalta tarpeelliset määräykset annetaan hoito- ja käyttösuunnitelmassa, jonka kunta laatii.

⁸³ HE 19/2019 vp, s. 36, ks. HE 93/2019.

⁸⁴ Ks. PeVL 4/2020 vp, s. 6–11.

kirkollisia rakennuksia koskevaan päätöksentekoon liittyvä alustusmenettely olisi esityksen mukaan korvautumassa lupamenettelyllä, jonka ala olisi niin ikään joiltakin osin muuttumassa.⁸⁵ Kirkkohallituksen esityksen mukaisia muutoksia käsitellään jäljempänä erityisesti kirkollisten rakennusten ja niiden suojelustatuksen muutosten käsittelyn yhteydessä.

3.2 Kirkolliset rakennukset ortodoksisesta kirkosta annetun lain mukaan

Ortodoksisesta kirkosta annetun lain rakennussuojelua koskeva sääntely on huomattavasti niukempaa kuin kirkkolain.⁸⁶ Vuoden 2006 ortodoksisesta kirkosta annettuun lakiin saakka ortodoksisen kirkon rakennusten suojele perustui kokonaan yleisiin rakennussuojelua koskeviin normistoihin. Kysymys erityissääntelystä oli sinänsä ollut esillä aiemminkin.⁸⁷

Ortodoksisesta kirkosta annetussa laissa kirkollisen rakennuksen käsitettä ei käytetä sellaisenaan lainkaan, vaan OKL 116–117 §:n rakennussuojelua koskevissa säännöksissä viitataan *kirkkoihin* ja *rukoushuoneisiin*. Lain esitöissä kuitenkin puhutaan näiden pykälien yhteydessä nimenomaan kirkollisista rakennuksista, ja OKL:n mukaisen sääntelyn soveltamisala suhteessa rakennusperintölakiin määrittyy sen mukaan, mitkä kirkolliset rakennukset sen mukaan joko ovat suojeltuja taikka voidaan suojella lain nojalla. Muut rakennukset kuuluvat rakennusperintölain soveltamisalaan.

Soveltamisalaan kuuluvien kohteiden piiri näyttää ensi katsomalta evankelis-luterilaisen kirkon kirkollisia rakennuksia suppeammalta sisältäessä ainoastaan kirkot ja rukoushuoneet. OKL:n tarkoittama rukoushuone vastaa kuitenkin sisällöltään evankelis-luterilaisen kirkkolain kappelin käsitettä. Tätä kautta sen ala on kohtuullisen laaja, sillä likikään kaikki evankelis-luterilaisen kirkon kappelit eivät ole KL:n määritelmän mukaan kirkollisia rakennuksia.

Myös ortodoksisen kirkon piirissä säännöksiä nimenomaan kirkkojen rakentamisesta on ollut jo pitkään. Kirkon rakentamista koskevat asiat kä-

⁸⁵ Kirkkohallituksen esitys 10/2020 kirkolliskokoukselle, esim. s. 1–2.

⁸⁶ Evankelis-luterilaisen kirkon kirkkolakiuudistusta koskevassa lausunnossa perustuslakivaliokunta mainitsi, että ehdotettu kirkkolaki on hyvin yksityiskohtainen verrattuna esimerkiksi lakiin ortodoksisesta kirkosta; PeVL 4/2020, s. 2. Kirkkolain sääntely on sinänsä perinteisestikin ollut hyvin yksityiskohtaista, esimerkiksi vuoden 1869 kirkkolaissa oli jo alun alkaen 461 pykälää.

⁸⁷ Ks. Siitari-Vanne 1994, s. 61.

siteltiin kuitenkin ennen vuotta 1969 nimenomaan seurakuntien tasolla. Rukoushuoneita koskien ei sääntelyä ollut.

5 päivänä maaliskuuta 1883 annetun, erinäisiä määräyksiä papistosta ja kirkoista kreikkalais-venäläisissä seurakunnissa Suomessa sisältävän asetuksen (12/1883) 22 §:ssä säädettiin, että kirkkojen rakentaminen ja kunnossa pitäminen kreikkalais-venäläisiä uskontunnustajia varten Suomessa sekä näitten kirkkojen tarvekapineitten hankkiminen on asianomaisten kirkkoseurakuntien velvollisuutena yleisestä laista ja siihen kuuluvista asetuksista säädettyin perusteitten mukaan.⁸⁸ Edelleen asetuksen 23 §:n mukaan kunkin seurakunnan jäsenten pitää vuotuisilla keräyksillä ennakolta hankkia itselleen varoja kirkkonsa kunnossa pitämiseen ja laajentamiseen, kun se tarpeelliseksi tulee. Jos kirkko on uudestaan rakennettava, laajennettava tahi muuten melkoisesti parannettava, ennen kuin ne varat, jotka seurakunta siten on kokoon kerännyt, siihen riittävät, tehkään pastorin huolenpidosta asianymmärtävä henkilö täydellisen ehdotuksen siihen tarkoitukseen tarvittavista aineista, työstä ja kustannuksista, jonka pastori esittääkään seurakunnan jäsenille yleisessä kirkonkokouksessa, keskustelua varten varain hankkimisesta ja kustannusten suorittamisesta, jonka jälkeen asian kanssa edelleen menettellään sillä tavoin kuin siitä erittäin säädetty on.

Vuonna 1918 säädettyssä asetuksessa Suomen kreikkalaiskatolisesta kirkosta ja sen voimaanpanoasetuksessa (185/1918, vuoden 1918 asetus) säädettiin, että seurakunnankokouksen asiana oli voimassa olevien asetusten mukaan käsitellä asioita, jotka koskivat muun ohella kirkon ja pappilan rakentamista ja kunnossapitämistä ja hautausmaan perustamista ja kunnossapitämistä (vuoden 1918 asetuksen 216 §).⁸⁹ Tämä tehtävä oli mahdollista antaa asetuksen 228 §:n nojalla myös seurakunnanvaltuustolle.⁹⁰

Aiemmassa laissa ortodoksisesta kirkkokunnasta (521/1969, vuoden 1969 laki) säädettiin, että hautausmaan perustamista tai *kirkon* rakentamista ja sellaista korjaamista, joka merkitsee olennaista muutosta kirkon ulkoi- tai sisäasuun, koskeva seurakunnanvaltuuston päätös oli toimitettava kirkollishallituksen tutkittavaksi. Jos kirkollishallitus hyväksyi päätöksen, oli asia alistettava opetusministeriön vahvistettavaksi. Voimassa olevan OKL

⁸⁸ Ks. mainitusta asetuksesta ja sen säätämisaikajankohdan yhteiskunnallisesta tilanteesta Nokelainen 2010, s. 45–49.

⁸⁹ Ks. asetuksen säätämisestä ja sisällöstä Nokelainen 2010, s. 130–141.

⁹⁰ Asetusta uudistettiin vuosina 1925 (asetus vuonna 1918 annetun asetuksen ja sen voimaanpanoasetuksen muuttamisesta, 47 ja 48/1925) ja 1953 (asetus ortodoksisesta kirkkokunnasta, 206/1953), mutta näiden asetusten sääntely vastasi tältä osin käytännössä vuoden 1918 asetusta.

98 §:n mukaan seurakunnanvaltuuston tai luostarin johtokunnan päätös on alistettava kirkollishallituksen vahvistettavaksi, ennen kuin päätös saadaan panna täytäntöön, jos päätös koskee *kirkon tai rukoushuoneen* rakentamista, purkamista tai sitä olennaisesti muuttavaa korjaamista koskevan suunnitelman hyväksymistä taikka kirkon tai rukoushuoneen käyttämättä jättämistä. Rukoushuoneiden osalta kirkkoja vastaava päätöksentekomenettely siis tuli käyttöön vasta vuonna 2006.

Lähtökohtaisesti vastaavanlainen kysymys kirkon määrittelystä suhteessa muihin rakennuksiin ei ortodoksisen kirkkolain piiriin kuuluvien rakennusten rajanvedossa aktualisoidu samalla tapaa kuin edellä evankelis-luterilaisen kirkon osalta siksi, että rajankäynti tapahtuu käytännössä erityisesti suhteessa rukoushuoneisiin, jotka OKL:n piirissä kuuluvat saman lainsäädännön soveltamisalaan. Raja lainvalinnassa on näin ollen muualla, ja vaikka kirkkojen osalta voitaisiin periaatteessa edellyttää KL:n tapaista erityistä hallintopäätöstä, ei asia ole OKL:n piirissä ylipäätään vastaavalla tavalla relevantti. Kirkon ja rukoushuoneen välistä eroa joudutaan kuitenkin käsittelemään jäljempänä suojelun sisältöä tarkasteltaessa.

Rukoushuoneita koskien ei lainsäädäntö siis ole sisältänyt erityistä niitä koskevaa päätöksentekomenettelyä kuin vasta nykyisen OKL:n voimaantulosta lähtien. Näin ollen yksittäistapauksellista tulkinnanvaraa voidaan ajatella mahdollisesti syntyvän siitä, onko kyse rukoushuoneesta vaiko ei. Vaikka ne eivät ole kirkkoja, ne monissa, joskaan eivät millään muotoa kaikissa, suhteissa rinnastuvat kirkkoihin.⁹¹

Kirkot ja rukoushuoneet ovat nimenomaan paikkoja pyhille toimituksille. Varsinaisia liturgioita ei kuitenkaan lähtökohtaisesti ole tarkoitettu pidettäväksi kuin kirkoissa, jotka poikkeavat rukoushuoneista rakenteeltaan erityisesti siten, että kirkot sisältävät alttarin, joka on erotettu kirkkosalista ikonostaasilla, ja kirkon alttariin sisältyy pyhänjäännös, jollaista rukoushuoneessa ei ole.⁹² Ortodoksisen kirkon ja rukoushuoneen välillä on näin lähtökohtaisesti tunnistettavia eroja. Kirkot on vihitty nimenomaan kir-

⁹¹ OKJ 79 §:n mukaan kirkkoa käytetään OKL 44 §:n mukaisten seurakunnan tehtävien toteuttamiseen, ja kirkon käyttöä koskevat säännökset koskevat myös rukoushuoneen käyttöä. OKL 44 §:n mukaan toteuttaakseen kirkon tehtävää alueellaan seurakunta huolehtii pyhistä toimituksista, ortodoksisesta kasvatuksesta ja opetuksesta, diakonia- ja hyväntekeväisyystyöstä sekä muista kristilliseen sanomaan perustuvista julistus- ja palvelutehtävistä. OKJ 1 §:n mukaan kirkon pyhiä toimituksia ovat jumalanpalvelukset sekä sakramentit ja muut toimitukset. Pyhiä toimituksia toimitetaan Raamatun, ortodoksisen kirkon perinteen, kannonien ja muiden kirkollisten sääntöjen mukaan kirkossa, rukoushuoneessa ja tarvittaessa muussa toimitukseen sopivassa paikassa.

⁹² Ks. esim. Arkkipiispa Johannes 1992, erit. s. 45–47, jossa kirkkoja ja rukoushuoneita myös kuvataan (s. 40) ”eriateisesti” pyhiksi tiloiksi.

koiksi, mutta sekä rukoushuoneet että kirkot pyhitetään ortodoksisen perinteen mukaisesti. Kirkoista ja rukoushuoneista tulee sellaisia siis lopulta ortodoksisen perinteen mukaisen riitin kautta. Näin ollen kysymys siitä, onko kyse rukoushuoneesta, ratkeaa käytännössä erityisesti nykyistä OKL:ia edeltävän ajan osalta muulla tavoin kuin kansalliseen lakiin perustuvien, rakentamista koskevien päätösten kautta.⁹³ Kun tieto rukoushuoneista lienee yleisesti ottaen varsin kattavaa, ei kysymys aiheuttane useinkaan ongelmia.⁹⁴

4 KIRKOLLISTEN RAKENNUSTEN SUOJELUN SISÄLTÖ

4.1 Kirkkolain säännökset suojelusta

Kirkkolain soveltamisalan piiriin kuuluvien rakennusten suojelusta on ollut erityissäätelyä vuoden 1964 kirkkolaista lähtien, joskin se on ollut sangen epämääräistä aina vuoden 1993 kirkkolakiin asti.⁹⁵ Vuoden 1964 kirkkolain 338 § sisälsi viittauksen silloisen rakennussuojelulainsäädännön (laki kulttuurihistoriallisesti huomattavien rakennusten suojelusta 572/1964) säännöksiin, ja lakia pidettiin erityislakina kirkollisten rakennusten, joita ei kuitenkaan ollut laissa mitenkään määritelty, osalta. Ongelmat tunnistettiin varsin pian, mutta ne saivat osittaisen ratkaisunsa lopulta vasta vuoden 1993 kirkkolain säätämisen myötä.⁹⁶ Vuoden 2013 merkittävien täydennysten seurauksena suojelusäätelyn tilanne on tässä kuvatus kaltainen.⁹⁷

⁹³ Myös kanoninen oikeus sisältää ortodoksisia kirkollisia rakennuksia koskevia määräyksiä. Esimerkiksi neljännen ekumeenisen kirkolliskokouksen neljännessä säännössä määrätään, että kukaan ei kaupungin piispan suostumuksetta saa mihinkään rakentaa tai perustaa luostaria tai rukoushuonetta. Määräys on vuodelta 451, ja sillä on oma historiallinen kontekstinsa; ks. Ortodoksisen kirkon kanonit selityksineen 1980, s. 247–248. Kanoniset säännöt ja niiden tulkinta jäävät tämän artikkelin tarkastelujen ulkopuolelle.

⁹⁴ Ortodoksisen kirkon pyhäkköjä osana suomalaista kulttuurimaisemaa ja -perintöä on kulttuurimaantieteellisestä näkökulmasta tutkinut Raivo 1996. Tutkimuksen liitteinä on esitetty yhtäältä (sen aikaisten rajojen mukaisen) Suomen ortodoksiset pyhäköt vuoden 1939 alussa ja vastaavat kohteet ja lisäksi eräitä muita rakenteita vuonna 1996. Tutkimuksesta käy ilmi muun ohella se, onko kyse kirkosta vai rukoushuoneesta ja onko kyse kirkosta, joka on toiminut rukoushuoneena ennen kirkoksi vihkimistä.

⁹⁵ Jo tuolloin kuitenkin omaksuttiin se periaatteellinen linjaus, että kirkkolain suojelusäännökset vastaisivat yleisiä rakennussuojelua koskevia säännöksiä, ks. HaVM 15/2013 vp, s. 2.

⁹⁶ Ks. Siitari-Vanne 1994, s. 59–62.

⁹⁷ Muutosten tavoitteiksi ilmaistiin säännösten selkeyttäminen, täsmentäminen ja ajanta-

Kirkkolain 14:5.2:n mukaan kirkollinen rakennus, joka on rakennettu ennen vuotta 1917, on suojeltu suoraan lain nojalla. Tämän on tulkittu merkitsevän, että kirkollinen rakennus, jonka rakentamistyöt on aloitettu ennen vuotta 1917, on suoraan lain nojalla suojeltu, vaikka se olisi valmistunut myöhemmin.⁹⁸ KL 15:5.2:n toisessa virkkeessä viitataan kuitenkin rakennuksen käyttöönottoon tätä nuorempien rakennusten osalta, eli ensimmäisessä virkkeessä kriteerinä on ”rakentaminen” ja toisessa käyttöön ottaminen. Kun ennen vuotta 1917 aloitettujen rakennustöiden myötä rakennusten käyttöönotto on voinut tapahtua vuoden 1917 jälkeen, merkitsee edellä mainittu tulkinta tältä osin tiettyä ristiriitaa säännöksen ensimmäisen ja toisen virkkeen välillä. Rajanveto on sikäli merkittävä, että se ratkaisee, onko rakennus suojeltu suoraan lain nojalla vai edellyttääkö sen suojele erillistä päätöstä.

Kirkkohallitus voi siis KL 15:5.2:n mukaisesti määrätä tätä myöhemmin käyttöön otetun kirkollisen rakennuksen suojeltavaksi, jos suojele on perusteltua rakennushistorian, rakennustaiteen, rakennustekniikan tai erityisten ympäristöarvojen kannalta.⁹⁹ KL 14:5.3:n mukaisesti rakennuksen suojele käsittää rakennuksen ohella myös sen kiinteän sisustuksen, siihen liittyvät maalaukset ja taideteokset sekä rakennuksen pihapiiriin.¹⁰⁰ Pihapiirin käsite saattaa olla joissakin yksittäistapauksissa tulkinnanvarainen, mutta kirkkopihat siis ovat edellä kuvatulla tavoin suoraan lain nojalla kirkollisen rakennuksen käsitteen piiriin kuuluvia, ja pihapiiri rinnastunee kirkkojen osalta paljolti kirkkopihaan. Erityisesti iäkkäämmät siunauskappelit (ja luonnollisesti hautakappelit) toisaalta sijaitsevat hautausmaiden alueilla, joihin ei muutospaineita useinkaan kohdistu (ja joiden aidat ja portit siis ovat myös KL:n säännösten piirissä).¹⁰¹

saistaminen vastaamaan nykyhetken tarpeita ja voimassa olevaa muuta rakennussuojelulainsäädäntöä, saada suojele kattamaan riittävä osa arvokkaista kirkollisista rakennuksista ja varmistaa Museoviraston asiantuntemuksen käyttäminen jo rakennuksen korjaus- tai muutoshankkeen alkuvaiheessa; HE 96/2013 vp, s. 1.

⁹⁸ Halttunen – Pihlaja – Voipio 2008, s. 132.

⁹⁹ Suoraan lain nojalla suojeltuja on yhteensä noin 520 kirkkkoa, 20 siunauskappelia ja 250 kellotapulia. Erillispäätöksin on suojeltu 44 uudempaa kirkkkoa; Kirkkohallitus 2019, s. 35.

¹⁰⁰ Hallituksen esityksessä on suojelun kohdistumista täsmennetty lähinnä vain toteamalla, että rakennukseen katsotaan kuuluvaksi myös sen rakenneratkaisut. HE 96/2013, s. 14. Komiteamietinnössä 1986:5, s. 8 on todettu, että kirkkorakennuksista ”erottamattomia kulttuurihistoriallisen suojelun kohteita ovat niiden interiöörit ja taideteokset kuten seinä- ja holvimaalaukset, alttarilaitteet, saarnastuolit, veistokset, kastemaljat, kirkkotekstiilit ja ehtoollisvälineet sekä muut käsityötaiden tuotteet: kellot, erilliset hautamuistomerkit ja -vaakunat. Samalla nämä kirkkojen taideteokset muodostavat aina 1700-luvulle saakka keskeisimmän osan maamme säilyneestä taiteellisesta kulttuurista yleensä.”

¹⁰¹ Siitari-Vanne (1994, s. 62–63) totesi, ettei suojeltavan piha-alueen laajuutta ole erikseen pohdittu, ja arvioi laajuuden vastaavan sitä, mitä silloisessa rakennussuojelulaissa tarkoi-

Kirkkolaissa ei ole määritelty suojelun sisältöä eli *suojelun oikeusvaikutuksia* nimenomaisella säännöksellä, toisin sanoen sitä, millaiset toimenpiteet suojellussa rakennuksessa ovat kiellettyjä (esimerkiksi rakennuksen purkaminen). KL 14:5.1 toisaalta sisältää suojelun *tavoitteita* koskevan säännöksen, jonka mukaan kirkollisen rakennuksen suojelun tavoitteena on turvata kirkollinen rakennettu kulttuuriympäristö osana kulttuuriperintöä, vaalia sen ominaisuutta ja erityispiirteitä sekä edistää sen kulttuurisesti kestävää hoitoa ja käyttöä. Voimassaolevan kirkkolain sääntely paljastuu suojelun sisällön osalta erikoiseksi, kun sitä tarkastellaan sen perusteella, minkälaisia sisällöllisiä tai menettelyllisiä vaikutuksia rakennuksen kirkkolain mukaisesta suojelusta seuraa. Näihin kysymyksiin palataan jäljempänä rakennusten ja niiden suojelutuksen muutosten käsittelyn yhteydessä, koska suojelun sisältö määrittyy käytännössä näitä muutoksia koskevien säännösten kautta. Myös suojelun tavoitetta koskevalla säännöksellä on asiassa merkitystä, ja kirkkolain vireillä olevassa uudistuksessa on esitetty tähän liittyen merkityksellisiä muutoksia.

Toimivaltaa antaa suojelua koskevassa erillispäätöksessä erityisiä tapauskohtaisia suojelumääräyksiä kirkkolaki ei sisällä. Tämä ei vielä itsessään merkitse, että tapauskohtaisten määräysten antaminen suojelupäätöksessä olisi kategorisesti kielletty. Kun merkittävin osa suojelun kohteista kuitenkin on suojeltuja suoraan lain nojalla, on vaikea perustella sitä, miksi erillispäätöksin suojeltavat kohteet tarvitsisivat suojelutavoitteiden tai muiden näkökohtien turvaamiseksi tapauskohtaisia määräyksiä.¹⁰² KL 14:5 a:n 3 momentissa on kuitenkin säädetty, että Museovirasto voi antaa ohjeita suojeltua kirkollista rakennusta koskevan päätöksen täytäntöönpanosta. Museovirastolla on keskeinen asema suojeltuja ja osin myös vielä suojelua vailla olevia kirkollisia rakennuksia koskevassa päätöksenteossa ja osin myös tietynlaisena valvontaviranomaisena. Sillä on tähän liittyen myös muutoksenhakuoikeus näitä rakennuksia koskevassa päätöksenteossa.

tetaan rakennukseen liittyvällä puistolla tai muulla alueella. Nykyisen RakPL:n vastaavan säännöksen mukaan suojelu voi koskea myös rakennuksen osaa, rakennuksen kiinteää sisustusta taikka muuta rakentamalla tai istuttamalla muodostettua aluetta. Säännöksen perusteluissa viitataan rakennuksen välittömään ympäristöön, kuten pihaan, puistoon tai puutarhaan, ja perusteeksi on esitetty, että tällöin aluekokonaisuudet, joilla on merkitystä joko kokonaisuuden tai rakennusten keskinäisten suhteiden vuoksi, tulevat arvioiduksi samanaikaisesti. HE 101/2009 vp, s. 25. RakPL 10.1 §:ssä on kuitenkin säädetty, että päätöksestä tulee käydä ilmi, mitä aluetta suojelu koskee. Näin suojelun ulottuvuus (jonka lainmukaisuus voidaan toki muutoksenhaussa kyseenalaistaa) voidaan rakennusperintölain järjestelmässä määritellä suojelua merkitsevässä päätöksessä.

¹⁰² Ks. Mäenpää 1992, s. 218–226.

Rakennussuojelu tyypillisesti aiheuttaa kustannuksia, vaikka sinänsä mihin tahansa rakennukseen ympäristöineen kohdistuu MRL 166 §:n mukainen kunnossapitovelvollisuus. MRL 166.1 §:ssä säädetään muun ohella, että rakennus ympäristöineen on pidettävä sellaisessa kunnossa, että se jatkuvasti täyttää terveellisyyden, turvallisuuden ja käyttökelpoisuuden vaatimukset eikä aiheuta ympäristöhaittaa tai rumenna ympäristöä. Tämän yleisen kunnossapitovelvollisuuden ohella MRL 166.2 §:ssä säädetään, että kaavassa suojelluksi määrätyn tai rakennusperinnön suojelemisesta annetun lain nojalla suojellun rakennuksen käytössä ja kunnossapitämisessä on lisäksi otettava huomioon rakennussuojelun tarkoitus. Säännös ei näin sisällä viittausta kirkkolainsäädännön nojalla suojeltuihin rakennuksiin, vaikka ne ovat lähtökohtaisesti säännöksen tavoitteiden kannalta samassa asemassa.

Kunnossapitovelvollisuuden olemassaoloon nähden on jännitteistä, kuinka suurta osaa kulttuuriperintöarvoja omaavien ja toisinaan suojeltujenkin rakennusten purkamisaikeista perustellaan nimenomaan rakennusten huonolla kunnolla. Käytännössä tämä merkitsee, että kunnossapitovelvollisuus on lähtökohtaisesti tavalla tai toisella laiminlyöty. Esimerkiksi vuosikirjaratkaisussa KHO 2009:67 korkein hallinto-oikeus totesi muun ohella, että kaavassa suojeltavaksi määrätyn rakennuksen kunnossapitovelvollisuuden laiminlyönnin ei pitäisi voida johtaa suojeluarvojen lopulliseen menettämiseen ja sen perusteella purkamisluvan edellytysten täyttymiseen.

Kunnossapitokustannukset ja resurssien puute ovatkin epäilemättä suurimmat syyt kirkollisista rakennuksista ja/tai niiden suojelusta luopumiselle. KL 14:7:ssä säädetään, että seurakuntaa, joka ei voi toiminnassaan käyttää omistamaansa suojeltua kirkollista rakennusta tai saada siitä muuten kohtuullista hyötyä, ei voida velvoittaa sellaisiin suojelutoimenpiteisiin, joista aiheutuvat kustannukset ovat ilmeisessä epäsuhteessa siihen, mitä seurakunta voi osoittaa kaikkien kirkollisten rakennustensa hoitoon ja kunnostamiseen.¹⁰³ Säännöksessä viitatus epäsuhtaan osalta on todettu, että säännöksessä näihin ”hyödyttömiin” suojeltuihin rakennuksiin kohdistuvia kiinteistömenoja verrataan seurakunnan vuotuisiin kiinteistömenoihin.¹⁰⁴ Toisaalta säännöksessä ei sinänsä viitata rakennusten yleisiin kunnossapitokustannuksiin, vaan suojelusta

¹⁰³ Säännöksen perustelujen mukaan vanhoja rakennussuojelun kannalta tärkeitä kirkollisia rakennuksia on usein seurakunnissa, joiden kirkollisverotulot ovat niin vähäisiä, että suojelu ylittäisi seurakunnan taloudellisten mahdollisuuksien rajat. Tämän vuoksi pykälässä ehdotetaan, että seurakunnan kustannusvastuuta rajoitetaan siten, ettei sitä voida velvoittaa suojelutoimenpiteisiin, joiden kustannukset ovat ilmeisessä epäsuhteessa siihen, mitä seurakunta voi osoittaa kaikkien kirkollisten rakennusten kunnossapitoon. HE 23/1993 vp, s. 24.

¹⁰⁴ Halttunen – Pihlaja – Voipio 2008, s. 133.

aiheutuviin kustannuksiin. Yleisestä kunnossapitovelvollisuudesta aiheutuvat kustannukset eivät lähtökohtaisesti minkään suojelunormiston puitteissa ole suojelusta aiheutuvia taloudellisia rasitteita. Kuitenkin silloin, jos suojeltu rakennus on hyödytön, sen ylläpidon edellyttämät kustannukset periaatteessa aiheutuvat suojelusta. Kirkkolain kommentaarissa todetaan, että tällaisessa tilanteessa seurakunnan on syytä tutkia kaikki mahdolliset avustus- ja säästömahdollisuudet ja mikäli niistä ei ole apua, pyytää suojelun lakkauttamista KL 14:5.3:n mukaisesti.¹⁰⁵ Tällöin kyse on jäljempänä käsiteltävästä muutostilanteesta.

4.2 Ortodoksisesta kirkosta annetun lain säännökset suojelusta

Ennen vuoden 2006 ortodoksisesta kirkosta annetun lain säätämistä ortodoksisen kirkon rakennukset kuuluivat silloisen rakennussuojelulain tai kaavasuojelun piiriin kaikilta osin.¹⁰⁶ OKL:n myötä ortodoksisen kirkkojen ja rukoushuoneiden suojelu tuli oman säädöksensä piiriin. OKL 116.1 §:n mukaan ennen vuotta 1917 rakennettu kirkko on suojelunalainen. Kirkollishallitus voi määrätä sitä uudemman kirkon tai rukoushuoneen suojeltavaksi, jos suojeluun on sellainen syy, jonka johdosta vastaavan rakennuksen suojelusta voitaisiin päättää rakennussuojelulain mukaan.¹⁰⁷

Säännöksen sanamuoto siis viittaa suoraan lain nojalla suojeltujen, ennen vuotta 1917 rakennettujen kohteiden osalta vain kirkkoon siitä huolimatta, että sekä kirkot että rukoushuoneet kuuluvat lain soveltamisalaan. Kirkkoa ja rukoushuonetta ei myöskään ole mahdollista suoralta kädeltä rinnastaa, kun laissa muuten on viitattu sekä kirkkoon että rukoushuoneeseen (ja esimerkiksi kirkon käsitettä on käytetty sääntelyssä jo pitkään) ja niiden välillä on selviä edellä kuvattuja eroja.

Kyse on kuitenkin varsin selvästi sanamuodon virheellisyydestä. Säännöksen perusteluissa on vastoin sen sanamuotoa nimenomaisesti todettu, että pykälän 1 momentin mukaan ennen vuotta 1917 rakennetut kirkot ja rukoushuoneet suojellaan lailla.¹⁰⁸ Lain sanamuotoon liittyvä ongelma on myös havaittu, sillä ortodoksisen kirkon kulttuuriperintöstrategiassa 2015–2020 todetaan, että ”kun lakia Suomen ortodoksisesta kirkosta seuraavan

¹⁰⁵ Halttunen – Pihlaja – Voipio 2008, s. 133.

¹⁰⁶ Ks. HE 59/2006 vp, s. 58 ja ennen OKL:n säätämistä laadittu Ympäristöministeriö 2003, s. 126.

¹⁰⁷ Laissa on siis edelleen viittaus aiempaan rakennussuojelulakiin, joka on korvautunut rakennusperinnön suojelulla vuonna 2010. Ortodoksisesta kirkosta annetulla lailla on suojeltu parikymmentä kirkkoa, Museovirasto 2020, s. 12.

¹⁰⁸ HE 59/2006, s. 58.

kerran muokataan, pykälässä 116 sana 'kirkko' muutetaan muotoon 'kirkollinen rakennus'".¹⁰⁹ Kun lainsäätäjän tarkoitus asiassa on varsin selvä, on mahdollista tulkita OKL:n mukaisen suojelun koskevan myös ennen 1917 rakennettuja rukoushuoneita suoraan lain nojalla.¹¹⁰ Tämä ei sinänsä vähennä lain sanamuodon täsmentämisen tarvetta.

Ortodoksisesta kirkosta annetussa laissa on sääntelyn niukkuudesta huolimatta määritelty suojelun sisältö selvästi täsmällisemmin kuin evankelis-luterilaisen kirkkolain säännöksissä. OKL 116.2 §:n mukaan suojelua kirkkoa tai rukoushuonetta ei saa purkaa eikä siihen saa tehdä sellaisia muutoksia, jotka vaarantavat rakennuksen kulttuurihistoriallisen arvon. OKL 116.1 §:n viimeisen virkkeen mukaan rakennuksen suojelu kohdistuu käytännössä evankelis-luterilaista kirkkolakia vastaavasti myös sen kiinteään sisustukseen, siihen liittyviin maalauksiin ja taideteoksiin sekä piha-alueeseen.¹¹¹

Myöskään laki ortodoksisesta kirkosta ei sisällä valtuutusta tai veloitetta antaa tapauskohtaisia suojelumääräyksiä erillisissä suojelupäätöksissä. KL:n tapaista viittausta Museoviraston ohjeidenantamisoikeuteen ei OKL:ssa myöskään ole. Tällainen viittaus ei kuitenkaan lähtökohtaisesti ole tarpeenkaan, sillä viranomainen voi laissa säädetyn tehtävänsä alalla antaa ohjeita ilman eri valtuutustakin. Ohjeiden antamista tarkoittavien lain säännösten on perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännössä katsottu olevan omiaan pikemminkin hämärtämään lain nojalla annettavien veloitettavien oikeussääntöjen ja suositusluonteisten ohjeiden välistä eroa.¹¹²

OKL 117 §:n mukaan kirkollishallituksen tai Museoviraston määräämällä tarkastajalla on oikeus päästä kirkkoon tai rukoushuoneeseen sen suojelua koskevan asian vireille panemisen tai suojelun noudattamisen ja soveltamisen kannalta tarpeellisten tarkastusten ja tutkimusten suorittamiseksi. Jos on ilmeistä, että rakennuksessa tehdään OKL 98 §:n 1 momentin

¹⁰⁹ Suomen ortodoksisen kirkon kulttuuriperintöstrategia 2015–2020. Tältä osin voidaan huomauttaa, ettei OKL:n säännöksissä tällä hetkellä käytetä kyseistä käsitettä. Näin se olisi lähtökohtaisesti myös määriteltävä laissa. Lainkohdassa voitaisiin myös pitäytyä viittaamaan kirkkoihin ja rukoushuoneisiin nykyisen käsitteistön mukaisesti, mutta kirkollisen rakennuksen käsitteen määrittely ja käyttäminen vastaisi rakennusperintölain ja kirkkolain käsitteistöä.

¹¹⁰ Esim. Museoviraston ylläpitämässä rakennusperintörekisterissä Ilomantsin Hattuvaarassa sijaitseva, Suomen vanhin ortodoksinen rukoushuone onkin todettu suojelluksi OKL:n nojalla.

¹¹¹ Säännöksen perustelujen mukaan kirkollinen rakennus on aina kokonaisuus, jossa suojelun tulee kohdistua rakennuksen lisäksi esimerkiksi myös kiinteään sisustukseen. HE 59/2006 vp, s. 58.

¹¹² Ks. rakennusperintölain soveltamista koskenut vuosikirjaratkaisu KHO 2020:54 ja siihen viitatu perustuslakivaliokunnan lausunnot ja mietinnöt.

5 kohdassa tarkoitettuja muutoksia tai korjauksia, vaikka alustusviranomaisen ei ole vahvistanut niitä koskevaa päätöstä, kirkollishallitus voi kieltää työn tai määrätä sen keskeytettäväksi.

Evankelis-luterilaisen kirkkolain suurelta osin vastaavien säännösten mukaan kirkkohallituksen, tuomiokapitulin tai museoviraston määräämällä tarkastajalla on oikeus päästä kirkolliseen rakennukseen sen suojelua koskevan asian vireille panemisen tai suojelun noudattamisen ja soveltamisen kannalta tarpeellisten tarkastusten ja tutkimusten suorittamiseksi (KL 14:6.1). Kirkkohallitus voi kieltää sellaisen kirkollisessa rakennuksessa tehtävän muutos- tai korjaustyön, jota koskevaa päätöstä ei ole vahvistettu tai saatettu vahvistettavaksi. Kirkkohallituksen päätös voidaan panna täytäntöön siitä tehdystä valituksesta huolimatta (KL 14:6.2). Säädösten välinen ero tässä suhteessa liittyy siis käytännössä viittaukseen kieltopäätöksen välittömästä täytäntöönpanosta. Kuitenkin myös OKL 105 §:n mukaan *kirkon, seurakunnan ja luostarin viranomaisen* päätös voidaan panna täytäntöön ennen kuin se on saanut lainvoiman. Täytäntöönpanoon ei saa kuitenkaan ryhtyä, jos oikaisuvaatimus tai valitus käy täytäntöönpanon johdosta hyödyttömäksi taikka jos oikaisuvaatimuksen tai valituksen käsittelevä viranomaisen kieltää täytäntöönpanon. Välitön täytäntöönpanokelpoisuus ei OKL 98.1 §:n mukaisesti koske kirkollishallituksen vahvistettavaksi alistettavia päätöksiä.

OKL 105 §:ssä mainittu kirkko viitanee kaikkiin kirkon yhteisen hallinnon toimielimiin ja siten myös kirkollishallitukseen. Säännöksen perusteluissa on viitattu siihen, että sääntely vastaisi muun muassa kunnallishallintoa ja evankelis-luterilaisia seurakuntia koskevia säännöksiä, mutta täytäntöönpanokelpoisuus on puheena olevilta osin evankelis-luterilaista kirkkolakia laajempi, koska evankelis-luterilaisen kirkon kirkkolaisissa lähtökohtana on mm. kirkkohallituksen päätöksenteon osalta yleinen hallintoprosessioikeudellinen sääntely.¹¹³

¹¹³ HE 59/2006 vp, s. 53. KL 25.1.3:n mukaan, jollei tässä laissa tai sen nojalla muuta säädetä, kirkkohallituksen, hiippakuntavaltuuston tai tuomiokapitulin päätöstä täytäntöönpanossa on noudatettava, mitä hallintolainkäyttölaissa [nykyisin laissa oikeudenkäynnistä hallintoasioissa, 808/2019] säädetään. Kirkkohallitus, hiippakuntavaltuusto tai tuomiokapituli saa kuitenkin itse päättää, että sen päätös pannaan täytäntöön välittömästi, jos asia on niin kiireellinen, että viivytys aiheuttaisi erityistä vahinkoa.

4.3 Kirkkolakien piiriin kuuluvien rakennusten kaavasuojelusta

MRL:n laajaan soveltamisalaan ei sisälly kirkollisia rakennuksia koskevia rajauksia, eikä myöskään esimerkiksi evankelis-luterilaista kirkkoa koskevan kirkkolainsäädännön tietty erityisasema vaikuta lakien etusijajärjestykseen.¹¹⁴ Kirkkolainsäädännön ja maankäyttö- ja rakennuslain soveltamisala on siten päällekkäinen. Myös kirkollisten rakennusten suojelu asemakaavalla on näin mahdollista, ja mahdollista on periaatteessa myös molempien normistojen mukaisen suojelun voimassaolo samanaikaisesti.¹¹⁵ Kun sääntely on vaihdellut eri aikoina siten, että kirkolliset rakennukset ovat olleet aiemmin yleisen rakennussuojelua koskevan sääntelyn piirissä ja myöhemmin tulleet erityisen suojelunormistonsa piiriin, päällekkäisen suojelun tilanteet ovat myös jo tästä syystä enemmän taikka vähemmän todennäköisiä.

Lakien suhdetta ei kuitenkaan historiallisesti ole aina pidetty aivan selvänä.¹¹⁶ Myös erityislainsäädännön puutteet ovat ilmeisesti osaltaan korostaneet tarvetta käsitellä kirkollisten rakennusten kulttuuriperintöön liittyviä kysymyksiä kaavoituksessa, mikä nykysääntelyn puitteissa on muun ohella valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden ja kaavojen sisältövaatimusten kautta suoranainen velvollisuuskin erityisesti siltä osin kuin kohteita ei ole suojeltu muilla välinein.¹¹⁷ Kun myös ortodoksisen kirkon rakennusten suojelu on nykyisin järjestetty lähtökohdiltaan vastaavalla tavalla kuin evankelis-luterilaisen kirkon, ei voida myöskään ajatella, että näiden kahden kirkon rakennusten suojelu suhteessa kaavoitukseen olisi järjestetty toisistaan poikkeavalla tavalla, kun sääntelykään ei tähän millään tavoin viittaa.

¹¹⁴ Maankäytöstä päättämisen on vanhastaan katsottu olevan kunnalliseen itsehallintoon kuuluva asia; ks. esim. Heinilä 2017, s. 182 ja siinä viitattu. Myös kunnallinen itsehallinto on perustuslaissa suojattu (PL 121 §), joten kirkkolainsäädännön ja maankäyttö- ja rakennuslain välisessä punninnassa on tässä mielessä kysymys autonomian suhteesta autonomiaan.

¹¹⁵ Ks. Museovirasto 2020, s. 13, Kirkkohallitus 2019, s. 54.

¹¹⁶ Ks. Niemi 1986, s. 281, jossa todettiin tuolloin olleen epäselvää, voidaanko kaavalla suojella kirkollisia rakennuksia. Niemi toteaa kirkkolain suojelua koskevia säännöksiä perinteisesti pidetyn yleislakien säännökset syrjäyttävänä erityislakina, mutta kirkkolain suhteen kaavoitukseen ja kaavamääräyksiin olevan epäselvä. Siitari-Vanne 1994, s. 60, katsoi myöhemmin tuolloisen rakennuslainsäädännön soveltuvan kirkollisiin rakennuksiin myös kaavasuojelun osalta.

¹¹⁷ Ks. Siitari-Vanne 1994, s. 61, Kirkollisten rakennusten suojelutoimikunnan mietintö 1986:5, s. 13, 29.

Kirkkolainsäädännön mukainen suojeleminen menee lähtökohtaisesti pidemmälle kuin kaavasuojeleminen suojelemaan rakennuksen ja sen pihapiirin ohella myös kiinteän sisustuksen taideteoksineen, mikä kirkollisten rakennusten suojeleminen näkökulmasta onkin pääsääntöisesti tarpeen.¹¹⁸ Niiden kirkon rakennusten suojeleminen, jotka eivät kirkkolakien mukaan ole näiden lakien suojeleminen tai suojeleminen piirissä, kuuluvat itsestään selvästi kaavoituksessa tutkittaviin kysymyksiin.

Tässä ei käsitellä erikseen yleispiirteistä kaavoitusta, artikkelin keskittyessä maankäyttö- ja rakennuslain osalta erityisesti lakien välisiin suhteisiin. Kuitenkin myös maakunta- ja yleiskaavoihin voi sisältyä – ja kaavan sisältövaatimusten niin edellyttäessä tuleekin sisältyä – suojelemerkintöjä ja -määräyksiä kulttuuriympäristöarvoihin liittyen (ks. MRL 30.2 § ja 41.2 §). Tyypillisimmin yleispiirteisten kaavojen suojelemerkinnät ja -määräykset ohjaavat yksityiskohtaisempaa maankäytön suunnittelua, mutta näiden kaavojen sisällölle asetetun kohtuullisuusvaatimuksen puitteissa erityisesti rakentamista ohjaamaan tarkoitetuissa yleiskaavoissa voi olla tarpeen antaa myös (tietyllä tavalla asemakaavan funktion tässä suhteessa toteuttavia) ehdottomia suojele määräyksiä. Yleispiirteisten kaavojen suojelemerkinnät ja määräykset voivat luonnollisesti kohdistua myös kirkollisiin rakennuksiin. Vaikka ”varsinainen” rakennussuojeleminen järjestelmä jakautuu lähtökohtaisesti rakennusperintölain mukaiseen suojelemaan ja suojelemaan yksityiskohtaisella kaavalla, ei yleispiirteistä kaavoitusta voida jättää huomiotta rakennussuojelelusäätelyn kokonaisuutta tarkasteltaessa. Pääsääntöisesti yleispiirteisten kaavojen suojele määräykset lähinnä täydentävät varsinaista rakennussuojeleminen järjestelmää, jossa niiden rooli on paljolti yksityiskohtaista kaavoitusta ohjaava.¹¹⁹ MRL:n mukainen kaavoitus ei muodollisesti ohjaa rakennusperintölain tai kirkkolainsäädännön mukaista suojele päätöksentekoa esimerkiksi huomioonottamisvelvollisuuksien kaltaisiin linkkisääntöihin, mutta kaavoilla ja niihin liittyvillä inventoinneilla voi olla merkitystä vähintäänkin selvityksenä näissä menettelyissä.

Kirkkolainsäädännön ja maankäyttö- ja rakennuslain päällekkäisyys on siis todettu myös kirkkolakia säädettäessä ja huomioitu, että kirkollinen rakennus, jota ei ole suojeleminen kirkkolain mukaisesti, saattaa olla suojele-

¹¹⁸ Ks. esim. HE 59/2006 vp, s. 58, missä todetaan (ortodoksisen) kirkollisen rakennuksen olevan aina kokonaisuus, jossa suojeleminen tulee kohdistua rakennuksen lisäksi esimerkiksi myös kiinteään sisustukseen.

¹¹⁹ Yleispiirteisten kaavojen suojele määräyksistä ks. esim. Ekroos – Majamaa 2018, s. 160–161, 216–217.

maankäyttö- ja rakennuslain perusteella.¹²⁰ Jos kaavoituksessa tarkasteltavalla alueella on kirkollisia rakennuksia, joihin sisältyy erityisiä kulttuuriympäristöarvoja, nämä on kaavoituksessa otettava MRL:n mukaisesti huomioon ja harkittava suojelumääräysten käyttöä erityisesti, kun kyse on sellaisista kirkollisista rakennuksista, joihin ei kirkkolainsäädännön mukaista suojelua kohdistu. Tätä korostaa se, että suuri osa kirkkoympäristöjä sisältyy valtakunnallisesti merkittäviä rakennettuja kulttuuriympäristöjä koskevaan RKY-inventointiin.¹²¹

Periaatteessa lakien päällekkäisyys mahdollistaa siis myös sen, että samaan kohteeseen kohdistuu suojelu sekä kirkkolainsäädännön että kaavamääräysten kautta, vastaavalla tavalla kuin tilanteissa, joissa rakennusperinnön suojelulain ja MRL:n suojeluvälineiden käyttäminen on mahdollista. Tällainen kaksinkertainen suojelu ei kuitenkaan useinkaan ole tarkoituksenmukaista (vaikka sille voi olla tapauskohtaisia perusteita). Lähtökohtana kaavoituksessa voidaankin pitää sitä, että siltä osin kuin on kyse kirkkolainsäädännön nojalla suojellusta rakennuksesta tai rakennelmasta (suojeltuja siis voivat olla esimerkiksi hautausmaan aidat ja portit), tämä erityislain mukainen suojelu vain todetaan kaavassa. Tämä lähtökohta on todettu esimerkiksi ympäristöministeriön asemakaavoitusoppaassa, jonka mukaan suojelu osoitetaan kaavassa, kun asemakaava-alueella sijaitsee kirkkolaiilla suojeltuja rakennuksia. Jos suojelumerkintä koskee koko korttelialuetta, tulee siitä oppaan mukaan käydä ilmi, miltä osin merkinnällä vain todetaan kirkkolain mukainen suojelu ja miltä osin on tarkoitus antaa rakennuslain nojalla suojelua koskevia lisämääräyksiä.¹²² Kuten edellä on todettu, eri aikoina voimassa ollut lainsäädäntö on saattanut johtaa päällekkäiseen suojeluun, samoin kuin eri aikoina tehdyt eri lakien mukaiset ratkaisut. Jopa perusteen päällekkäiselle suojelulle saattavat kuitenkin joissain tapauksissa antaa rakennusten ja niiden suojelustatuksen muutostilan- teet, joita käsitellään seuraavassa.

¹²⁰ HE 96/2013 vp, s. 5.

¹²¹ Ks. Museovirasto 2020, s. 13.

¹²² Ympäristöministeriö 2003, s. 127.

5 KIRKOLLISTEN RAKENNUSTEN JA NIIDEN SUOJELUSTATUKSEN MUUTOKSET

5.1 Kirkkolain mukaiset rakennukset

Edellä käsitellyt kirkollisen rakennuksen määritelmä (kirkkolakien soveltamisala) ja kirkollisten rakennusten suojelu (joko iän tai erillispäätöksen nojalla) ovat käsitteellisesti selvästi kaksi eri asiaa. Muutoksia rakennuksissa voi näin ollen tapahtua fyysisesti (erilaiset rakentamistoenpiteet), erilaisten käyttötarkoituksien muutosten seurauksena niiden lainsäädännöllisessä asemassa (kirkollinen rakennus / ei-kirkollinen rakennus) ja suojelustatuksessa (suojeltu / ei-suojeltu kirkollinen rakennus). Näitä muutoksia voi periaatteessa tapahtua sekä yhdessä että erikseen, mikä tekee kokonaisuudesta vaikeasti hahmotettavan, eikä kirkkolain sääntely varsinaisesti auta asiaa. Tällaiset tilanteet siis kuitenkin ovat todennäköisesti jossain määrin yleistymässä.¹²³

Ensinnäkin kirkolliset rakennukset voivat lakata olemasta kirkollisia rakennuksia, tai ei-kirkollisista rakennuksista voi tulla kirkkolain soveltamisalaan kuuluvia rakennuksia. Voimassa olevan lain mukaan kirkkovaltuusto tekee tällaisissa asioissa päätöksen, ja näitä muutostilanteita koskee KL 14:2.3:n mukainen alistamisvelvollisuus. Säännöksen mukaan kirkkovaltuuston päätös on alistettava kirkkohallituksen vahvistettavaksi, jos se koskee:

- 1) uuden kirkon tai siunauskappelin rakentamista tai hankkimista;¹²⁴
- 2) muun rakennuksen muuttamista kirkoksi tai siunauskappeliksi;¹²⁵

¹²³ Ks. esim. Kirkkohallitus 2019, s. 64–65.

¹²⁴ Kirkon ”hankkimisessa” kyse voi olla kirkkorakennuksen ostamisesta toiselta seurakunnalta tai toiselta uskonnolliselta yhdyskunnalta; Kirkkohallitus 2019, s. 60.

¹²⁵ Hallituksen esityksessä on viitattu tämän kohdan osalta suojeluintressiin: jos jokin seurakunnan omistama suhteellisen vanha ja arvokas kiinteistö, esimerkiksi saarnahuone tai kyläkirkko, ei hallituksen esityksen mukaan täytä kirkollisen rakennuksen määritelmää, se jää kirkollisen rakennussuojelun ulkopuolelle. Näiden tilojen saattaminen kirkollista rakennusta koskevien säännösten piiriin saattaisi joissain tapauksissa olla hallituksen esityksen mukaan perusteltua. Tällöin rakennuksen kunnostuspäätöksiä tehtäessä voitaisiin ottaa kulttuurihistoriallisen arvon lisäksi huomioon sen tarkoituksenmukainen käyttö seurakunnan ajankohtaisessa tilanteessa. HE 96/2013 vp, s. 10.

- 3) kirkollisen rakennuksen olennaista muuttamista tai purkamista taikka sen käyttötarkoituksen muuttamista;¹²⁶
- 4) kirkon käyttämättä jättämistä.¹²⁷

Alistamisvelvollisuus kirkkohallitukselle koskee siis kirkkoja ja kirkollisia rakennuksia riippumatta siitä, onko niitä suojeltu.¹²⁸ Uuden kirkon tai siunauskappelin rakentaminen tai muun rakennuksen muuttaminen tällaiseksi merkitsee uuden kirkollisen rakennuksen syntymistä, ja kirkon käyttämättä jättäminen merkitsee, että kirkollinen rakennus lakkaa olemasta kirkollinen rakennus.¹²⁹ Samoin on tulkittava, että kirkon tai siunauskappelin purkamista koskeva päätös merkitsee myös sitä, että se lakkaa samalla olemasta kirkollinen rakennus. Tämä on näiden päätösten keskeinen merkitys, kun sitä tarkastellaan sovellettavan lain näkökulmasta.¹³⁰ Tällaiset muutokset edellyttävät mahdollisesti myös maankäyttö- ja rakennuslain mukaisia lupia, esimerkiksi käyttötarkoituksen olennaiset muutokset rakennuslupaa

¹²⁶ Se, onko muutos olennainen, ratkaisee siis asian käsittelyjärjestyksen. Olennaisen muutoksen ollessa joustava normi, sen tulkinnasta voi epäselvissä tapauksissa olla syytä keskustella sekä alustusviranomaisen että Museoviraston kanssa. Muutosta on pidetty olennaisena, jos korjauksessa kirkollisen rakennuksen ulkonäkö, rakenne tai sisätilan luonne selvästi muuttuu; HE 96/2013 vp, s. 4. Ulkoasun olennaisena muutoksena on pidetty esimerkiksi lisä- tai täydennysrakentamista, katon kateaineen ja rakennuksen värin vaihtamista, merkitäviä porras- ja kulkujärjestelyjä sekä hautausmaan aidan uudelleenrakentamista ja materiaalin vaihtamista. Sisäasun olennaisena muutoksena on puolestaan pidetty ainakin huone-tilajärjestelyjä, kiinteiden penkkien ja alttarialueen muutoksia, kuoriurkujen sijoittamista keskiaikaiseen kirkkosaliin ja värin vaihtamista. Halttunen – Pihlaja – Voipio 2008, s. 129. Ks. olennaisesta muuttamisesta laajemmin Kirkkohallitus 2019, s. 62–63 ja Museovirasto 2020, s. 88. Olennaisen muutoksen tulkintaa ei myöskään ole tarkoitus muuttaa kirkkolain uudistuksessa, ks. Kirkkohallituksen esitys 10/2020 kirkolliskokoukselle, s. 82. Esityksessä (s. 44) on toisaalta myös todettu olevan todennäköistä, että lainsäädännöstä huolimatta kaikkia olennaisia kirkollisten rakennusten muutoksia ei tällä hetkellä saateta alustusviranomaisen käsittelyyn.

¹²⁷ Hallituksen esityksen mukaan (HE 96/2013 vp, s. 10) kun kirkko jätetään käyttämättä kirkkona, se ei enää kuulu kirkollisen rakennuksen suojelun piiriin.

¹²⁸ HE 96/2013 vp, s. 14.

¹²⁹ Ks. Kirkkohallitus 2019, s. 65–66. Muiden rakennusten muuttamisella kirkollisiksi rakennuksiksi viitataan nimenomaan *seurakunnan* rakennusten muuttamiseen kirkkolain tarkoittamiksi kirkollisiksi rakennuksiksi. Jos seurakunta hankkii kokonaan uuden rakennuksen kirkkona tai siunauskappelinä käytettäväksi, kyse on 1 kohdan mukaisesta kirkon tai siunauskappelin rakentamisesta tai hankkimisesta. Kirkkohallitus 2019, s. 59–61. Kirkon hankkiminen seurakunnalle ostamalla on harvinaista; Kirkkohallituksen esitys 10/2020 kirkolliskokoukselle, s. 82.

¹³⁰ Käytännössä aineellisen kulttuuriympäristön suojelun näkökulmasta suurin merkitys lienee sillä, että kirkollisten rakennusten olennaiset muutokset tulevat valtakunnallisen asi-
antuntijaviranomaisen eli Museoviraston kanssa käsitellyiksi; pääosa kirkkohallituksen käsittelemistä alistussasioista on koskenut näitä olennaisia muutoksia. Ks. HE 97/2013 vp, s. 4.

MRL 125 §:n nojalla ja purkaminen purkamislupaa MRL 127 §:n nojalla. Molempien lupien osalta on myös mahdollista, että toimenpiteet ovat voimassa olevan kaavan vastaisia.¹³¹

Kirkkolain uudistus on paraikaa käynnissä, ja sitä koskeva hallituksen esitys täydennyksineen oli jo eduskunnan käsiteltävänä, kunnes se keskeytettiin esitykseen liittyvien perustuslaillisten ongelmien vuoksi. Eduskunnan käsittelyssä olleeseen lakiesitykseen ei sisältynyt merkityksellisiä muutoksia kirkkolain rakennussuojelua koskeviin säännöksiin, mutta uudistuksen jatkovalmistelussa kirkkohallitus on esittänyt kirkolliskokoukselle muutoksia myös rakennussuojelua koskeviin ja siihen liittyviin säännöksiin. Tässä viimeisimmässä ehdotuksessa edellä kuvastua alustusmenettelystä luovuttaisiin kirkkolain järjestelmässä kokonaan, ja kirkollisten rakennusten osalta alustusmenettely korvattaisiin sinänsä paljolti vastaavalla menettelyllä, jossa seurakunta tai seurakuntayhtymä tarvitsisi kirkkohallituksen *luvan* tiettyihin toimenpiteisiin.¹³² Merkityksellinen ero suhteessa vahvistusmenettelyyn olisi muun ohella, että kirkkohallitus voisi liittää lupaa koskevaan päätökseen ehtoja, jotka koskevat rakennuksen ulko- ja sisäasua, rakennustapaa, materiaaleja sekä rakennus- tai korjausmenetelmiä.¹³³

Kirkon kulttuuriperinnön säilyttämiseen liittyvien intressien kannalta muutoksilla olisi todennäköisesti sekä kielteisiä että myönteisiä vaikutuksia. Kulttuuriperinnön kannalta varsin selvänä heikennyksenä on pidettävä sitä, että kirkollisen rakennuksen olennaista muuttamista tai purkamista tai sen käyttötarkoituksen muuttamista koskevat päätökset edellyttäisivät kirkkohallituksen lupaa ainoastaan jo *suojehtujen* kirkollisten rakennusten osalta.¹³⁴ Muutoksen perusteena on hallinnon keventämi-

¹³¹ MRL:n sääntelyä suhteessa kirkkolainsäädännön sääntelyyn tarkastellaan jäljempänä.

¹³² Ks. Kirkkohallituksen esitys 10/2020, esim. s. 1. Ehdotuksen mukaan (s. 2) tällä muutoksella turvattaisiin niin lupaa hakeneen viranomaisen kuin seurakunnan jäsenen mahdollisuus hakea muutosta kirkkohallituksen päätökseen (ks. valitusoikeudesta ehdotuksen 11:5). Lupahakemuksen sisällöstä ei säädetäisi laissa, mutta lakiesityksen perustelujen (mt., s. 82) mukaan uuden rakennuksen tai korjausrakentamisen kohdalla seurakunnan tulisi kuitenkin toimittaa kirkkohallitukseen ainakin sellaiset rakennuspiirustukset, suunnitelmat, päätökset ja lausunnot, jotka liittyvät rakennus- tai korjaushankkeeseen.

¹³³ Lakiehdotuksen 3:21.4. Säännöksen perustelujen mukaan kirkkohallitus harkitsisi lupaehtojen tarpeen tapausittain. Ehtoja asetettaisiin vain, jos ne ovat tarpeellisia rakennuksen suojelun tai siihen rinnastettavan tavoitteen turvaamisen kannalta. Kirkkohallituksen esitys 10/2020, s. 83.

¹³⁴ Ks. mt., esim. s. 44 ja lakiehdotuksen 3:21.3, jonka mukaan kirkkovaltuuston on haettava kirkkohallituksen lupa ennen toimenpiteisiin ryhtymistä, jos asia koskee: 1) uuden kirkon tai siunauskappelin rakentamista tai hankkimista; 2) muun rakennuksen muuttamista kirkoksi tai siunauskappeliksi; 3) suojellun kirkollisen rakennuksen olennaista muuttamista tai purkamista taikka sen käyttötarkoituksen muuttamista; 4) luopumista kirkon käytöstä.

nen.¹³⁵ Suojelua vailla olevien kirkollisten rakennusten osalta tätä lupaa ei tarvittaisi ja päätöksenteko tapahtuisi näin ainoastaan paikallistasolla, vaikkakin vähintään 50 vuotta sitten käyttöön otettujen kirkollisten rakennusten osalta mainitut toimenpiteet edellyttäisivät edelleen Museoviraston lausunnon pyytämistä tällaisista suunnitelmista. Esityksen mukaan Museovirastolla ei kuitenkaan olisi myöskään valitusoikeutta kuin suojeltuja rakennuksia koskevista päätöksistä.

Suojelua vailla olevien kirkollisten rakennusten osalta Museovirastolla siis olisi käytettävissään ainoastaan suojeluesityksen tekeminen, mikäli suojeluintressit sitä edellyttäisivät.¹³⁶ Ehdotetun lain 3:25.2–3:n mukaan kirkkohallitus voisi kieltää kirkollisessa rakennuksessa tehtävän muutos- tai korjaustyön muun ohella, jos on tehty aloite kyseisen rakennuksen suojelemiseksi. Päätös voitaisiin panna täytäntöön valituksesta huolimatta.

Museoviraston lausuntoa ja valitusoikeutta koskevat säännökset eivät myöskään – kuten eivät voimassa olevankaan lain mukaan – kattaisi esimerkiksi luopumista kirkon käytöstä. Tällaisella päätöksellä on kuitenkin siis se merkitys suojelunormiston kannalta, että päätöksellä rakennus siirtyy pois kirkollisia rakennuksia koskevan sääntelyn piiristä.

Suojeluintressien ja myös päätöksenteolle asetettavien oikeusturva-vaatimusten kannalta ehdottomasti myönteisenä on pidettävä sitä, että näiden päätösten edellytysääntely ehdotuksen mukaan kehittyisi josain määrin nykytilanteesta. Erityisesti näin on, kun myös muutoksenhakusäännöksiin liittyy muutoksia lupamenettelyyn siirtymisen johdosta.¹³⁷ Tähän liittyviä kysymyksiä käsitellään jäljempänä.

Kirkollisen rakennuksen statuksen kannalta mielenkiintoisia ovat yllä mainitussa lainkohdassa tarkoitettut käyttötarkoituksen muuttamiset. Käsite tuli uutena kirkkolakiin vuonna 2013, mutta sen sisältöä ei ole lain esitöissä määritelty. Se ei kuitenkaan merkitse välttämättä sitä, että kirkollisen rakennuksen käyttötarkoitus muuttuisi *kokonaisuudessaan* toiseksi (ja se samalla lakkaisi olemasta kirkollinen rakennus), ainoastaan osittain. Kirkon käyttötarkoituksen muutoksessa on sanottu olevan kyse nimenomaan muutoksesta, jonka jälkeen kirkko edelleen toimii pyhänä jumalan-

¹³⁵ Ks. mt., esim. s. 82.

¹³⁶ Ks. lakiesityksen 3:23.1, 11:9 ja 3:22.2.

¹³⁷ Lakiehdotuksen perustelujen mukaan seurakunnan päätös hakea suunnitelmien mukaista lupaa kirkkohallitukselta on katsottava valmisteluksi. Asian ratkaisevan päätöksen tekisi kirkkohallitus, kun se joko myöntäisi tai olisi myöntämättä lupaa suunnitelluille toimenpiteille. Alistusmenettelystä luopumisen johdosta muutoksenhakuvaihe siirtyisi ja muutosta haettaisiin vasta kirkkohallituksen tekemästä päätöksestä. Muutoksenhakuperusteena voisi kuitenkin olla jatkossa vain laillisuusperuste. Kirkkohallituksen esitys 10/2020 kirkolliskokoukselle, s. 151 ja ehdotetut KL 11:3–5.

palvelustilana, mutta jossa kirkkorakennukseen tuodaan lisäksi huomattavassa määrin muuta toimintaa.¹³⁸ Kyse voi olla myös kokonaan uuden tilan rakentamisesta kirkon yhteyteen.¹³⁹ Käytännössä näiden toimenpiteiden on ajateltu kohdistuvan paljolti kirkkoihin, ja niissä on kyse suurelta osin siitä, että kirkon tiloja osittain muutetaan muuhun seurakunnan käyttöön, vaikka se edelleen säilyy kirkollisena rakennuksena ja jumalanpalvelustilana. Näin se sijoittuu toimenpiteenä tietyllä tapaa kirkollisen rakennuksen olennaisen muutoksen ja kirkosta luopumisen väliin.¹⁴⁰

Kun KL 14:2.3:n 4 kohdassa viitataan muista kohdista poiketen yksinomaan kirkkoon, puuttuu *siunauskappeleiden* osalta säännös ”käyttämättä jättämisestä” kokonaan. Kun kirkkolaki selvästi käsittelee kirkkoja ja siunauskappeleita erillisinä käsitteinä, soveltuisi kirkon käyttämättä jättämistä koskeva säännös huonosti tilanteeseen, jossa siunauskappelia oltaisiin jättämässä käyttämättä. Koska säännös koskee alistusmenettelyä, voitaisiin toisaalta myös pyrkiä tulkitsemaan, että tällaiset päätökset eivät kuulu alistusmenettelyn piiriin lainkaan. Tämä kuitenkin sopisi puolestaan sääntelyn kokonaisuuteen äärimmäisen huonosti, sillä huomattavasti tätä vähäisemmät samaan rakennukseen kohdistuvat toimenpiteet (esimerkiksi siunauskappelissa tehtävä olennainen muutos) ovat alistusvelvollisuuden piirissä. Ei myöskään voine olla niin, että siunauskappelista voitaisiin luopua ainoastaan se purkamalla.

Kirkollinen rakennus lakkaa siten aina olemasta kirkollinen rakennus edellä käsitellyn lainkohdan valossa joko purkamista koskevan taikka kirkon käyttämättä jättämistä koskevan päätöksen kautta. Käyttötarkoituksen muuttaminen ei välttämättä merkitse kirkollisen rakennuksen muuttumista ei-kirkolliseksi, mutta se *saattaa* (erityisesti, mikäli sitä sovellettaisiin siunauskappeleihin¹⁴¹) merkitä myös sitä.¹⁴² Sääntely onkin tältä osin huomattavan hienojakoista ja limittyvää, ja käyttötarkoituksissa voi esiintyä tulkintaepäselvyyttä sen suhteen, onko kyse muutosten jälkeen edelleen kirkollisesta rakennuksesta. Mikäli käyttötarkoituksen muutta-

¹³⁸ Kirkkohallitus 2019, 61.

¹³⁹ Kirkkohallitus 2019, s. 64.

¹⁴⁰ Ks. Kirkkohallitus 2019, s. 61–62, 64; kirkollisiin rakennuksiin kohdistuvista muutoksista Museovirasto 2020, s. 126–143.

¹⁴¹ Kirkon osalta käyttötarkoituksen muutos, *mikäli* se merkitsisi muutosta muuksi kuin kirkolliseksi rakennukseksi, tarkoittaa samalla vähintäänkin pääsääntöisesti myös kirkon käyttämättä jättämistä.

¹⁴² Ks. myös Kirkkohallitus 2019, s. 64, jossa todetaan, että ”[k]äyttötarkoituksen laajentaminen voi edellyttää kirkollisen rakennuksen muuttamista muuksi seurakunnan toimitilaksi. Tällöin rakennusta käytetään pääsääntöisesti muuna kuin jumalanpalvelustilana. Tällöin kyse on *ennemminkin kirkon käyttämättä jättämisestä kuin kirkon käyttötarkoituksen muuttamisesta*” (kurs. lis.).

mista koskevan päätöksen olisi ajateltu kohdistuvan vain edelleen kirkollisena rakennuksena säilyvään rakennukseen, jäisi muun ohella edellä sanotun perusteella avoimeksi, minkä säännöksen kautta siunauskappeli voitaisiin muuttaa muuhun käyttöön. Tällainen tulkintaepäselvyys on sikäli ratkaiseva, että kyse on samalla rakennukseen sovellettavan suojelunormiston valinnasta.

Sovellettavan lainkohdan valinnalla on myös menettelyllistä merkitystä sikäli, että KL 14:5 a:n mukaan Museoviraston lausunto on pyydettyä vain olennaista muuttamista, purkamista tai käyttötarkoituksen muuttamista merkitsevissä tilanteissa. Tässä lainkohdassa ei ole mainittu kirkon käyttämättä jättämistä, mikä siis kuitenkin merkitsee, että kyseinen rakennus siirtyy suojelunormiston näkökulmasta eri lain piiriin. Muutoksella on yleensä myös tosiasiallisia vaikutuksia rakennukseen mahdollisesti sisältyvien suojeluarvojen kannalta. Erityisesti kirkollisten rakennusten sisätiloihin sisältyviä kulttuurihistoriallisia arvoja on tyyppillisesti vaikea säilyttää, mikäli rakennukset eivät ole käytössä nimenomaan pyhäkköinä (tai museoitu).¹⁴³

Edellä kuvatut muutokset voivat siis kuitenkin kohdistua myös suojeltuihin kirkollisiin rakennuksiin, ja kirkkolaissa on oma päätöksentekomenettelynsä myös koskien kirkollisen rakennuksen suojelun (KL 14:5) ohella suojelun lakkauttamista (KL 14:5 b). Tämä lisää oman kerroksensa tulkintakysymyksiin. Muutokset ei-suojellusta kirkollisesta rakennuksesta kirkkolailla suojelluksi eivät ole lainvalinnan suhteen ongelmallisia. KL 14:5.2:n mukaan kirkkohallitus päättää suojelusta omasta, seurakunnan, tuomiokapitulin tai Museoviraston aloitteesta.¹⁴⁴ Päinvastaiseen tilanteeseen eli suojellun kirkollisen rakennuksen suojelun purkamiseen liittyy kuitenkin kysymyksiä sovellettavasta laista. KL 14:5 b:n mukaan kirkkohallitus voi¹⁴⁵ päättää, ettei kirkollista rakennusta enää ole pidettävä suojeltuna, jos:

¹⁴³ Esimerkiksi lausunnossaan ortodoksisen kirkon omistamien rakennusten karsimisesta Museovirasto piti nimenomaan kirkkojen ja rukoushuoneiden osalta myyntiä ja muuttamista toiseen käyttötarkoitukseen ongelmallisena todeten muun ohella, että pienten rukoushuoneiden merkitys ja kulttuurihistorialliset arvot kytkeytyvät suuresti niiden seurakunnalliseen käyttöön. Museovirasto 2019, s. 4.

¹⁴⁴ KL 24.8 b:n mukaisesti Museovirastolla on valitusoikeus tällaisesta päätöksestä.

¹⁴⁵ Päätöksentekoon sisältyy tarkoituksenmukaisuusharkintaa, HE 96/2013 vp, s. 15. Päätöksenteko tapahtuu siten edellytysten osalta oikeusharkinnalla, mutta asiaratkaisun osalta tarkoituksenmukaisuusharkinnalla; ks. esim. Heinilä 2017, s. 114.

- 1) rakennus on sillä tavoin vahingoittunut, ettei sitä voida saattaa ennalleen;
- 2) seurakunnalla on useita kirkollisia rakennuksia eikä sillä ole tarvetta toiminnassaan enää käyttää omistamaansa suojeltua kirkollista rakennusta;
- 3) rakennuksen suojeleminen ei ole muusta erityisestä syystä enää perusteltua.

Kirkkohallituksen on ennen päätöksen tekemistä varattava Museovirastolle ja lisäksi 5 a §:n 2 momentissa tarkoitetuissa tilanteissa Ahvenanmaan maakunnan hallitukselle tai saamelaiskäräjille tilaisuus antaa asiassa lausunto.

Kirkkohallituksen päätöksestä tulee viipymättä ilmoittaa asianomaiselle elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskukselle sekä kirkollisen rakennuksen sijaintikunnalle.

Kirkkolain muutoksen perusteluissa pykälän viimeistä momenttia on perusteltu siten, että suojelun lakkaamisesta tulee viipymättä ilmoittaa ELY-keskukselle, koska rakennuksen suojelulle saattaa olla tarve rakennusperintölain perusteella, vaikka rakennus ei enää olisi suojeltu kirkkolain mukaan.¹⁴⁶ Kuitenkin, kun suojelun lakkaaminen ja kirkollisen rakennuksen muuttuminen ei-kirkolliseksi siis ovat käsitteellisesti kaksi eri asiaa, ei suojelun lakkaaminen sinänsä lähtökohtaisesti vielä tee kirkollisesta rakennuksesta ei-kirkollista rakennusta. Jos rakennus, jonka suojeleminen lakkautetaan, säilyy kirkollisena rakennuksena, ei rakennusperintölain soveltaminen lähtökohtaisesti ole mahdollista. RakPL:n soveltuminen edellyttää sitä, että kirkollinen rakennus lakkaisi myös olemasta kirkollinen rakennus samalla kun suojeleminen puretaan. Suojelun lakkauttamista koskevan päätöksen merkitys kirkkolain järjestelmässä paljastuukin jokseenkin epämääräiseksi.

Kirkkolain esitöissä ei ole käytännössä käsitelty KL 14:2.3:n (alistettavat päätökset) ja KL 14:5 b:n (suojelun lakkaamisesta päättäminen) keskinäistä suhdetta. Yllä mainittujen säännösten mukaisissa päätöksissä on kyse kahdesta eri asiasta, joista päättäminen myös kuuluu ensi asteena kahdelle eri taholle (kirkkovaltuusto/kirkkohallitus). Hallituksen esityksessä on kuitenkin todettu, että seurakuntarakenteiden muuttuessa seurakunnilla on paineita luopua osasta kiinteistöomaisuuttaan, mahdollisesti

¹⁴⁶ HE 96/2013 vp, s. 15.

myös osasta kirkollisia rakennuksia, ja että *suojellusta kirkollisesta rakennuksesta luopuminen edellyttää päätöstä suojelun lakkaamisesta*.¹⁴⁷ Suojelun lakkauttamisen uudeksi edellytykseksi vuoden 2013 uudistuksen yhteydessä lisätiinkin edellä mainittu tarpeettomuutta koskeva säännös (KL 14:5 b 1 momentin 2 kohta).¹⁴⁸ Säännöksen soveltamisalaksi näyttääkin ajatellun nimenomaan kirkollisista rakennuksista luopuminen (eli niiden myyminen), vaikka esimerkiksi rakennuksen vahingoittumiseen liittyvän edellytyksen kautta ensisijainen seuraus lieneekin purkaminen (kun korjaaminen ei säännöksen sanamuodonkaan mukaan ole näissä tapauksissa mahdollista).

Joissakin tapauksissa KL 14:2.3:ssa tarkoitetun päätöksenteon yhteydessä onkin arvioitu tarvittavan myös kirkkolain mukaisen suojelun lakkauttamista. Näin on esimerkiksi silloin, jos ennen vuotta 1917 rakennettu kirkko jätetään käyttämättä kirkkona. Tätäkin on pidetty tarpeellisena lähinnä siksi, että on tulkinnanvaraista, onko kirkon käyttämättä jättäminen samalla tulkittava kirkon käyttötarkoituksen muuttamiseksi ja edellyttääkö se näin ollen Museovirastolta lausuntoa. Tämän vuoksi on esitetty, että mikäli kirkon käyttämättä jättämistä ei tulkita kirkon käyttötarkoituksen muuttamiseksi, olisi suojellun kirkon osalta ”selkeintä”, että kirkkohallitus samalla, kun se vahvistaa seurakunnan päätöksen kirkon käyttämättä jättämisestä, tekee myös päätöksen kirkon suojelun lakkaamisesta.¹⁴⁹ *Yleisesti* sääntely, sen esityöt ja kommentaarit kuitenkin selvästi rakentuvat sille ajatukselle, että suojelun lakkauttaminen ei ole edellytys esimerkiksi suojellun kirkon purkamispäätökselle, ja näin esimerkiksi suoraan kirkkolain nojalla suojeltu, ennen vuotta 1917 rakennettu kirkko olisi periaatteessa mahdollista purkaa KL 14:2.3:n tarkoittamalla päätöksellä *ilman*, että suojelu ensin lakkautetaan.¹⁵⁰ Oikeudellisesti suojelu kirkkolaille ei siis merkitse, että rakennuksen purkaminen olisi kielletty, kuten lähtökohtaisesti

¹⁴⁷ HE 96/2013 vp, s. 15 (kurs. lis.).

¹⁴⁸ Hallituksen esityksen mukaan (HE 96/2013 vp, s. 15) tästä syystä mahdollisuutta lakkauttaa kirkollisen rakennuksen suojelu ehdotettiin laajennettavaksi momentin 2 kohdassa siten, että suojelu voitaisiin lakkauttaa myös silloin, kun seurakunnalla on useita kirkollisia rakennuksia eikä sillä ole tarvetta toiminnassaan enää käyttää omistamaansa suojeltua kirkollista rakennusta. Useiden kirkollisten rakennusten edellytys viittaa tässä siihen, että seurakunnalla tulee KL 14:1:n mukaisesti olla (vähintään yksi) kirkko.

¹⁴⁹ Kirkkohallitus 2019, s. 66. Tästä on siis seurauksena se, että Museovirastoa kuullaan ja että sillä on myös valitusoikeus suojelun lakkauttamista koskevasta päätöksestä.

¹⁵⁰ Ks. esim. Kirkkohallitus 2019, s. 68. Muutoin olisikin esimerkiksi niin, että jos suojelu ensin lakkautettaisiin ja sitten tehtäisiin alistettava päätös esimerkiksi purkamisesta, se merkitsisi, että asia käsiteltäisiin kaksi kertaa kirkkohallituksessa ja Museovirasto olisi molemmissa vaiheissa lausunnon antajana (ja valitukseen oikeutettuna tahona).

on tilanne kaikkien muiden rakennussuojelusäädösten osalta.¹⁵¹ Suojelu merkitsee muodollisesti ainoastaan sitä, että suojellun, samoin kuin kuitenkin myös yli 50 vuotta vanhan ei-suojellun, rakennuksen olennaista muuttamista tai purkamista taikka sen käyttötarkoituksen muuttamista koskevassa asiassa tarvitaan Museoviraston lausunto, ja suojeltujen rakennusten osalta Museovirastolla on päätöksestä valitusoikeus.¹⁵²

Kirkkolain sääntely muodostuu näin suojelunäkökulmasta erikoiseksi. Suojelu ei merkitse purkamiskieltoa, vaan sillä on analyttisesti tarkasteltuna ainoastaan tiettyjä menettelyllisiä oikeusvaikutuksia. Ja vaikka KL 14:5 b:ssä on säädetty – sinänsä varsin avoimet – oikeudelliset edellytykset suojelun lakkauttamiselle, ei voimassa olevassa kirkkolaisissa ole lainkaan aineellisia säännöksiä oikeudellisista edellytyksistä, jotka esimerkiksi kirkkolailta suojellun rakennuksen purkamista koskevan päätöksen tulisi täyttää.¹⁵³

Kun tällaiselle päätökselle ei ole säädetty oikeudellisia edellytyksiä, joiden täytyessä päätös voitaisiin tehdä, rajaavat viranomaisen harkintavaltaa lähinnä hallinto-oikeudelliset harkintavallan rajoitusperiaatteet (HL 6 §) ja niiden kautta myös kirkollisten rakennusten suojelua koskevien säännösten tavoitteet, joita koskien kirkkolaki myös siis sisältää säännöksen. Suojelun lakkauttamista koskevan, KL 14:5 b:n mukaisen päätöksenteon osalta päätöksenteon sisältämän tarkoituksenmukaisuusharkinnan ohella lain esitöissä on viitattu siihen, että päätöksenteossa tulee ottaa huomioon myös 14:5.1:n mukaiset kirkollisen rakennuksen

¹⁵¹ Ks. RakPL 10.1 § ja OKL 116.2 §. Maankäyttö- ja rakennuslain nojalla voidaan sinänsä antaa hyvin monenlaisia kulttuuriperinnön säilyttämiseen tähtäviä, yksittäiseenkin rakennukseen kohdistuvia määräyksiä. Kuitenkin rakennuksen varsinaisena suojeluna voidaan pitää ainoastaan sellaisia kaavamääräyksiä, jotka ainakin lähtökohtaisesti kieltävät rakennuksen purkamisen. Esimerkiksi rakennuksen suojelua koskevan asemakaavamerkinnän sr on katsottu jo sellaisenaan merkitsevän, ettei merkinnällä osoitettua rakennusta saa purkaa. Muunlaisiin asemakaavamerkintöihin on mahdollista liittää erikseen tällainen määräys. Ympäristöministeriö 2003, s. 120.

¹⁵² Lausunto on pyydettyä jo asiaa koskevasta suunnitelmasta (KL 14:5 a). Vastaavanlaisissa tilanteissa on varattava tilaisuus antaa asiasta lausunto myös Ahvenanmaan maakunnan hallitukselle, jos kirkollinen rakennus sijaitsee Ahvenanmaalla, tai saamelaiskäräjille, jos rakennus sijaitsee saamelaisten kotiseutualueella (KL 14:5 a 2 mom.). Säädösvalmistelun yhteydessä kaavailtiin suojelun ulottamista suoraan lain nojalla näihin yli 50 vuoden ikäisiin rakennuksiin, mutta se poistettiin lakiesityksestä seurakuntien ja seurakuntayhtymien vastustuksesta, HE 96/2013 vp, s. 11. Säännöksessä 50 vuoden iän täyttymisen ratkaisee siis sen käyttöönotto; sanamuoto poikkeaa suoraan lain nojalla suojeltujen rakennusten osalta säädetystä, jossa puhutaan rakentamisesta.

¹⁵³ Näin myös Kirkkohallitus 2019, s. 68; julkaisussa (s. 70) onkin tunnustettu tarve tarkemmille perusteille siitä, milloin kirkko (suojeltu tai ei-suojeltu) voidaan purkaa.

suojelun tavoitteet.¹⁵⁴ Ilman esitöiden erityistä viittaustakin säännöksellä on kuitenkin merkitystä myös KL 14:2.3:n mukaisessa päätöksenteossa. Suhteellisuusperiaatteella on huomattava merkitys yleisemminkin paljon harkintavaltaa sisältävässä rakennussuojelusta päättämistä koskevassa päätöksenteossa, ja esimerkiksi merkittäviä kulttuurihistoriallisia arvoja sisältävän suojellun kirkollisen rakennuksen purkamisen salliminen voi merkitä erityisesti suhteellisuusperiaatteen (mutta osin mahdollisesti myös tarkoitussidonnaisuus- ja yhdenvertaisuusperiaatteiden) välityksellä harkintavallan väärinkäyttöä. Tämä ei kuitenkaan poista esimerkiksi sitä ongelmaa, että tällaisen vain hallinto-oikeudellisten yleisten oppien ohjaaman päätöksenteon premissit ovat eri osallistahoille vaikeasti ymmärrettäviä.

Sinänsä voidaan ajatella, että suojeluintressiin liittyvät kysymykset tulevat periaatteessa käsitellyksi näissä menettelyissä Museoviraston lausunto-menettelyn ja viime kädessä valitusoikeuden kautta, mutta niin ennakoitavuuden, oikeusturvakysymysten kuin myös rakennussuojelun tavoitteiden toteutumisen kannalta tilanne on epätydyttävä. Esimerkiksi Museovirasto voisi mahdollisessa valituksessaan vedota vain harkintavallan väärinkäyttöön tilanteessa, jossa päätöksenteolle ei ole säädetty aineellisoikeudellisia edellytyksiä. Muidenkin tahojen oikeusturvan ja päätöksenteon kontrollimahdollisuuksien näkökulmasta tämä tilanne on yhtä lailla ongelmallinen.

Ongelma käy hyvin ilmi Valkeakosken kirkon kirkkolain mukaista purkamispäätöstä koskevasta Helsingin hallinto-oikeuden päätöksestä 16.6.2020 T 20/0514/2 (ei lainvoimainen), joka koski ilmeisesti ensimmäistä evankelis-luterilaisen kirkon purkamista koskevaa päätöstä maassamme.¹⁵⁵ Hallinto-oikeudella ei ollut varsinaisesti aineellisia normeja, joiden nojalla valituksessa esitettyjä väitteitä olisi voitu käsitellä muutoin kuin menettelyn ja harkintavallan käytön asianmukaisuuden näkökulmasta. Myös kirkkohallitus vetosi asiassa antamassaan lausunnossa siihen, että sen päätöksestä saa valittaa hallinto-oikeudelle vain laillisuusperusteella. Lausunnon mukaan valittajat olivat esittäneet valituksessaan vain tarkoituksenmukaisuusperusteita sille, että jokin muu ratkaisu kuin kirkon purkaminen olisi ollut parempi vaihtoehto, mutta eivät sellaisia seikkoja, joiden johdosta valituksenalaisen päätöksen laillisuus olisi saatettu kyseenalaiseksi. Valitusperusteet liittyivät lausunnon mukaan päätöksen tarkoituksenmukaisuuteen, josta ei voinut tässä vaiheessa enää valittaa. Kun tilanne oikeudellisesti on yllä esitetyn kaltainen, on aineelliselta kannalta tietenkin hyvin vaikeaa esittääkään mitään

¹⁵⁴ HE 96/2013 vp, s. 15.

¹⁵⁵ Kirkkohallitus 2019, s. 68.

muuta kuin tarkoituksenmukaisuuteen liittyviä seikkoja. Kirkkohallituksen vetoaminen lausunnossaan siihen, että kaikki aineelliset valitusperusteet ovat vain tarkoituksenmukaisuusperusteita, tuo hyvin esiin päätöksenteon kontrolloitavuutta ja osallistahojen oikeusturvaa koskevat ongelmat.

Kirkko ei ollut päätöstä tehtäessä yli 50-vuotias tai suojeltu, eikä siihen kohdistunut myöskään asemakaavassa suojelumerkintöjä. Näin sitä koskeva ratkaisu ei kykene valaisemaan enemmälti edellä esiin tuotuja tulkintakysymyksiä.

Kirkkohallituksen esityksessä uudeksi kirkkolaiksi on esitetty tähän tilanteeseen parannusta. Lakiehdotuksen mukaisen KL 3:21.4:n mukaan kirkkohallituksen olisi lupapäätöstä tehdessään otettava huomioon 22 §:n 1 momentin mukaiset kirkollisen rakennuksen suojelun tavoitteet, kun se käsittelee lupaa suojellun kirkollisen rakennuksen olennaiseen muuttamiseen tai purkamiseen taikka sen käyttötarkoituksen muuttamiseen. Lakisääteinen velvollisuus suojelun tavoitteiden huomioon ottamisesta vahvistaa tavoitteiden asemaa päätöksenteon premissinä ja tekee näitä oikeudellisia premissejä myös näkyväksi esimerkiksi päätökseen tyytymättömille tahoille. Toiselta puolen, kun valitus kirkkohallituksen tällaisesta lupapäätöksestä voidaan tehdä vain laillisuusperustein, muunlainen ratkaisu olisikin kyseenalainen. Hallinto-oikeudellisilla periaatteilla olisi joka tapauksessa jatkossakin varsin merkittävä rooli viranomaisen harkintavallan rajojen muotoajana, mutta tavoitteiden eksplisiittinen huomioonottamisvelvollisuus täsmentäisi myös periaatteiden soveltamista päätöksenteossa. On selvää, että edellytyksistä voitaisiin säätää tätä täsmällisemminkin (ottaen erityisesti huomioon, että kyse voi periaatteessa olla jopa suojellun rakennuksen purkamista koskevasta päätöksenteosta), mutta toisaalta myöskään esimerkiksi rakennusperintölain järjestelmässä suojelun lakkauttamista koskeva päätöksenteko ei toimi tässä suhteessa erityisen hyvänä mallina.¹⁵⁶

¹⁵⁶ RakPL 9.2 §:n mukaan suojelupäätöksen muuttamiseen ja kumoamiseen sovelletaan, mitä suojeluesityksen tekemisestä ja suojelusta päättämisestä säädetään. Säännöksen perustelujen mukaan suojelupäätöksen muuttaminen tai kumoaminen voi aiheuttaa yhtä merkittäviä vaikutuksia kuin sen tekeminenkin, minkä vuoksi on tarkoituksenmukaista, että myös näissä tapauksissa noudatetaan samanlaista käsittelyjärjestystä. HE 101/2009 vp, s. 27. Säännös on siis lähinnä menettelysäännös, eikä laissa ole säädetty suojelupäätöksen kumoamiselle oikeudellisia edellytyksiä. Myös RakPL:n osalta kyse on paljolti sääntelyn tavoitteisiin, kohteen arvoihin ja niissä tapahtuneisiin mahdollisiin muutoksiin ja hallinto-oikeudellisiin periaatteisiin kiinnittyvästä harkinnasta. Tietty käsitteellinen ero on tietenkin siinä, että KL:n mukaisessa päätöksenteossa on tältä osin kyse rakennuksen purkamista koskevasta päätöksenteosta ja RakPL:n osalta kyse on ”vain” suojelupäätöksen kumoamisesta (tai muuttamisesta). Kyse on näin käsitteellisesti kahdesta eri asiasta, vaikka yksittäistapauksissa lopputulos voi lopulta olla enemmän taikka vähemmän samanlainen.

Nykyisin tiettyjä muutostilanteita voidaan rakennusperintölain järjestelmässä siis käsitellä myös RakPL 10 a §:n mukaisella suojelupäätöksestä poikkeamista koskevalla luvalla.

Kirkkolain päätöksenteossa seurakunnan päätös purkaa kirkollinen rakennus tai sen muuttaminen ei-kirkolliseksi esimerkiksi jättämällä kirkko käyttämättä voi tietenkin johtaa paitsi päätöksen vahvistamiseen tai vahvistamatta jättämiseen myös tällaisen rakennuksen suojelemiseen kirkkolain nojalla – ellei rakennusta siis jo ole suojeltu.¹⁵⁷ Tällaiset päätökset on alistettava saman viranomaisen (kirkkohallitus) ratkaistavaksi, jonka toimivallassa on niin suojelun lakkauttamista koskevan päätöksen tekeminen kuin myös kirkollisen rakennuksen suojeleminen, joko kirkkohallituksen omasta tai esimerkiksi Museoviraston aloitteesta (KL 14:5.2). KL 24:2.1:n mukaan, jollei vahvistettavaksi alistettu päätös ole syntynyt virheellisessä järjestyksessä taikka mene viranomaisen toimivaltaa ulommaksi tai ole muutoin lainvastainen ja jollei se myöskään ole epätarkoituksenmukainen, se on vahvistettava.¹⁵⁸ Päätökseen voidaan vahvistettaessa tehdä asia-sisältöön vaikuttamattomia oikaisuluonteisia korjauksia.¹⁵⁹

Kirkkolaissa ei ole säännöstä, jossa erikseen säädettäisiin, mikä taho voi tehdä aloitteen kirkollisen rakennuksen suojelun päättymisestä. On pidetty mahdollisena tulkita, että tällaisen aloitteen voisivat tehdä samat tahot, joilla on oikeus suojeluesityksen tekoon.¹⁶⁰ Kirkkohallitus päättää suojelusta omasta, seurakunnan, tuomiokapitulin tai Museoviraston aloitteesta (KL 14.5.2). Näin aloiteoikeus olisi esimerkiksi seurakunnalla, jonka kirkkovaltuusto siis tekee myös kirkkohallitukselle alistettavan päätöksen muun ohella kirkollisen rakennuksen purkamisesta. Muidenkin alistettavien päätösten kuin kirkon käyttämättä jättämisen osalta voitaisiin näin tulkita, että vahvistuspäätöstä käsitellessään kirkkohallitus päättäisi myös samalla tarvittaessa suojelun lakkaamisesta. Tällöin suojelun lakkaamista merkitsevälle päätöksenteolle olisi kaikissa tapauksissa samanlaiset edellytykset. Tämä myös vähentäisi sitä käsitteellistä sekaannusta, joka seuraa siitä, että

¹⁵⁷ Kun jo suojellun tai yli 50-vuotiaan rakennuksen osalta Museoviraston lausunto tarvitaan jo asiaa koskevasta suunnitelmasta, voi jo tämä lausunto tietenkin vaikuttaa myös jo seurakuntatason päätöksen sisältöön.

¹⁵⁸ Viittauksen ratkaisun epätarkoituksenmukaisuuteen on katsottu merkitsevän sitä, että alistusviranomaisella ei ole oikeutta puuttua siihen, minkä vaihtoehdon useammasta tarkoituksenmukaisesta vaihtoehdosta seurakunnan viranomaisen on valinnut, samoin kuin sitä, ettei vahvistamista voida jättää tekemättä ilman (oikeus- tai tarkoituksenmukaisuus)perustetta. Lähtökohtaisesti päätös vahvistetaan muuttamattomana taikka jätetään vahvistamatta (pois lukien asiaan vaikuttamattomat oikaisuluonteiset korjaukset). Halttunen – Pihlaja – Voipio 2008, s. 233.

¹⁵⁹ KL 24:2.1:ssä säädetään myös, että jos alistusviranomaisen on tämän lain mukaan ratkaistava asia, se voi muuttaa alistettavaa päätöstä muullakin tavalla. Voimassa olevan KL:n säännöksissä on joissakin kohdin nimenomaisesti viitattu siihen, että päätökset alistetaan ”ratkaistaviksi” (ks. KL 11:4 ja 11:5). Tällöin alistusviranomaisella on laajempi mahdollisuus muuttaa päätöstä. Halttunen – Pihlaja – Voipio 2008, s. 233–234.

¹⁶⁰ Kirkkohallitus 2019, s. 57.

suojeltu rakennus on mahdollista purkaa suoraan asiaa koskevalla päätöksellä, vaikka laki samanaikaisesti sisältää säännökset koskien suojelun lakkauttamista.¹⁶¹

Joka tapauksessa kirkon käyttämättä jättämistä (samoin kuin sen käyttö-tarkoituksen muuttamista ei-kirkolliseksi rakennukseksi) koskeva päätös merkitsee selvästi, että rakennusperintölain mukainen suojelu tulee mahdolliseksi. Vastaavasti on tulkittava, että myös kirkollisen rakennuksen purkamista tarkoittava päätös mahdollistaa rakennusperintölain käyttämisen, koska purkamisaikomus merkitsee vähintään yhtä selvästi kirkollisesta rakennuksesta kokonaan luopumista kuin kirkon käyttämättä jättämisenkin. Kun myös näihin rakennuksiin sovelletaan maankäyttö- ja rakennuslain yleisiä säännöksiä esimerkiksi rakennusten purkamista koskien, ei kirkkolainsäädännön mukainen päätöksenteko vielä yksinään mahdollista päätöksenteon kohteena olevien rakennusten purkamista.

Toisaalta vuoden 2013 lakimuutosta tehtäessä on selvästi ajateltu myös, että kun suojelu lakkautetaan KL 14:5 b:n mukaisesti, rakennus samalla päätöksellä lakkaisi olemasta kirkollinen rakennus. Muutoin rakennusperintölain soveltaminen ei olisi mahdollista ja laissa säädetty ilmoitus ELY-keskukselle olisi turha. Tulkinnalla on vaikea kokonaan poistaa sitä käsitteellistä ongelmaa, että suojelun lakkauttamista koskeva päätös on vaikea mieltää päätökseksi, jolla rakennus samalla muuttuu ei-kirkolliseksi rakennukseksi. On mahdollista konstruoida tilanne, jossa suojelu lakkautetaan, mutta rakennus säilyy silti kirkollisena rakennuksena.¹⁶² Voidaan kuitenkin arvioida, että suojelun lakkauttamiset käytännössä liittyvät pääsääntöisesti tilanteisiin, joissa myös rakennuksen oikeudelliseen asemaan kirkollisena statuksena tulee muutos. Edellä mainittu tulkinta, jossa suojelun lakkauttamista koskeva kysymys ratkaistaisiin aina (viimeistään) samassa yhteydessä kuin esimerkiksi rakennuksen purkaminen, olisi omiaan poistamaan ongelman. Tällaisessa tilanteessa ilmoitus rakennusperintölain mukaiselle viranomaiselle (samoin kuin MRL:n osalta toimivaltaiselle kunnalle) on suojeluintressin näkökulmasta perusteltu ja tarpeellinen.

Monen eri lain muodostama rakennussuojelun kokonaisuus poikkeaa siis yksittäisiltä osiltaan toisistaan myös menettelyjen suhteen. Tältä osin

¹⁶¹ Kokemuksia kirkollisten rakennusten purkamisesta ja sitä kautta säännösten soveltamisesta ja toimivuudesta on toistaiseksi kohtuullisen vähän. Ilmeisesti ainoa kirkkolain tarkoittama kirkko, jonka purkamisesta on päätetty, on siis Valkeakosken kirkko, joka sekään ei ollut statukseltaan suojeltu. Sinänsä esimerkiksi kirkoiksi yleisesti kutsutuista, mutta muodollisesti muista kuin kirkollisista rakennuksista on kyllä luovuttu, ks. esim. Kirkkohallitus 2019, s. 67.

¹⁶² Yhtenä suojelun lakkauttamisen oikeudellisena perusteena on se varsin avoin edellytys, että rakennuksen suojeleminen ei ole muusta erityisestä syystä enää perusteltua.

huomionarvoista on, että muun ohella PL 20 §:n ympäristöperusoikeussäännös edellyttää myös vaikuttamismahdollisuuksien turvaamista omaa elinympäristöä koskevassa päätöksenteossa. Näin ollen myös kirkollisten rakennusten suojelua koskevaan päätöksentekoon liittyviin osallistumismahdollisuuksiin on syytä kiinnittää huomiota.

Evankelis-luterilaiset seurakunnat hoitavat lähtökohtaisesti itse omia asioitaan (KL 7:1), ja seurakunnan päätösvaltaa käyttää kirkkovaltuusto (KL 9:1). Kirkkovaltuuston kautta seurakunnan hallinnossa toteutuu edustuksellinen demokratia, ja äänioikeus seurakuntavaaleissa on 16 vuotta täyttäneillä kirkon jäsenillä (KL 23:12).¹⁶³ KL 25:5:n mukaisesti päätöksentekomenettelyissä noudatetaan täydentävästi hallintolakia (434/2003) ja lakia sähköisestä asioinnista viranomaistoiminnassa (13/2003).

Suojelukysymysten kannalta merkityksellisiä ovat säännökset, jotka edellyttävät *määräenemmistöä* tietyissä asioissa. KL 9:3:n mukaan päätöksen tekemiseen vaaditaan, että vähintään kaksi kolmasosaa läsnä olevista ja enemmän kuin puolet kaikista kirkkovaltuuston jäsenistä kannattaa sitä asiassa, joka koskee muun ohella kirkollisen rakennuksen, kappelin, seurakuntatalon, seurakunnan virastotalon, leiri- tai kurssikeskuksen rakentamista taikka hankkimista sekä kirkollisen rakennuksen olennaista muuttamista tai purkamista, sen käyttötarkoituksen muuttamista taikka muun rakennuksen muuttamista kirkolliseksi rakennukseksi. Kirkkovaltuuston päätösvaltaa ei myöskään saa siirtää asioissa, jotka edellyttävät määräenemmistöpäätöstä (KL 9:1). Suojeluun liittyvät keskeiset päätökset, lukuun ottamatta kirkon käyttämättä jättämistä koskevaa päätöstä ja suojelua koskevia aloitteita kirkkohallitukselle, edellyttävät siten määräenemmistöpäätöstä.¹⁶⁴ Tämä vahvistaa edustuksellista päätöksentekoa ja antaa tietynlaista lisäsuojaa myös rakennuksille ja niissä tehtäville muutoksille. On kuitenkin huomattava, että myös muunlaisista osallistumismahdollisuuksista kuin vain edustuksellisen demokratian kautta toteutuvista olisi huolehdittava.¹⁶⁵ Samalla turvataan vai-

¹⁶³ Vaalikelpoisia seurakunnan ja seurakuntayhtymän luottamustoimeen ovat kristillisestä vakaumuksesta tunnetut 18 vuotta täyttäneet seurakunnan konfirmoidut jäsenet, jotka eivät ole vajaavaltaisia (KL 23:2).

¹⁶⁴ Ks. ja vrt. Kirkkohallitus 2019, s. 57, 65. Myös kiinteän omaisuuden luovuttamista koskevassa asiassa tarvitaan määräenemmistöpäätös (KL 9:3.1.4), jota kautta esimerkiksi kirkon käyttämättä jättäminen voi tulla määräenemmistöpäätöksenteon piiriin. Samoin se tulisi määräenemmistöpäätöksenteon piiriin, jos se tulkittaisiin samalla käyttötarkoituksen muuttamiseksi.

¹⁶⁵ Kansanvaltaisuuden perustavan perustuslain 2 §:n, tarkemmin sen 2 momentin, mukaan kansanvaltaan sisältyy yksilön oikeus osallistua ja vaikuttaa yhteiskunnan ja elinympäristönsä kehittämiseen. Säännöksen perustelujen mukaan säännös ilmaisee sen periaatteen, etteivät yksilön mahdollisuudet vaikuttaa yhteiskunnan ja elinympäristön kehittämiseen voi

kutusmahdollisuuksia kirkon jäsenyydestä riippumatta, kun kirkolliset rakennukset ovat osa laajempaa kansallista kulttuuriperintöä ja niillä on merkitystä laajemminkin kuin vain rakennukset omistavan seurakunnan jäsenten kannalta.¹⁶⁶ Vaikka kirkoilla on tietty autonomia, eivät kirkolliset rakennukset ja niiden suojelu osana kansallista kulttuuriperintöä ole yksinomaan kirkon sisäinen kysymys.

5.2 Ortodoksisesta kirkosta annetun lain mukaiset rakennukset

Ortodoksisesta kirkosta annetun lain sääntely on muutostilanteiden osalta rakenteeltaan monelta osin vastaavaa kuin kirkkolain sääntely. Myös se sisältää alistusmenettelyn muun ohella kirkkojen ja rukoushuoneiden rakentamista, purkamista, korjaamista ja käyttämättä jättämistä koskien, ja Museoviraston rooli sekä muutoksissa että suojelustatuksen muutoksissa on vastaavan kaltainen kuin kirkkolain piirissä. OKL:n sääntelyssä välteään lähinnä sääntelyn niukkuudesta johtuen tiettyjä edellä kuvattuja evankelis-luterilaista kirkkolakia vaivaavia tulkinnallisia haasteita. Toisaalta sekä OKL:n säännösten että niiden perustelujen niukkuus on omiaan aiheuttamaan yleisempää tulkinnanvarisuutta. Kuitenkin, koska sääntely on perusrakenteiltaan hyvin samanlainen kuin kirkkolain sääntely, on ortodoksisesta kirkosta annetun lain tulkinnassa mahdollista nojautua suurelta osin siihen, mitä edellä on kirkkolaista sanottu. Ortodoksisessa kirkkolaisessa käytetään muutostilanteiden osalta paljon samoja käsitteitä (esimerkiksi kirkon tai rukoushuoneen käyttämättä jättäminen), jolloin edellä näiden käsitteiden sisällöstä sanottua voidaan käytännössä hyödyntää myös OKL:ia tulkittaessa.

OKL 98.1 §:n mukaan seurakunnanvaltuuston tai luostarin johtokunnan päätös on alistettava kirkollishallituksen vahvistettavaksi, ennen kuin päätös saadaan panna täytäntöön, jos päätös koskee muun ohella kirkon tai rukoushuoneen rakentamista, purkamista tai sitä olennaisesti muuttavaa

kansanvaltaisessa yhteiskunnassa rajoittua pelkästään mahdollisuuteen äänestää vaaleissa. HE 1/1998 vp, s. 74.

¹⁶⁶ Nämä vaikutusmahdollisuudet toteutuvat tietenkin osaltaan myös MRL:n menettelyjen kautta, joskin esimerkiksi MRL:n lupamenettelyissä itse menettelyä koskevat osallistumis- ja vaikutusmahdollisuudet voivat olla varsin suppeat. Esimerkiksi purkamisluvan osalta valitusoikeus sinänsä on voimassa olevan MRL 192.2 §:n mukaisesti kaikilla kunnan jäsenillä. MRL:n kokonaisuudistus on kuitenkin paraikaa käynnissä, ja tätä kirjoitettaessa käytettävissä olevan lakiluonnoksen mukaan kunnan jäsenyyteen perustuva valitusoikeus purkamisluvasta olisi poistumassa.

korjaamista koskevan suunnitelman hyväksymistä taikka kirkon tai rukoushuoneen käyttämättä jättämistä.¹⁶⁷ Tällaista alistusmenettelyä ei sisällynyt aiempaan lakiin kirkon tai rukoushuoneen käyttämättä jättämistä tai purkamista koskevien suunnitelmien osalta, ja myös rukoushuoneen rakentamista koskevilta osin sääntely oli uutta.¹⁶⁸ Kirkon tai rukoushuoneen käyttötarkoituksen muuttamista koskevaa sääntelyä OKL ei sisällä; mahdollisia samankaltaisia toimenpiteitä arvioidaan siten joko olennaisina muutoksina taikka käyttämättä jättämisenä. Tämä tekee OKL:n järjestelmästä helpommin sovellettavan lainvalintaan liittyvien vaikutusten näkökulmasta.

OKL 116.4 §:n mukaan, jos suojeltu kirkko tai rukoushuone on sillä tavoin vahingoittunut, ettei sitä voida saattaa ennalleen, tai jos rakennuksen suojeleminen muusta erityisestä syystä ei enää ole perusteltua, kirkollishallitus voi, varattuun Museovirastolle tilaisuuden antaa asiasta lausunnon, päättää, ettei rakennusta enää ole pidettävä suojelunalaisena. Suojelun lakkauttamisen edellytyksissä ei ole kirkkolakiin vuonna 2013 lisätyn kirkollisen rakennuksen tarpeettomuuden kaltaista edellytystä, mutta toisaalta KL:n sääntelyä vastaavan avoimen erityisen syyn edellytyksen voidaan ajatella kattavan tämänkaltaisiakin perusteita. Museovirastolla on oikeus antaa lausunto suojelun lakkauttamista koskevassa asiassa (OKL 116.4 §), samoin kuin ennen kuin suunnitelma suojeltua kirkkoa tai rukoushuonetta olennaisesti muuttavaksi korjaamiseksi hyväksytään (OKL 116.3 §).

Sääntelyn rakenne eri päätöksentekomenettelyjen keskinäisen suhteen näkökulmasta on ortodoksisesta kirkosta annetussa laissa hieman selkeämpi kuin evankelis-luterilaisen kirkon kirkkolaissa. Säännökset on yleisesti ottaen rakennettu niin, että kysymykset suojelun lakkauttamisesta ja kirkoista ja rukoushuoneista (tavalla tai toisella) luopumisesta ovat erillisiä kysymyksiä. Kun suojelun keskeinen oikeusvaikutus (OKL 116.2 §:n purkamiskielto ja kielto koskien muutoksia, jotka vaarantavat rakennuksen kulttuurihistoriallisen arvon) on määritelty selvästi laissa, voidaan lähteä siitä johdonmukaisesta ajatuksesta, että mikäli suojeltuun kirkkoon tai rukoushuoneeseen kohdistuisi tarve tehdä tavalla tai toisella OKL 116.2 §:n vastaisia muutoksia, suojelu on lakkautettava erillisellä päätöksellä, jotta näitä toimenpiteitä koskeva päätös voitaisiin tehdä. Samoin suojellun kirkon tai rukoushuoneen käyttämättä jättäminen edellyttäne edellä kirkko-

¹⁶⁷ Voimassa olevaa kirkkolakia vastaavasti, jollei alistettu päätös ole syntynyt virheellisessä järjestyksessä taikka mene viranomaisen toimivaltaa ulommaksi tai ole muuten lainvastainen ja jollei se myöskään ole epätarkoituksenmukainen, se on vahvistettava. Päätökseen voidaan vahvistettaessa tehdä asiasisältöön vaikuttamattomia oikaisuluonteisia korjauksia (OKL 98.3 §).

¹⁶⁸ Ks. HE 59/2006 vp, s. 50.

laista sanottua vastaavasti suojelun lakkauttamista jo sillä perusteella, ettei suojelusäännösten soveltamisalan ulkopuolelle jääviin rakennuksiin voi kohdistua OKL:n mukaista suojelua. Kirkon taikka rukoushuoneen käyttämättä jättäminen voi kuitenkin tarkoittaa myös sen kaltaista kirkollisen rakennuksen käyttötarkoituksen muutosta, että suojellun kirkollisen rakennuksen osalta se merkitsisi OKL 116.2 §:n kieltämän seurauksen syntymistä, koska käyttötarkoituksen muutoksella on todennäköisestikin haitallisia vaikutuksia suojelun piiriin kuuluvaan kiinteään sisustukseen, siihen liittyviin maalauksiin ja muihin taideteoksiin.

Tässä suhteessa laki ortodoksisesta kirkosta sisältää kuitenkin yhden viitteen mahdollisesta epäjohdonmukaisuudesta. Museovirasto saa OKL 102.2 §:n mukaan tehdä oikaisuvaatimuksen seurakunnan päätöksestä, joka koskee 116 §:n nojalla *suojehtuun* kirkkoon tai rukoushuoneeseen kohdistuvia 98 §:n 1 momentin 5 kohdassa tarkoitettuja toimenpiteitä (kirkon tai rukoushuoneen rakentamista, purkamista tai sitä olennaisesti muuttavaa korjaamista koskevan suunnitelman hyväksyminen taikka kirkon tai rukoushuoneen käyttämättä jättäminen), sekä kirkollishallituksen 116 §:n 1 ja 4 momentin nojalla tekemästä päätöksestä (suojehtua koskeva päätös tai suojelun lakkauttaminen). Säännösviittaus kattaisi siten periaatteessa myös esimerkiksi suojellun kirkon tai rukoushuoneen purkamista koskevan päätöksen, mihin myös lain esityöt viittaavat.¹⁶⁹ OKL:n sääntely huomioiden on kuitenkin ilmeistä, että OKL 116.4 §:n mukainen päätös suojelun lakkauttamisesta on välttämätön edellytys sille, että suojellun rakennuksen purkamista koskeva päätös voidaan vahvistaa. Muutoin tällainen päätös olisi vastoin purkamisen kieltävää laintasoista säännöstä.

Vastaavalla tavoin kuin evankelis-luterilaisen kirkon rakennusten osalta myös rakennusperintölain soveltaminen tulee lähtökohtaisesti mahdolliseksi siinä vaiheessa, kun kyse ei ole enää kirkollisesta rakennuksesta. OKL ei kuitenkaan sisällä vastaavia ilmoitusvelvollisuuksia ELY-keskukselle sekä kunnalle kuin evankelis-luterilaisen kirkon kirkkolaki. Museovirastolla onkin muutostilanteissa, joissa se katsoo olevan kyse suojelun tarpeesta olevista rakennuksista, suuri vastuu ja myös esimerkiksi mahdollisuus tehdä rakennusperintölain mukainen suojeluesitys ELY-keskukselle

¹⁶⁹ Säännöksen perusteluissa mainitaan, että museovirastolla olisi lisäksi oikaisuvaatimusoikeus eräistä kirkollisten rakennusten suojeluun liittyvistä päätöksistä. Oikaisuvaatimusoikeus koskisi hallituksen esityksen mukaan päätöstä 116 §:n nojalla suojellun kirkon tai rukoushuoneen purkamista tai sitä olennaisesti muuttavaa korjaamista koskevan suunnitelman hyväksymisestä, 116 §:n 1 momentin mukaista päätöstä, jolla kirkko tai rukoushuone määrätään suojehtavaksi, sekä 116 §:n 4 momentin mukaista päätöstä siitä, ettei rakennusta enää ole pidettävä suojelunalaisena. HE 59/2006 vp, s. 52.

(RakPL 5 §). Kun kyse on suojelemattomista kirkoista tai rukoushuoneista, asia tietenkin käsitellään ensisijaisesti OKL:n mukaisena suojeluasiana.¹⁷⁰

5.3 Kirkollisten rakennusten muutokset ja maankäyttö- ja rakennuslaki

Kirkkolainsäädännön mukainen päätöksentekokaan ei kuitenkaan vielä yksinään merkitse, että rakennus esimerkiksi voidaan purkaa, koska kirkollisiin rakennuksiin sovelletaan myös MRL:n säännöksiä muun ohella purkamislupasta.¹⁷¹ Jos rakennus on kirkkosäädöksiin suojeltu, ei MRL:n mukaista purkamislupaa voitane myöntää. Suojelun lakkaamista koskevan asian tulee siten olla (tavalla tai toisella) käsitelty kirkkolainsäädännön mukaisessa menettelyssä, ennen kuin MRL:n mukainen lupa voidaan myöntää.

Rakennuksen suojelu rakennusperintölailla tai asemakaavalla estää varsin yksiselitteisesti rakennusta koskevan purkamisluvan myöntämisen (eräitä poikkeuksellisia suojelumääräyksiä lukuun ottamatta, kuten vuosikirjaratkaisussa KHO 2009:67). KHO:n vuosikirjaratkaisuisista KHO 2002:73 ja KHO 2002:74 lähtien purkamislupajärjestelmän funktiona on ollut sen varmistaminen, että rakennuksen suojelua koskeva asia tulee käsiteltyä asianmukaisessa suojelumenettelyssä. Lähtökohtana on, että jollei rakennusta ole suojeltu tai päätetä suojella (lähtökohtaisesti asemakaavalla tai RakPL:n mukaisella päätöksellä), purkamisluvan myöntämiselle ei ole estettä. Vaikka oikeuskäytäntö käsittelee yksinomaan rakennusperintölailla tai kaavalla suojeltuja kohteita, ei kirkollisia rakennuksia ja niiden suojelua

¹⁷⁰ OKL 116.1 §:n mukaan kirkollishallitus voi tehdä suojelusta päätöksen paitsi omasta myös seurakunnan tai Museoviraston aloitteesta. Ennen suojelupäätöksen tekemistä Museovirastolle on varattava tilaisuus antaa asiasta lausunto.

¹⁷¹ Purkamislupaa tarvitaan rakennuksen tai sen osan purkamiseen asemakaava-alueella tai alueella, jolla voimassa rakennuskielto asemakaavan laatimiseksi. Se on tarpeen myös, jos yleiskaavassa niin määrätään (MRL 127.1 §). Niissä tapauksissa, joissa purkamislupaa ei tarvita, on tehtävä MRL 127.3 §:n mukainen *purkamisilmoitus* rakennusvalvontaviranomaiselle 30 päivää ennen purkamistyöhön ryhtymistä. Rakennusvalvontaviranomainen voi mainitun ajan kuluessa perustellusta syystä vaatia luvan hakemista. Esimerkiksi rakennukseen mahdollisesti sisältyvät erityiset kulttuuriperintöarvot ovat varsin selvästi purkamisluvan funktio huomioiden seikkoja, joiden nojalla purkamislupa ilmoituksen sijasta on tarpeen; ks. myös HE 101/1998 vp, s. 101. Maankäyttö- ja rakennusasetuksen (895/1999, MRA) 67 §:n mukaan, jos rakennuksen tai sen osan purkaminen voi merkitä historiallisesti tai rakennustaitteellisesti arvokkaan rakennuksen taikka kaupunkikuvan tai rakennetun ympäristön turmeltumista, kunnan rakennusvalvontaviranomaisen tulee 14 päivän kuluessa purkamisilmoituksen tai purkamiseen johtavan rakennuslupahakemuksen saatuaan tiedottaa siitä kunnanhallitukselle ja ELY-keskukselle. Näillä tahoilla on mahdollisuus vaikuttaa rakennusta ja sen suojelua koskevien prosessien käynnistämiseen.

kirkkolainsäädännön nojalla voitane pitää tässä suhteessa eri asemassa ottaen huomioon rakennussuojelun järjestelmän koherenssiin liittyvät seikat.

Vuoden 2002 vuosikirjaratkaisuissa muodostuneeseen lähtökohtaan on kuitenkin eräitä poikkeuksia, kuten KHO 12.12.2008 T 3237 (LRS) ja KHO 2020:158. KHO on eräillä, muina ratkaisuihin julkaistuilla viime vuosikymmenen puolivälin ratkaisuillaan näyttänyt myös irtautuneen siitä vuoden 2002 vuosikirjaratkaisuihin perustuvasta tulkinnasta, jonka mukaan sellaisen menettelyn vireilläolo, jossa suojelukysymys ratkaistaan, estää purkamisluvan myöntämisen (ks. KHO 17.9.2015 T 2447, KHO 27.5.2015 T 1383 ja KHO 3.12.2014 T 3844). Oikeustila onkin tällä hetkellä purkamislupien suhteen nimenomaan näiden ratkaisujen seurauksena jossain määrin epämääräinen ja edellä viitatuun purkamislupajärjestelmän tarkoituksen ja samalla suojelujärjestelmän kokonaisuuden näkökulmasta varsin ongelmallinen. Esimerkiksi rakennusperintölain mukaisen menettelyn irrottaminen MRL:n mukaisen purkamisluvan edellytyksistä merkitsee, että rakennuksen purkamiselle saattaa olla olemassa lainvoimainen purkamislupa mutta rakennus voi periaatteessa tulla rakennusperintölailla suojelluksi. Ratkaisussa KHO 3.12.2014 T 3844 vireillä oli toisaalta myös alueen asemakaavoitus.¹⁷²

Vailla suojelua olevien kirkollisten rakennusten osalta kirkkolainsäädännön mukaista päätöstä ei voitane pitää MRL:n mukaisen luvan myöntämisen edellytyksenä. Näin päätökset voitaisiin lähtökohtaisesti tehdä kummassa järjestyksessä tahansa. Periaatteessa kumman tahansa hallinnollisen käsittelyn yhteydessä voi kuitenkin tulla vireille myös rakennuksen suojelua koskeva kysymys (kirkkolainsäädännön osalta suojelu näiden lakien mukaisesti ja MRL:n purkamisluvan yhteydessä joko kaavasuojelu tai RakPL:n mukainen suojelu). Kun kirkollisten rakennusten suojelun ensisijaisena välineenä on pidettävä kirkkolakien mukaista suojelua (vaikka kaavasuojelun ja kirkkolainsäädännön mukaista suhdetta ei sinänsä olekaan lainsäädännössä määritelty), lienee perusteltua, että kirkkolainsäädännön mukainen päätöksenteko lähtökohtaisesti edeltäisi MRL:n mukaista päätöksentekoa. Näin myös esimerkiksi Museoviraston mahdolliset kannanotot rakennusta koskien ovat käytettävissä MRL:n mukaisessa menettelyssä. Samoin se, että MRL:n mukaista purkamislupaa olisi jo haettu tai se olisi jopa myönnetty ennen asian käsittelyä kirkkolain mukaisessa päätöksenteossa, olisi tuskin eduksi keskustelulle ja asian käsittelylle kirkon päätöksentekoelimissä.

¹⁷² Ks. purkamislupia koskevasta oikeuskäytännöstä Mikkeliä 2017, jossa (s. 66–67) tosin yllä viitatu seikat tunnustetaan ongelmaksi vain osittain.

Myös edellä mainitussa Valkeakosken kirkon purkamista koskevassa Helsingin hallinto-oikeuden päätöksessä todettiin kirkkolain soveltamisen näkökulmasta kirkkolain mukaisen käsittelyn erillisyyden suhteessa MRL:n mukaiseen lupamenettelyyn. Asemakaavan suojelumerkintää koskevan valitusperusteen osalta hallinto-oikeus jätti ratkaisussaan sen tutkimatta ja katsoi, että asemakaavoitusta koskevissa valitusperusteissa kysymys oli yksinomaan sellaisista seikoista, jotka tulivat ratkaistavaksi vasta valituksenalaisessa päätöksessä tarkoitetun kirkon purkamisen lupaharkintamenettelyssä.¹⁷³

Myös kaava ja sen suojelumääräykset voivat kuitenkin estää purkamisluvan myöntämisen ja siten rakennuksen purkamisen, vaikka kirkkolainsäädännön mukainen päätös olisikin tehty ja lainvoimainen. Näin ollen, mikäli esimerkiksi asemakaava sisältää rakennuksen purkamisen kieltävän kaavamääräyksen, muodostaa tämä purkamisluvan myöntämisen esteen. Rakennus säilyy siten lähtökohtaisesti suojeltuna MRL:n nojalla. Tilanteissa, joissa kaavassa on aiemmin mainitulla tavoin yksinomaan *todettu* kirkkolainsäädännön mukainen suojelu, tämän suojelun purkamisen kuitenkin merkinnee, ettei kaava tässä suhteessa aseta esteitä purkamiselle. Rakennuksen kaavasuojelusta luopuminen edellyttää lähtökohtaisesti kaavan muuttamista siten, että suojelumerkintä poistetaan; tällöin myös riittävän laajat osallistumis- ja vuorovaikutusmenettelyt ja vaikutusten arviointi tulevat turvatuiksi, mitä voidaan pitää tässä tapauksessa tärkeänä, koska kirkollisilla rakennuksilla voi olla tärkeä merkitys myös esimerkiksi vähemmän aktiivisille kirkon jäsenille.¹⁷⁴ Muodollisesti MRL mahdollistaa sinänsä myös asian käsittelyn MRL 171 §:n mukaisessa poikkeamismenettelyssä, mutta poikkeamisen käyttöala jää tällaisissa tilanteissa varsin kapeaksi paitsi yllä mainituista, mutta osin myös poikkeamissääntelyyn liittyvistä syistä.¹⁷⁵

Purkamisen on rakennuksen ja siihen mahdollisesti sisältyvien kulttuuriympäristöarvojen kannalta tietenkin kaikkein dramaattisin toimenpide, mutta kirkollisiin rakennuksiin kohdistuu myös – ja käytännössä enim-

¹⁷³ Hallinto-oikeus totesi, että valittajien oikeussuoja tai seurakunnan hallinnon ja toiminnan lainmukaisuuden valvonta eivät näin ollen edellyttäneet mahdollisuutta saada kirkollisvalitus kirkon purkamista koskevasta päätöksestä tutkittavaksi mainitulla perusteella.

¹⁷⁴ Mahdollisimman laajaa keskustelua muutoksista korostaa Museovirasto 2020, s. 133.

¹⁷⁵ MRL 171.2 §:n mukaan poikkeamista ei saa muun ohella myöntää, jos se vaikeuttaa rakennetun ympäristön suojelemista koskevien tavoitteiden saavuttamista. Ks. Heinilä 2017, s. 374. MRL:n mukaisin (poikkeamis)päätöksin ei tietenkään voida myöskään sallia muussa lainsäädännössä, kuten kirkkolainsäädännössä, kiellettyjä toimenpiteitä, ks. esim. mt., s. 371.

mäkseen – aivan muunlaisia toimenpiteitä. Tässä ei ole tarpeen tarkastella erilaisten korjaus- ja muutostöiden MRL:n mukaista luvanvaraisuutta, mutta on syytä kiinnittää huomiota niihin toimenpiteisiin, joissa rakennuksen status (suojeltuna) kirkollisena rakennuksena muuttuu. Jos alueella on voimassa asemakaava, kirkollisten rakennusten korttelit on tyypillisesti osoitettu kaavoissa pääkäyttötarkoitukseltaan yleisten rakennusten kortteli-alueiksi.

Asemakaavassa niiden lähtökohtainen kaavamerkintä on maankäyttö- ja rakennuslain mukaisissa kaavoissa käytettävistä merkinnöistä annetun asetuksen (31.3.2000/1284) mukainen kaavamerkintä 19, kirkkojen ja muiden seurakunnallisten rakennusten korttelialue. Kirkollisen rakennuksen käsitteellä ei siten ole kaavoituksen ja kaavanmukaisuuden näkökulmasta samanlaista merkitystä kuin suojelunormiston valinnan kannalta kaavamerkinnän kattaessa kaikki seurakunnalliset rakennukset. Sillä siis on kuitenkin merkitystä silloin, kun kirkkolainsäädännön mukainen suojelu todetaan kaavassa. Kaavan merkintöjen ja määräysten tulisi vastata kirkkolainsäädännön soveltamisalaa.

Jos seurakunnat luopuvat rakennuksistaan, niiden muuttunut käyttö (silloin kun käyttötarkoitus muuttuu asemakaavan mukaisesta käyttötarkoituksesta¹⁷⁶) ei välttämättä enää ole voimassa olevan kaavan mukaista, vaan rakennuksessa tapahtuvien muutostöiden tai käyttötarkoituksen olennaisen muuttamisen edellyttämän rakennusluvan myöntäminen edellyttää joko kaavan muuttamista tai vähintään MRL 171 §:n mukaista poikkeamis päätöstä. Evankelis-luterilaisen kirkon osalta KL 14:5 b:n mukaan suojelun lakkauttamisesta tulee viipymättä ilmoittaa kirkollisen rakennuksen sijaintikunnalle. Perustelujen mukaan ilmoitusvelvollisuus on, koska rakennus voi olla suojeltu myös asemakaavassa ja suojelun lakkaaminen voi edellyttää kaavavaruksen muuttamista.¹⁷⁷ Käytännössä kaavoitukseen liittyvät kysymykset on edellä mainitusta syystä jokseenkin välttämätöntä pyrkiä selvittämään jo paljon varhaisemmassa vaiheessa, jotta tulevan käytön kaavalliset edellytykset tulisivat selvitettyiksi ja ratkaistuiksi.

¹⁷⁶ Tämä arviointi (jossa rakennuksen käyttötarkoitusta verrataan kaavan mukaiseen käyttötarkoitukseen) siis tehdään MRL:n mukaan, eikä kirkkolain mukainen käyttötarkoitusmuutoksen käsite ole tässä millään tavoin merkitsevä.

¹⁷⁷ HE 96/2013 vp, s. 13. Säännöksessä viitataan siis ”kirkollisen rakennuksen” sijaintikuntaan, vaikka kirkollista rakennusta ei voida suojella rakennusperintölailla, mikä taas on ollut perusteluna samassa säännöksessä määritellylle ilmoitusvelvollisuudelle ELY-keskukselle. Sääntely lähtee siten edellä kuvatulla tavoin siitä oletuksesta, että suojelun lakkaamisen yhteydessä rakennus samalla lakkaisi olemasta kirkollinen rakennus.

Ilmoitusvelvollisuutta ELY-keskukselle on siis perusteltu mahdollisella tarpeella käsitellä rakennuksen suojelukysymys rakennusperintölain mukaan, ja ilmoitusvelvollisuutta kunnalle viittaamalla kaavavarauksen muuttamistarpeeseen. Tämä kaavavarauksen muuttamistarve voi merkitä myös suojelutarvetta asemakaavalla. Asemakaava-alueilla ja asemakaavoitettavilla alueilla rakennussuojelun järjestelmän lähtökohta RakPL 2.2 §:n mukaan on suojelu nimenomaan kaavalla. Rakennusperintölain mukaisen suojelun käyttäminen asemakaava-alueilla on mahdollista vain aiemmin kuvatuissa, RakPL 2.3 §:ssä määritellyissä tapauksissa.

Kirkollisten rakennusten kulttuuriympäristöarvojen säilyttäminen käytötarkoituksuuksien yhteydessä voi edellä sanotulla tavoin olla haasteellista, kun nämä arvot liittyvät usein sisätiloihin ja esimerkiksi näihin tiloihin nimenomaisesti suunniteltuihin taideteoksiin. Tilojen säilyminen kirkollisessa käytössä on siten paras keino säilyttää nämä arvot. Sisätilojen suojelutarve voi siis kuitenkin olla peruste soveltaa rakennusperintölakia myös lähtökohtaisesti kaavasuojelualueella, vaikka myös sisätilojen tietynasteinen suojelu kaavalla onkin mahdollista. RakPL:n mukainen suojelu on kuitenkin tässä suhteessa lähtökohtaisesti toimivampi väline.

Evankelis-luterilaisen ja ortodoksisen kirkon omistamien rakennusten osalta sovellettavaksi tulevalla suojelunormistolla on potentiaalisesti taloudellista merkitystä. Asemakaavasuojelun osalta (silloin kun kyse ei ole tilanteesta, jossa suojelumääräykset ovat kaavan kokonaisuudessa arvioituna kohtuullisia) korvauksista säädetään MRL 57.3 §:ssä siten, että oikeudesta korvaukseen on voimassa, mitä rakennusperintölain 13–15 §:ssä säädetään. Korvausvelvollinen muun kuin valtakunnallisesti merkittävän kohteen suojelun osalta on kuitenkin kunta.¹⁷⁸ Kunnan korvausvelvollisuudesta lainkohdassa säädetty ei kuitenkaan koske julkisyhteisöjen omistamia rakennuksia. RakPL:n korvaussääntelyssä puolestaan kunnalle, valtiolle ja valtion liikelaitoksille aiheutunutta vahinkoa tai haittaa ei korvata (RakPL 13.3 §). Näin kirkon omistamien rakennusten suojelusta korvausta lähtökohtaisesti voi saada RakPL:n mukaisesta suojelusta aiheutuvaan, mutta ei kaavasuojelusta aiheutuvaan merkitykselliseen vahinkoon tai haittaan. Kirkon omistamien rakennusten osalta omistajan intressissä on siten rakennuksen suojelu rakennusperintölain nojalla pikemmin kuin kaavalla, silloin kun kyse ei ole kirkollisista rakennuksista.¹⁷⁹ Tällä on merkitystä järjestelmän toimivuuden kannalta,

¹⁷⁸ MRL:ssa puhutaan näin korvausvelvollisuuden jaon osalta valtakunnallisesti merkittävästä rakennuksesta ja RakPL 2.3 §:ssä lakien työnjaon osalta kohteen valtakunnallisesta merkityksestä. Sanamuodot eivät siis täysin vastaa toisiaan.

¹⁷⁹ Säännöstä perusteltiin sillä, että se vastasi myös rakennusperintölain säätämistä edeltänyttä oikeustilaa; HE 101/2009, s. 30.

kun sovellettavan lain valinnassa merkitystä ei pitäisi olla korvaussääntelyllä vaan suojeleinstrumentin tulisi määräytyä sen mukaan, mikä väline mihinkin tilanteeseen on lähtökohtaisesti tarkoitettu (vaikkakaan, kuten edellä on käynyt ilmi, tämä ei ole kaikissa tapauksissa helppo kysymys ratkaista).¹⁸⁰ MRL 57.3 §:n sanamuoto sinänsä kuitenkin viittaa vain siihen, mitä kunnan korvausvelvollisuuden osalta on säädetty. Näin valtakunnallisesti merkittävien rakennusten osalta voitaisiin myös tulkita, että korvauksissa niiden osalta sovelletaan tältäkin osin RakPL:n sanamuotoa, jossa evankelis-luterilainen kirkko ja ortodoksinen kirkko jäävät korvauksia koskevan poikkeuksen ulkopuolelle.¹⁸¹

6 YHTEENVETO JA JOHTOPÄÄTÖKSET

Lähtökohtaisesti voidaan ajatella, että kirkolliset rakennukset ovat ilman suojeleuakin olennaisesti paremmin suojassa purkamiselta ja niiden arvoihin kielteisesti vaikuttavilta muutoksilta. Näin ei kuitenkaan nykypäivänä välttämättä enää aina ole. Kaupungistumiskehityksen jatkuminen, sekä väestön että rakennuskannan ikääntyminen ja erilaiset (paljolti näistä johtuvat) taloudelliset paineet aiheuttavat tarpeita esimerkiksi seurakuntajaon muutoksille ja vaikuttavat paitsi tätä kautta myös muutoin kirkkojen kiinteään omaisuuteen, jopa pyhäkköihin. Vanheneva kiinteistökanava ja lisääntyvät korjaustarpeet lisäävät taloudellisia haasteita.¹⁸² Tämä johtaa tietynlaiseen maallisen ja pyhän konfliktiin, kun kirkolliset rakennukset ovat teologisesta näkökulmasta pyhiä rakennuksia, joiden purkaminen tai muuhun käyttöön muuttaminenkin voi näyttäytyä ongelmallisena.¹⁸³ Samanaikaisesti kirkollisilla rakennuksilla on erityinen merkitys kirkon jäsenille,

¹⁸⁰ Kun kirkkolainsäädännön mukaisesta suojelusta ei makseta korvauksia, on suojele rakennusperintölailla siis (ainakin muiden kuin valtakunnallisesti merkittävien kohteiden osalta) ainoa väline, jonka mukaisesta suojelusta seurakunnilla on mahdollisuus korvauksiin.

¹⁸¹ Suojelusta aiheutuviin kustannuksiin on toki mahdollista saada monenlaisia avustuksia, ks. esim. evankelis-luterilaisen kirkon osalta Kirkkohallitus 2019, s. 57–58, 66, 81–82.

¹⁸² Ks. Kirkkohallitus 2019, s. 83.

¹⁸³ Ks. esim. ortodoksi-pyhäkköjen osalta Arkkipiispa Johannes 1992, s. 40–41. Kirkot ovat siis tietyllä tapaa kahden maailman ja myös normijärjestelmän jäseniä, kun niitä sitoo yhtäältä kansallinen lainsäädäntö esimerkiksi perusoikeuksineen, toisaalta jäsenyys laajemmassa tunnustuskunnassa ja sen uskonnolliset normit ja perinteet. Samanaikaisesti kirkot ovat tietenkin myös (esimerkiksi taloudellisesti ja muutoin) osa yhteiskuntaa, ja sen ilmiöt voivat olla vaikeasti yhteensovittavissa oikeudellisten normien ohella myös uskonnollisten normien kanssa. Tällainen asetelma lienee varsin altis myös oikeudellisiksi muotoutuville konflikteille. Tältäkin osin mahdollisimman suuri avoimuus ja vuorovaikutus päätöksenteossa ovat omiaan lieventämään konflikteja ja myös parantamaan päätöksenteon laatua.

mutta myös muille merkityksellisenä osana elinympäristöä ja kansallista kulttuuriperintöä.¹⁸⁴

Kirkoissa muutospaineisiin ja edellä kuvattuun konfliktiin onkin herätty, muun ohella laatimalla rakennusperintöstrategioita ja muuta muutoksen hallintaan tähtäävää materiaalia.¹⁸⁵ On kuitenkin hyvin todennäköistä, että muutokset näkyvät myös konkreettisina uhkina kirkollisen kulttuuriperinnön säilymiselle.¹⁸⁶ Tarve asiaa koskevan lainsäädännön lainopilliselle tutkimukselle on ilmeinen. Tätä tarvetta tämä tutkimus on osaltaan pyrkinyt palvelemaan.

Rakennussuojelusäntelyn kokonaisuus on selkeä vain, mikäli sitä tarkastellaan hyvin yleisellä tasolla. Tulkinnaaliset ongelmat eivät ole vähäisimpiä puhuttaessa kirkollisten rakennusten suojelusta. Niiden osalta joudutaan erityisesti muutostilanteissa toistuvasti kiinnittämään kirkkolainsäädännön omien tulkintakysymysten ohella huomiota myös pääsääntöisen suojelujärjestelmän, rakennusperintölain ja maankäyttö- ja rakennuslain sääntelyyn. Niidenkään työnjako ei ole yksiselitteinen, ja lainvalintaan sisältyy juuri seurakuntien rakennusten osalta sinänsä mahdollisesti myös taloudellisia kysymyksiä.

Ideaalitilanteessa rakennukset suojellaan siten kuin rakennussuojelun kokonaisuuden on ajateltu toimivan. Asemakaava-alueilla suojeluvälineenä on asemakaava (pois lukien tietyt tapaukset, joihin rakennusperintölain mukainen suojelu sopii paremmin), muilla rakennusperintölaki, ja evankelis-luterilaisen ja ortodoksisen kirkon kirkolliset rakennukset suojellaan ensisijaisesti omilla laeillaan. Aina näin ei kuitenkaan eri syistä tapahdu, ja yksittäistapauksissa voi olla perusteltua käyttää muutakin kuin ensisijaista suojeluinstrumenttia. PL 20.1 §:n mukaan vastuu luonnosta ja sen monimuotoisuudesta, ympäristöstä ja kulttuuriperinnöstä kuuluu kaikille. Myös

¹⁸⁴ Ks. esim. SiVL 96/2013 vp, s. 1, jossa todetaan, että kirkot ovat myös paikkakunnillaan tai alueillaan rakennustaiteen, rakennushistorian sekä kaupunki- tai kyläkuvan kannalta merkittäviä rakennuksia. Niillä on myös paikallisyhteisön historiaan liittyviä ja symbolimerkityksiä. Lausunto liittyy evankelis-luterilaisen kirkon sääntelyyn, mutta sama koskee yhtä lailla myös ortodoksista kirkkoa.

¹⁸⁵ Ks. Kirkkohallitus 2017 ja Suomen ortodoksisen kirkon Kulttuuriperintöstrategia 2015–2020. Nämä rakennusperintöstrategiat ovat kuitenkin kohtuullisen yleispiirteisiä. Evankelis-luterilaisen kirkon julkaisu Saman katon alle (Kirkkohallitus 2019) tähtää nimenomaisesti muutosten hallintaan ja esimerkiksi siihen, että juuri kirkot säilyisivät ja palvelisivat tarvittaessa myös muita seurakunnan tilatarpeita kuin jumalanpalveluskäyttöä; ks. Kirkkohallitus 2019, esim. s. 21–24.

¹⁸⁶ Esimerkiksi kirkkolain rakennussuojelusäntelyn uudistamista koskevasta lakiesityksestä antamassaan lausunnossa sivistysvaliokunta esitti huolensa siitä, että monien seurakuntien kireän taloudellisen tilanteen vuoksi vaaraksi muodostuu, ettei kaikkea kulttuurihistoriallisesti merkittävää rakennuskantaa pystytä säilyttämään asianmukaisessa kunnossa jälkipolville; SiVL 16/2013 vp, s. 2.

kirkko, niin evankelis-luterilainen kuin ortodoksinenkin, on sellainen osa julkista valtaa, jonka PL 22 §:n mukaan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen.¹⁸⁷ Vaikka kirkoilla on tietty autonomia, eivät kirkollisetkaan rakennukset ja niiden suojele merkittävänä osana kansallista kulttuuriperintöä ole kuitenkaan yksinomaan kirkon sisäinen kysymys.¹⁸⁸

Julkinen valta sinänsä tarkoittaa ensi sijassa valtiota, ja kuntiin ja muihin julkisen vallan organisaatioihin PL 22 §:n yleinen turvaamisvelvollisuus ulottuu pääsääntöisesti vain sikäli kuin niille on annettu perusoikeuden kannalta merkityksellisiä tehtäviä ja toimivaltaa. Kuitenkin esimerkiksi vapausoikeudet rajoittavat myös muita julkisen vallan organisaatioita eikä esimerkiksi PL 14.4 §:n velvollisuuden edistää yksilön mahdollisuuksia osallistua yhteiskunnalliseen toimintaan ja vaikuttaa häntä itseään koskevaan päätöksentekoon ole katsottu edellyttävän täydentäviä säännöksiä tavallisessa lainsäädännössä velvoittaakseen kuntia.¹⁸⁹ Kun kirkollisten rakennusten suojele on annettu kirkkolainsäädännön nojalla evankelis-luterilaisen ja ortodoksisen kirkon tehtäväksi, voidaan niille katsoa samalla annetun PL 20 §:n kannalta merkityksellisiä tehtäviä ja toimivaltaa.

Tässä tutkimuksessa ei ole varsinaisesti käsitelty aineellista suojele päätöksentekoa rakennusperintölain tai kaavapäätöksenteossa, mutta myös näiden lakien mukaisessa päätöksenteossa siihen, suojeleanko rakennus vai ei, sisältyy varsin paljon harkintavaltaa. Esimerkiksi rakennusperintölain osalta perustuslakivaliokunta on nostanut esiin laajaan harkintavaltaan liittyvät potentiaaliset ongelmat niin ympäristöperusoikeuden kuin yhdenvertaisuutta koskevan perusoikeudenkin toteutumisen kannalta.¹⁹⁰ Kun

¹⁸⁷ Ks. esim. PeVL 4/2020 vp, s. 6, Leino 2002, esim. s. 224, 228.

¹⁸⁸ Paitsi että evankelis-luterilainen ja ortodoksinen kirkko ovat osa julkista valtaa ja niillä voidaan katsoa olevan tästä johtuen erityisiä velvollisuuksia suhteessa esimerkiksi perusoikeuksiin, ei uskonnonvapautteen sisältyvällä autonomialla voida perustella suojele kynnyn ylittävien kulttuuriperintöarvojen hävittämistä sen enempiä kuin yksityinen rakennuksen omistaja voi sitä perustella omaisuuden suojele perusoikeudella. Uskonyhteisöjen autonomialla voidaan toki perustella sitä, että päätöksenteko tapahtuu ensisijaisesti kirkkolainsäädännön mukaisesti.

¹⁸⁹ Tuori – Lavapuro 2011, s. 818–819.

¹⁹⁰ Ks. PeVL 6/2010 vp, s. 3, jossa todetaan, että valiokunta on kiinnittänyt huomiota siihen, että sääntelyn sanamuodon (”voidaan suojele”) mukaan suojele edellytysten täyttyminen ei vielä välttämättä johda suojele päätöksen tekemiseen. Kansalaisten yhdenvertaisen kohtelun kannalta on lausunnon mukaan jossain määrin ongelmallista, jos suojele taso muodostuu tämän vuoksi maan eri osissa hyvin erilaiseksi. Perustuslain 20 §:n valossa ongelmallista saattaa puolestaan olla, jos tämä johtaa hyvin korkeaan suojele tavaksi määrittämisen kynnnykseen yksittäisissä tapauksissa. Toisaalta suojele päätöksen vahvistaminen

kokonaisuuden suojele tapahtuu monen eri normiston perusteella ja monen eri viranomaistahon toimesta, korostuvat mahdolliset ongelmat entisestään. Sen ohella, että pyritään yhdenmukaisuuteen tietyn normiston soveltamisessa, olisi pyrittävä pitämään silmällä myös sitä, että rakennusperinnön kokonaisuutta myös *normistojen välillä* kohdellaan riittävän yhteismitallisesti siltä osin kuin suojele kriteerit ovat samankaltaiset. Lähtökohtaisesti kirkkolainsäädännön ja yleisen rakennussuojele järjestelmänsuojele kriteerit käytännössä vastaavat toisiaan.

OKL 116.1 §:ssä viitataan suoraan yleiseen rakennusperinnön suojele koskevaan sääntelyyn suojele kriteeristöinä. Tämä oli tilanne myös kirkkolain sääntelynsalalta vuoden 2013 lakimuutokseen saakka: sen myötä KL 14:5.2:ssa on säädetty, että kirkkohallitus voi määrätä kirkkolaisen rakennuksen suojele tavaksi, jos suojele on perusteltua rakennushistorian, rakennustaiteen, rakennustekniikan tai erityisten ympäristöarvojen kannalta. Sanamuoto on käytännössä identtinen RakPL 3.1 §:n suojele kohteita koskevan säännöksen kanssa. Säännöksen mukaan rakennusperinnön säilyttämiseksi voidaan suojele rakennuksia, rakennelmia, rakennusryhmiä tai rakennettuja alueita, joilla on merkitystä rakennushistorian, rakennustaiteen, rakennustekniikan, erityisten ympäristöarvojen tai rakennuksen käytön tai siihen liittyvien tapahtumien kannalta. Näin näiden säännösten salta suojele kriteereitä voidaan pitää lähtökohtaisesti yhtenäisinä, mikä linjaus esimerkiksi evankelis-luterilaisen kirkkolain salta omaksuttiin periaatteellisesti jo vuoden 1964 kirkkolaisissa.

Osin eri suojele instrumenttien ja muiden päätöksentekomenettelyjen soveltamisalojen rajat ovat varsin hienojakoisia ja epämääräisiäkin, mikä edellyttää huomattavaa erityisasiantuntemusta ja toisaalta eri viranomaisilta tarvittaessa myös aktiivisia toimenpiteitä erityisesti muutostilanteissa. Museovirastolla on keskeisin rooli eri lakien mukaisten suojele instrumenttien silloittajana sen toimiessa niin kirkkolakien kuin myös yleisen rakennussuojele järjestelmänsuojele puitteissa asiantuntijaviranomaisena ja osin val-

ympäristöministeriössä ja Museoviraston lausunnon pakollisuus samoin kuin mahdollisuus saattaa suojele koskeva päätös tuomioistuimen käsiteltäväksi olivat valiokunnan mielestä omiaan turvaamaan näiden näkökohtien huomioon ottamisen käytännössä. Mainittu vahvistusmenettely kuitenkin poistettiin laista rakennusperintölain muutoksella 1085/2020, joka tuli voimaan 1.1.2021. Tätä muutosta koskevassa launnossaan perustuslakivaliokunta viittasi vahvistusmenettelyns tähän rooliin, korosti soveltamiskäytännön yhtenäisyyden merkitystä ja piti tärkeinä hallituksen esityksessä mainittuja keinoja, kuten koulutusta ja yhteisiä menettelytapoja, huolehdittaessa, ettei lain soveltaminen eriydy alueellisesti. PeVL 38/2020 vp, s. 2.

vontaviranomaisenakin. Huomionarvoista monesta säädöksestä koostuvassa järjestelmässä on sekin, että lain- ja suojeluinstrumentin valinta vaikuttaa myös osallistumis- ja muutoksenhakumahdollisuuksiin. Myös näihin kysymyksiin liittyy perusoikeusulottuvuus.

Edellä on tullut esiin lukuisiakin soveltamishaasteita ja erinäisiä epäjohtonmukaisuuksia, jotka ovat paljolti seurausta rakennusperinnön suojelun jakautumisesta niin moneen säädökseen. Kirkkolainsäädäntö on osin varsin mutkikasta, eikä se ole aivan kaikilta osin huippuunsa viritetty käsittelemään tulevaisuudessa todennäköisesti yhä useammin eteen tulevia kirkollisten rakennusten muutostilanteita. Toisaalta myös maankäyttö- ja rakennuslain ja rakennusperintölain välisen työnjaon ja ehkä myös korvaussäätelyyn kehittämiseksi voisi olla tarvetta. Yhden haasteen suojelusääntelyn kokonaisuuden tarkastelulle ja kehittämiseksi muodostaa myös se, että myös lainvalmistelulta ja -vastuu on tämän kokonaisuuden osien osalta jakautunut monelle eri taholle.

LÄHTEET

Kirjallisuus

- Arkkipiispa Johannes, Pyhän tilan käsite ortodoksisuudessa – pyhäkkö patristisessa ja kanonisessa perinteessä, s. 40–50 teoksessa Pyhäkkötyöryhmä (toim.), Ortodoksisten pyhäkköjen suunnittelu. Konferenssiraportti. Ortodoksisen kirjallisuuden julkaisuneuvosto 1992.
- Ekroos, Ari – Majamaa, Vesa, Maankäyttö- ja rakennuslaki. 4., uudistettu laitos. Edita 2018.
- Hallberg, Pekka – Haapanala, Auvo – Koljonen, Ritva – Ranta, Hannu – Reinikainen, Jukka, Maankäyttö- ja rakennuslaki. Alma Talent 2020.
- Halttunen, Matti – Pihlaja, Pirjo – Voipio, Risto, Kirkkolainsäädäntö 2008. Kirkkolain, kirkkojärjestyksen ja kirkon vaalijärjestyksen kommentaari. Kirjapaja 2008.
- Heinilä, Aleksi, Oikeus rakentaa. Tutkimus suunnittelutarveratkaisu- ja poikkeamispäätöksenteosta maankäyttö- ja rakennuslain järjestelmässä. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2017.
- Heinilä, Aleksi, Lumenvarastointipaikkojen ympäristöoikeudellinen ohjaus. Edilex 2020/31. Edita 2020. <https://www.edilex.fi/artikkelit/21366>, haettu 23.7.2021.
- Husa, Jaakko, Muinaisen oikeustradition ja nationalistisen oikeuden kohtaaminen – Konstantinopolin ekumeeninen patriarkaatti ja Turkki. Oikeustiede–Jurisprudentia 2008:XLI, s. 117–186.
- Jääskeläinen, Lauri – Syrjänen, Olavi – Hurmeranta, Jyrki – Wähä, Susanna, Maankäyttö- ja rakennuslaki. Rakennustieto 2018.
- Karhu, Juha, Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi. Lakimies 2003, s. 789–807.
- Karhu, Juha, Tilannekohtainen oikeudellinen harkinta ja oikeuslähdeoppi, s. 25–38 teoksessa Tala, Jyrki – Wikström, Kauko (toim.), Oikeus – kulttuuria ja teoriaa. Juhlakirja Hannu Tolonen. Turun yliopisto, Oikeustieteellinen tiedekunta 2005.
- Kirkkohallitus, Kirkollinen kulttuuriperintö kuuluu kaikille. Suomen evankelis-luterilaisen kirkon kulttuuriperintöstrategia vuoteen 2024, 10.10.2017. <https://evl.fi/plus/yhteiskunta-ja-kirkko/kulttuuriperinto/kulttuuriperintostrategia>, haettu 5.3.2021.
- Korte, Atte, Toimivaltarajojen jäykkyys viranomaistoiminnassa. Edilex 2015/38. Edita 2015. <https://www.edilex.fi/artikkelit/15815?>, haettu 23.7.2021.
- Lehtimäki, Terhi – Lyytinen, Hanna, Siunauskappeli rakennustyyppinä. Evankelis-luterilaisten seurakuntien siunauskappelit 1917–2000. Arkkitehtitoimisto Hanna Lyytinen Oy 2015. <https://www.kyppi.fi/to.aspx?id=117.9605>, haettu 20.2.2021.
- Leino, Pekka, Kirkkolaki vai laki kirkosta? Hallinto-oikeudellinen tutkimus kirkon oikeudellisista normeista ja niiden synnystä. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2002.
- Mikkeli, Matti, Rakennuksen purkamislupa ja sen myöntämisedellytykset. Ympäristöjuriidikka 1/2017, s. 42–72.
- Museovirasto, Hautamuistomerkkien hoito. Museoviraston rakennushistorian osaston julkaisuja 24. Museovirasto 2003.
- Museovirasto, Hautausmaiden inventointiopas. Museoviraston oppaita ja ohjeita 13. Mu-

seovirasto 2015.

Museovirasto, Kirkollisten rakennusten hoito ja restaurointi. Museoviraston julkaisuja 11. Museovirasto 2020.

Mäenpää, Olli, Hallintolupa. Lakimiesliiton kustannus 1992.

Määttä, Tapio, Lakien väliset suhteet oikeudellisen ratkaisun teorian haasteena: ristiriitajattelu yhteensovittamismalliin. Lakimies 2013, s. 171–191.

Määttä, Tapio, Metodinen pluralismi oikeustieteessä ympäristöoikeudellisen tutkimuksen suuntaukset ja menetelmät, s. 135–222 teoksessa Miettinen, Tarmo (toim.), Oikeustieteellinen opinnäyte – Artikkeleita oikeustieteellisten opinnäytteiden vaatimuksista, metodista ja arvostelusta. Edilex 2015/45. Edita 2015. <https://www.edilex.fi/artikkelit/15891?>, haettu 23.7.2021.

Määttä, Tapio – Soininen, Niko, Ympäristöoikeudellisen ratkaisun teorian rakenneosat ja ominaispiirteet. Lakimies 2016, s. 1028–1053.

Määttä, Tapio – Pölönen, Ismo, Pingpong-tulkintatilanteet ympäristöoikeudessa – esimerkkinä yleiskaavoituksen ja kaivosluvituksen ristiinkytkennät, s. 74–84 teoksessa Kolehmainen, Antti – Muhonen, Emmi (toim.), Matti Ilmari Niemi – Esineoikeuden järjestelmän rakentaja. Alma Talent 2018.

Niemi, Matti, Rakennuksen suojelun aiheuttamasta korvausvastuusta, s. 276–301 teoksessa Utriainen, Terttu (toim.), Lapin korkeakoulun oikeustieteiden osaston juhlakirja. Lakimiesliiton kustannus 1986.

Nokelainen, Mika, Vähemmistövaltiokirkon synty. Ortodoksisen kirkkokunnan ja valtion suhteiden muotoutuminen Suomessa 1917–1922. Suomen kirkkohistoriallinen seura 2010.

Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin, Uskonnon ja omantunnon vapaus, s. 413–458 teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka, Perusoikeudet. 2., uudistettu painos. WSOYpro 2011.

Ortodoksisen kirkon kanonit selityksineen. Suom. Inkinen, Antti. Ortodoksisen kirjallisuuden julkaisuneuvosto 1980.

Pöyhönen, Juha, Uusi varallisuus oikeus. Talentum 2003.

Raivo, Petri, Maiseman kulttuurinen transformaatio. Ortodoksinen kirkko suomalaisessa kulttuurimaisemassa. Nordia Geographical Publications 1996.

Siitari-Vanne Eija, Rakennetun ympäristön suojelusta. Lakimiesliiton kustannus 1994.

Suomen ortodoksisen kirkon kulttuuriperintöstrategia 2015–2020. <https://www.ort.fi/suomen-ortodoksisen-kirkon-toimintaa-ohjaavat-asiakirjat/kulttuuriperintostrategia-2015-2020>, haettu 5.3.2021.

Tuori, Kaarlo, Oikeuden ratio ja voluntas. WSOYpro 2007.

Tuori, Kaarlo – Lavapuro, Juha, Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus, s. 809–820 teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka, Perusoikeudet. 2., uudistettu painos. WSOYpro 2011.

Vihervuori, Pekka, Oikeus ympäristöön (PL 20 §), s. 753–782 teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka, Perusoikeudet. 2., uudistettu painos. WSOYpro 2011.

Wähä, Susanna, Maankäyttö- ja rakennuslain ja rakennussuojelulain soveltamisalojen tar-

kastelua oikeuskäytännön valossa, s. 105–154 teoksessa Määttä, Tapio (toim.), Ympäristöpolitiikan ja -oikeuden vuosikirja 2007. Joensuun yliopisto, Kauppa- ja oikeustieteen tiedekunta 2007.

Virallislähteet

- HaVM 15/2013 vp. Hallintovaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä kirkkolain muuttamisesta.
- HE 45/1983 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle rakennussuojelua koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 23/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle kirkkolaiksi.
- HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- HE 101/1998 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle rakennuslainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 72/2002 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.
- HE 59/2006 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi ortodoksisesta kirkosta.
- HE 101/2009 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rakennusperinnön suojelemisesta sekä laeiksi maankäyttö- ja rakennuslain 57 ja 166 §:n ja rikoslain 48 luvun 6 §:n muuttamisesta.
- HE 96/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kirkkolain muuttamisesta.
- HE 19/2019 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle kirkkolaiksi.
- HE 93/2019 vp, hallituksen esitys eduskunnalle kirkkolaiksi annetun hallituksen esityksen (19/2019 vp) täydentämisestä.
- HE 194/2019 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle museolaiksi ja laiksi opetus- ja kulttuuri-toimen rahoituksesta annetun lain muuttamisesta.
- HE 182/2020. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi rakennusperinnön suojelemisesta annetun lain ja rikoslain 48 luvun 6 §:n muuttamisesta.
- Kirkkohallitus, Saman katon alle. Kirkkotilatyöryhmän mietintö kirkkotilojen kehittämistä yhteisöjen keskuksiksi. Suomen ev.-lut. kirkon julkaisuja 78. Kirkkohallitus 2019.
- Kirkkohallitus, Kirkkohallituksen esitys 10/2020 kirkolliskokoukselle uudeksi kirkkolaiksi, laiksi evankelis-luterilaisen kirkon viranhaltijasta, laiksi evankelis-luterilaisen kirkon työmarkkinalaitoksesta ja laiksi tuomioistuimen velvollisuudesta ilmoittaa eräistä ratkaisuisista annetun lain 2 §:n muuttamisesta sekä laiksi evankelis-luterilaisen kirkon eläkerahastosta. DKIR/907/00.08.00/2020.
- Komiteamietintö 1986:5. Kirkollisten rakennusten suojelutoimikunnan mietintö.
- Museovirasto, Museoviraston lausunto Suomen ortodoksisen kirkon rakennuskannan karsimisesta dnro MV/19/05.00.02/2019, 22.11.2019. <https://www.museovirasto.fi/fi/ajankohtaista/ortodoksisesta-rakennuskannasta-luopuminen-on-suuri-menetys-kulttuuriperinnoelle>, haettu 21.6.2021.
- PeVL 6/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi rakennusperinnön suojelemisesta sekä laeiksi maankäyttö- ja rakennuslain 57 ja 166 §:n ja rikoslain 48 luvun 6 §:n muuttamisesta.

PeVL 4/2020 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallintovaliokunnalle hallituksen esityksestä kirkkolaiksi ja hallituksen esityksestä kirkkolaiksi annetun hallituksen esityksen täydentämisestä.

PeVL 38/2020 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle laeiksi rakennusperinnön suojelemisesta annetun lain ja rikoslain 48 luvun 6 §:n muuttamisesta.

SiVL 16/2013 vp. Sivistysvaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle laiksi kirkkolain muuttamisesta.

Ympäristöministeriö, Asemakaavamerkinnot ja -määräykset. Maankäyttö- ja rakennuslaki 2000 -julkaisusarja, opas 12. Ympäristöministeriö 2003.

OIKEUSTAPAUKSET

Korkein hallinto-oikeus

KHO 1997:89

KHO 17.11.2000 T 2965 (ATK)

KHO 2002:73

KHO 2002:74

KHO 3.10.2002 T 2365

KHO 12.12.2008 T 3237 (LRS)

KHO 2009:67

KHO 2014:17

KHO 3.12.2014 T 3844

KHO 27.5.2015 T 1383

KHO 17.9.2015 T 2447

KHO 2016:59

KHO 2017:114

KHO 2018:144

KHO 2018:151

KHO 2019:137

KHO 2020:54

KHO 2020:97

KHO 2020:158

LYHENTEET

dnro	diaarinumero
ELY-keskus	elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskus
HaVM	hallintovaliokunnan mietintö
HE	hallituksen esitys
HL	hallintolaki (434/2003)
JäteL	jätelaki (646/2011)
KHO	korkein hallinto-oikeus
KJ	evankelis-luterilaisen kirkon kirkkojärjestys (1055/1993)
KL	kirkkolaki (1054/1993)
L	laki
MML	muinaismuistolaki (296/1963)
MRL	maankäyttö- ja rakennuslaki (132/1999)
OKJ	ortodoksisen kirkon kirkkojärjestys (174/2006)
OKL	ortodoksisesta kirkosta annettu laki (985/2006)
PeVL	perustuslakivaliokunnan lausunto
PL	perustuslaki (731/1999)
RakPL	rakennusperinnön suojelemisesta annettu laki (498/2010)
RakSL	rakennussuojelulaki (60/1985)
RKY	Valtakunnallisesti merkittävät rakennetut kulttuuriympäristöt
SiVL	sivistysvaliokunnan lausunto

PRESERVATION OF ECCLESIASTICAL BUILDINGS AND RELATIONS BETWEEN STATUTES CONCERNING BUILDING PRESERVATION

The article analyses Finnish regulation concerning the preservation of ecclesiastical buildings in relation to the general system of building preservation. A notable feature of regulation in this field of law is that it consists of several statutes, and the relations between these are not always clear-cut. The general system of building preservation is split between the Land Use and Building Act (132/1999) and the Act on the Protection of the Built Heritage (498/2010). The scope of application between these statutes is primarily exclusionary but also partially overlapping. It is especially this overlap which gives rise to certain questions of interpretation in the choice between instruments under these two statutes. In addition to this, there is also specific legislation concerning the preservation of the ecclesiastical buildings of the Evangelical-Lutheran Church (The Church Act 1054/1993) and the Orthodox Church (the Act on the Orthodox Church 985/2006). This also means that the preservation of ecclesiastical buildings is simultaneously part of both environmental and church law.

There are thus four different statutes concerning building preservation, the relations between which need to be clarified. These relations are often not as explicit as they seem, even when they are defined in written law. The relevance of these relations is emphasized by the fact that changes in both ecclesiastical buildings themselves and in their status as ecclesiastical buildings seem to have become more common. The reuse, or even demolition of these buildings is not as unthinkable as it used to be. At the same time, ecclesiastical buildings are a significant part of built cultural heritage.

The legal definitions of ecclesiastical buildings in the Church Act and the Act on the Orthodox Church initially determine the scope of application of the church law in relation to the Act on the Protection of the Built Heritage. Ecclesiastical buildings under these statutes thus lie outside the scope of application of the Act on the Protection of the Built Heritage, whereas the provisions of the Land Use and Building Act overlap with church law. Preservation orders concerning ecclesiastical buildings may thus be given in town plans, for example.

It is however the changes in these buildings that seem to present the most considerable challenges to this system of many statutes. This system has not yet been fully tested in this regard and the article recognizes potentially problematic features in legislation that might need a reassessment.

Elina Inberg

MOTIIVIEREHDYS TESTAMENTISSA

Sisällys

1	JOHDANTO JA KESKEISET KÄSITTEET	145
2	MOTIIVIEREHDYS EREHDYSLAJINA	149
2.1	Motiivierehdyksen määritelmä	149
2.2	Motiivierehdysten moninaisuus	151
2.3	Motiivierehdys, erehtyminen ja vapaa tahto	153
2.4	Ilmaisuerehdys	155
2.4.1	Ilmaisuerehdyksen tunnuspiirteet	155
2.4.2	Ilmaisuerehdyksen erottaminen motiivierehdyksestä	157
2.5	Rauenneet edellytykset	162
2.5.1	Rauenneiden edellytysten tunnuspiirteet	162
2.5.2	Rauenneiden edellytysten erottaminen motiivierehdyksestä	165
3	MOTIIVIEREHDYS TESTAMENTIN TOIMEENPANOSSA	166
3.1	Motiivierehdys testamentin moiteperusteena	166
3.1.1	Testamentin moittiminen	166
3.1.2	Erehdyksen olemassaolon näyttäminen	170
3.1.3	Olellisuusskriteeri	172
3.1.4	Testamentin tekijän jälkikäteinen tietoisuus erehdyksestä	178
3.1.5	Pätemättömyyden laajuus	182
3.2	Motiivierehdys testamentin tulkinnassa	186
3.2.1	Testamentin tulkinnasta	186
3.2.2	Tulkinta, kun motiivierehdys aiheuttaa pätemättömyyden	195
3.2.3	Tulkinta, kun motiivierehdys ei aiheuta pätemättömyyttä	196
3.2.4	Tulkinta, kun motiivierehdyksen sisältävää testamenttia ei ole moitittu	198
3.3	Motiivierehdys testamentinsaajien välisessä riidassa	207

4 PERINTÖKAAREN MOTIIVIEREHDYSSÄÄNTELYN	
TEOREETTINEN KONTEKSTI	209
4.1 Tahtoteoria ja testamentin motiivierehdyssääntely	209
4.2 Testamenttioikeudellisen erehdysopin hahmottelua	213
5 JOHTOPÄÄTÖKSET	217
LÄHTEET.....	221
KIRJALLISUUS	221
OIKEUSTAPAUKSET.....	224
LYHENTEET.....	225
ABSTRACT	226

Motiivierehdys testamentissa

1 JOHDANTO JA KESKEISET KÄSITTEET

Sanaa ”erehdys” käytetään yleiskielessä erilaisissa yhteyksissä. Erehtymisen ydin lienee, Aulis Aarnion sanoja lainatakseni, siinä, että ”todellisuus osoittautuu toiseksi kuin otaksuttiin tai uskottiin”.¹ Toisin sanoen todellisuus ja henkilön käsitys todellisuudesta eroavat tavalla tai toisella. Erehtyminen edellyttää myös tiettyä huolimattomuutta; hyvin selvitetty ja huolellisesti perusteltu käsitys, joka lopulta osoittautuu virheelliseksi tieteen kehityksen myötä, ei sanan varsinaisessa merkityksessä ole erehtymistä.²

Suomen testamenttioikeus tunnistaa kolme erehdyslajia: motiivierehdyksen, ilmaisuerehdyksen ja ns. rauenneiden edellytysten tapauksen, jota voi luonnehtia erehdykseksi tulevista tapahtumista. Tämä artikkeli keskittyy ensiksi mainittuun eli motiivierehdykseen. Motiivierehdyksessä on kyse tilanteesta, jossa testamentin tekijä on erehtynyt jostain testamentin tekohetkellä vallitsevasta olennaisesta seikasta ja sen vuoksi antanut testamenttimääräyksen, jonka hän olisi ilman erehtymistä jättänyt antamatta.³

Motiivierehdys on yksi testamentin pätemättömyysperusteista. Oikeusperiaate, että motiivierehdyksen vaikutuksena on nimenomaan testamentin

* Artikkelin perustuu Helsingin yliopistossa hyväksytyyn maisteritutkielmaan Elina Inberg, Motiivierehdys testamentissa, Helsingin yliopisto 2020, joka on julkaistu yliopiston digitaalisessa arkistossa <http://urn.fi/URN:NBN:fi:hulib-202101141203>.

¹ Aarnio 2002, s. 219.

² Aarnion mukaan tieteellisen tiedon luonne estää erehtymisen tällaisissa tapauksissa: ”Jos joku uskoo perustellusti eli käytettävissä olevan evidenssin ja sillä hetkellä käytettävissä olevien teorioiden pohjalta, että väite P on totta, ja sitten osoittautuikin, ettei P suinkaan ole totta, se oli vain tieteen yksi monista harha-askelista, henkilö *ei ole* erehtynyt käsitteen missään mielekkäässä merkityksessä.” Aarnio 2002, s. 222–223.

³ Aarnio ja Kangas ovat maininneet esimerkkinä motiivierehdyksestä testamentin ”jolla mies oli syrjäyttänyt yhden lapsistaan perinnöstä, koska oli pitänyt tätä saksalaisen sotilaan siittämänä. Myöhemmin suoritettu DNA-tutkimus kuitenkin osoitti, että testamentin tekijä oli lapsen biologinen isä.” Aarnio – Kangas 2015, s. 900.

pätemättömyys, on vuosisatoja vanha.⁴ Missään vaiheessa nykyisen perintökaaren (40/1965, PK) 30-vuotista valmisteluhistoriaa ei ole esitetty, *ettei* motiivierehdystä ole säädettävä pätemättömyysperusteeksi. Motiivierehdyksen säätämistä pätemättömyysperusteeksi ei sen sijaan ole tarkemmin perusteltu.

Tutkimuksessani erottelen kolme ulottuvuutta motiivierehdyksistä. Nämä kolme tutkimuskysymystä muodostavat artikkelin keskeisen rakenteen. Ensimmäiseksi selvitän, mikä on motiivierehdyksen ala. Toisena kysymyksenä tutkin, mitkä ovat motiivierehdyksen oikeusvaikutukset. Kolmanneksi eli viimeiseksi tutkin, mikä on motiivierehdyksen teoreettinen konteksti testamenttioikeudessa. Sijoitin teoriaosuuden työn loppuun siksi, *ettei* aihetta ole aiemmin tutkittu Suomessa, ja olen hahmottanut motiivierehdyksen teoreettista kontekstia kahden muun tutkimuskysymyksen pohjalta.

Testamentin motiivierehdystä käsittelevä lähdeaineisto ei ole kovin laaja. Lainvalmistelutöiden osalta erehdyksiä koskeva sääntely kuuluu siihen perintökaaren osaan, jota ei ole muutettu sen säätämivuoden 1965 jälkeen. Suomalaiset esityöt ovat varsin niukkasanaanisia aiheesta, minkä takia tukeudun paljolti ruotsalaiseen lainvalmisteluun. Korkeimman oikeuden ratkaisuja motiivierehdyksistä ei ole.⁵ Käytän motiivierehdystä koskevia kotimaisia hovioikeusratkaisuja sekä Ruotsin högsta domstolenin ratkaisuja konkretisoimaan ja valottamaan motiivierehdyksiin liittyviä piirteitä sekä ratkaisujen mahdollisia argumentointitapoja, vaikka nämä ovat vel-

⁴ Jo vuoden 1686 testamenttisäännössä määrättiin, että testamentti tuli tehdä ilman pakkoa, houkuttelua tai viettelyä, millä viitattiin petolliseen erehdyttämiseen. Vuoden 1734 laissa luettelo vaihdettiin lyhyempään ilmaisuun, että testamentti tulee tehdä täydellä ymmärryksellä ja vapaasta tahdosta, mutta ilmaisun merkitys ei muuttunut. Nykyistä perintökaarta valmisteltaessa kuitenkin katsottiin aiempi sääntely puutteelliseksi, minkä aiheuttaman epävarmuuden poistamiseksi ”täysi ymmärrys ja vapaa tahto” korvattiin selkeämmillä määräyksillä. LVK 1935:2, s. 99; LVK 1938:5, s. 69. Ks. myös SOU 1929:22, s. 73, 316.

⁵ Korkein oikeus ei ole antanut ratkaisuja, joissa kysymys testamentin pätevydestä riippuisi motiivierehdyksestä. Motiivierehdys on mainittu ratkaisussa KKO 2004:8, jossa erehdykseen on vedottu testamentin moiteperusteena muiden moiteperusteiden ohessa. Korkein oikeus kuitenkin katsoi kyseisen testamentin pätemättömäksi jo testamentin tekijän sieluntoiminnan häiriöstä johtuneen testamentintekokelpoisuuden puutteen vuoksi eikä siten ottanut kantaa kysymykseen testamentin tekijän mahdollisesta erehtymisestä. Tapauksessa testamentin pätemättömyysperusteiksi esitettiin sieluntoiminnan häiriötä, jonka taustalla oli Alzheimerin taudista johtuva dementia, taivuttelua sekä erehdystä. Pääkysymys oli ja todistelu korkeimmassa oikeudessa keskittyi yksinomaan sen arvioimiseen, oliko Alzheimerin tauti ratkaisevasti vaikuttanut testamentin tekijän itsenäiseen tahdonmuodostuskykyyn. Korkeimman oikeuden eri mieltä olleet jäsenet katsoivat testamentin tekijän testamentintekokelpoiseksi ja arvioivat lausunnossaan taivuttelun olemassaoloa, kuten hovioikeuskin oli tehnyt, mutta ratkaisuselostuksessa ei juuri oteta kantaa erehdykseen.

voittavuudeltaan ainoastaan sallittuja oikeuslähteitä. Oikeuskirjallisuudessaakaan motiivierehdystä ei ole testamenttioikeuden puolella tutkittu kovin monipuolisesti. Huomionarvoista on, että motiivierehdystä on käsitelty Ruotsin oikeuskirjallisuudessa eri tavalla kuin Suomessa, vaikka lakiteksti ja esityöt ovat käytännössä samat.

Tutkimus rajautuu motiivierehdykseen Suomen testamenttioikeudessa. Keskityn ainoastaan testamentin tekemisessä tapahtuneisiin motiivierehdyksiin, vaikka muun muassa testamentin peruuttamiseen voi liittyä yhtä lailla motiivierehdys.⁶ Peruuttamistilanteet ovat hyvin lähellä tutkimusaiheittani, mutta niiden erityispiirteiden tutkiminen vaatisi oman käsittelynsä.

Lisäksi on paikallaan huomauttaa lyhyesti työn näkökulmasta. Käsitte-
len aihetta lain tulkinnalliselta kannalta: mitä motiivierehdystä koskevia oikeusnormeja on ja miten niitä soveltamalla motiivierehdyksen aiheuttamat oikeusongelmat tulisi lain mukaisesti ratkaista? Tällaista ratkaisutapaa käytetään tuomioistuimissa. Valtaosa suomalaisista kuolinpesistä jaetaan kuitenkin pesän osakkaiden välisellä sopimuksella eikä tuomioistuimen päätöksen pohjalta.⁷ Vaikka kuolinpesään olisi määrätty pesänjakaja, hänelläkin on PK 23:7.1:n mukaisesti velvollisuus edistää kuolinpesän sovinnollista jakoa. Lisäksi pesänjakaja on sidottu kuolinpesän osakkaiden yksimieliseen jakosopimukseen. Kuolinpesän osakkailla on tavanomainen sopimusvapaus kuolinpesän jakamisesta: heidän ei ole pakko noudattaa perintökaaren säännöksiä testamentin tulkinnasta eikä edes vainajan testamentissaan ilmaisemia toiveita, jos he pääsevät tästä keskinäiseen sovintoon.⁸ Toki useimmissa tapauksissa perintökaaren säännökset yleisellä

⁶ Motiivierehdykseksi tulkittavissa oleva ongelma esiintyi ratkaisussa KKO 2019:27. Testamentin tekijä oli tehnyt sisarensa kanssa keskinäisen testamentin, jossa ei ollut määräystä omaisuuden lopullisesta saajasta. Hän oli tuolloin unohtanut tehneensä lähes 25 vuotta aiemmin testamentin, jossa sisaren jälkeen toissijaissaajina oli kaksi yleishyödyllistä yhdistystä. Unohtunut testamentti löytyi, kun testamentin tekijä ei ollut enää testamentintekokelpoinen. Riita koski sitä, oliko testamentin tekijä myöhemmällä testamentillaan peruttanut aiemman, unohtuneen, testamentin toissijaismääräyksen.

⁷ Pesänselvittäjä ja -jakajamääräyksiä annetaan vuosittain n. 1300–1500, eli n. 2,5–2,9 prosentissa kuolinpesistä. Tilastojen valossa pesänselvittäjä- ja jakajamääräysten määrissä ei ole tapahtunut merkittäviä muutoksia viime vuosina. Aarnio ja Kangas ovat analysoineet pesänselvittäjä- ja jakajamääräysten yleisyyttä, ks. Aarnio – Kangas 2016, s. 470–471 sekä Tuomioistuinten työtilastot vuosilta 2014–2019 ja Tuomioistuinlaitoksen vuositilastot 2020.

⁸ Mikäli kuolinpesään kuuluu alaikäinen tai muu edunvalvonnassa oleva osakas, tulee sopimuksen kuitenkin olla edunvalvottavan edun mukainen (PK 23:7.2). Tämä rajoittaa kuolinpesän osakkaiden sopimusvapautta ja asettaa myös pesänjakajalle velvollisuuden huolehtia edunvalvonnassa olevan edusta jakopäätöksessä. Edunvalvonnan vaikutuksesta kuolinpesien jakoon ja jäämistösuunnitteluun ks. Saarenpää 2005, s. 311–328, erit. s. 320–324.

tasolla ohjaavat testamentin tulkintaa ja perinnönjaon lopputulosta, mutta osakkaita velvoittavaa vaikutusta niillä ei ole.

Nyt sanotulla on merkitystä ennen kaikkea testamentin tulkinnan kannalta: useimmiten testamenttia ovat tulkitsemassa kaikki kuolinpesän osakkaat yhdessä, ja he pyrkivät – ja yleensä onnistuvat – sovittamaan mahdollisesti eriävät näkemyksensä yhteen. Vain harvoissa tapauksissa testamentin tulkinta riippuu virallisen tahon, pesänselvittäjän tai -jakajan taikka tuomarin, ratkaisusta. Käytännön elämän tulkintatilanteessa motiivierehdyksen vaikutus voi siis olla eri kuin tässä työssä esittämäni ja hahmottelemani normatiivinen ratkaisu. Sama pätee jossain määrin myös testamentin moitteeseen: vaikka moitekanteen nostaminen on perillisen ainoa keino saada virallisen tahon toimittamassa perinnönjaossa oikeussuojaa pätemätöntä testamenttia vastaan, mikään ei estä testamentin saajia ja perillisiä sopimasta keskenään kuolinpesän jaosta ottamalla tai ottamatta huomioon pätemättömyisperusteen olemassaoloa. Vain silloin, kun osakkaiden keskinäiset riitaisuudet estävän kuolinpesän jaosta sopimisen, tekee pesänjakaja tai tuomari ratkaisun niiden perintökaaren oikeusohjeiden mukaisesti, joita olen myös omalla panoksellani yrittänyt tässä tutkimuksessa selvittää.

Selvitän ja määrittelen tutkimukseni kannalta olennaiset käsitteet pääosin kunkin luvun yhteydessä. Selkeyden vuoksi on kuitenkin paikallaan ottaa jo tässä yhteydessä esiin käsitteellinen, jota käytän laajasti tutkimuksessa: testamentin tekijän todellinen tahto, hypoteettinen tahto, testamentissa ilmaistu tahto ja kontrafaktuaalinen tahto. Todellisella tahdolla tarkoitetaan tahtoa, jonka testamentin tekijä on ilmaissut suoraan, joko itse testamenttiasiakirjassa tai muussa yhteydessä kirjallisesti tai suullisesti. Hypoteettisesta tahdosta puolestaan ei ole suoraa näyttöä, vaan se tulee nimenomaan esiin tilanteissa, joissa todellista tahtoa ei tiedetä. Hypoteettisella tahdolla viitataan siihen, mitä testamentin tekijän voidaan olettaa tahtoneen, jos hän olisi ilmaissut tahtonsa kyseisen seikan suhteen tai jos hän olisi tullut ajatelleeksi kyseistä seikkaa.⁹ Kyse on siis todennäköisestä tahdosta, joka pyritään päättämään jälkikäteen.¹⁰

Osakkaat eivät myöskään saa sopia jaosta ilman osakkaan ulosottovelkojan suostumusta, jos osakkaan pesäosuus on ulosmitattu (PK 23:7.3).

⁹ Hypoteettisella tahdolla voidaan siis selvittää esimerkiksi, mitä testamentin tekijä olisi tahtonut olosuhteissa, jotka ovat muuttuneet testamentin tekemisen jälkeen, tai mitä hän olisi tahtonut, jos olisi ollut selvillä tietyistä seikoista, jotka vallitsivat jo testamentin tekemisen aikana. Ks. esim. Agell 2003, s. 69.

¹⁰ Tietyyssä mielessä toki molemmat tahdot, todellinen ja hypoteettinen, ovat todennäköisyyksiä. Molempia arvioidaan näytön avulla – joskin todellisen tahdon osalta arvioidaan asiakirjan tai todistajan luotettavuutta, kun taas hypoteettisen tahdon osalta olosuhdenäytön

Tutkimuksessani vertaan usein toisiinsa testamentin tekijän testamentissa ilmaisemaa tahtoa ja hänen kontrafaktuaalista tahtoaan. Käsitteellä ”kontrafaktuaalinen tahto” tarkoitan testamentin tekijän ikään kuin vaihtoehtoista tahtoa: mitä testamentin tekijä olisi tahtonut, jos hän olisi ollut selvillä kaikista olennaisista seikoista tai tiennyt tulevaisuuden tapahtumat. Kyse on siis tietyssä mielessä toissijaisesta tahdosta verrattuna testamentissa ilmaistuun ”ensisijaiseen” tahtoon. Kontrafaktuaalinen tahto voi olla todellista tahtoa, jos testamentin tekijä on esimerkiksi suullisesti ilmaissut, mitä olisi tahtonut määrätä, jos olosuhteet olisivat olleet toisenlaiset, tai hypoteettista tahtoa, jos testamentin tekijän tahto joudutaan päättelemään muiden olosuhteiden avulla. Kontrafaktuaalinen tahto ei, toisin kuin todellinen ja hypoteettinen tahto, ole oikeustieteessä vakiintunut käsite, vaan olen luonut sen voidakseni erottaa lyhyellä ilmaisulla testamentin tekijän testamentissa ilmaiseman tahdon ja sen, mitä hän olisi tahtonut, jos olisi ollut selvillä kaikista tahdonmuodostuksen kannalta olennaisista seikoista.

2 MOTIIVIEREHDYS EREHDYSLAJINA

2.1 Motiivierehdyksen määritelmä

Motiivierehdys on käsitteenä peräisin yleisestä varallisuus oikeudesta, ja se on tunnettu jo roomalaisessa oikeudessa nimellä *error in motive*.¹¹ Suomen varallisuus oikeudellisista oikeustoimista annettu laki (228/1929, OikTL) erehdyssäännöksineen tuli voimaan vuonna 1929. Oikeustoimilaisissa ei kuitenkaan säädetä motiivierehdyksestä, vaan varallisuus oikeudellinen erehdysoppi, erityisesti motiivierehdyistä koskien, pohjautuu pääasiassa oikeuskäytäntöön. Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännön mukaan motiivierehdys voidaan ottaa huomioon sopimuksen pätemättömyysperusteena tiettyjen edellytysten vallitessa OikTL 33 §:ssä säännellyn kunnianvastaisen ja arvottoman menettelyn puitteissa. Sopimuskumppanin menettelyssä erityisen vilpillisesti motiivierehdys voi ilmetä pätemättömyysperusteena myös osana OikTL 30 §:n mukaista petollista viettelyä.¹²

avulla muodostuvaa kokonaiskuvaa –, joten tietynlainen rajapinta on nähtävissä. Voidaan myös ajatella, että tahto oikeudellisena ilmiönä on aina fiktiivinen ja että se konstruoidaan saatavilla olevan näytön osalta. Tämän ajattelutavan mukaan myös todellinen tahto on luonteeltaan fiktiivinen. Jos käsitteitä analysoidaan tällä tarkkuudella, voidaan päätyä erotteluun, että todellinen tahto tarkoittaa suoraa näyttöä ja hypoteettinen tahdo epäsuoraa olosuhtenäyttöä tahtofiktion olemassaolosta.

¹¹ Zimmermann 1996, s. 597.

¹² Mäkelä 2010, s. 152–155. Ks. myös Mäkelän viittaama KKO:n ratkaisukäytäntö, mm.

Testamenttioikeudessa motiivierehdyksen sääntely perustuu perintökaaren 13 luvun 1 §:n luetteloon testamentin moiteperusteista.¹³ Luettelon viimeisen, 4 kohdan loppuosa viittaa motiivierehdykseen:

”Testamentti voidaan moitteen johdosta julistaa pätemättömäksi:

[...]

4) jos testamentin tekijä on pakotettu tekemään testamentti tai hänet on siihen taivutettu käyttämällä väärin hänen ymmärtämättömyyttään, tahdonheikkouttaan tai riippuvaista asemaansa taikka jos hänet on petollisesti vietelty tekemään testamentti tahi *jos hän on muutoin sillä tavoin erehtynyt, että se on määrävästi vaikuttanut hänen tahtoonsa.*¹⁴

Tässä erehdyistä ei suoranaisesti nimitetä motiivierehdykseksi, mutta ruotsalaisissa ärvdabalkin esitöissä todetaan selvästi, että ilmaisulla ”muutoin sillä tavoin erehtynyt” viitataan nimenomaan motiivierehdykseen.¹⁵ Suomalaisista esitöistä maininta puuttuu, mutta ei ole epäilystä, etteikö myös suomalainen perintökaari viittaa juuri motiivierehdyksiin.¹⁶

Motiivierehdyksen olemusta on luonnehdittu erilaisin, toisiaan muistuttavain sanakäntein. Perintökaaren esitöissä kuvaillaan, että ”testamentin tekijä erehtyen vaikuttimistaan on määrännyt jäämistöstään sillä tavoin, ettei hän ilmeisestikään, jos hän olisi täysin tietänyt todellisen asiaintilan, olisi tuollaista määräystä antanut”.¹⁷ Tätä vaikuttimiin kohdistumista

KKO 1968 II 33, KKO 1985 II 58 ja KKO 2000:121. Motiivierehdyksen vaikutuksellisuutta on oikeustoimilain säännösten ulkopuolella mahdollista arvioida myös edellytysopin kautta, ks. Mäkelä 2010, s. 259.

¹³ PK 13:1:n 4 kohdan olosuhteet on esitöissä määritelty tahtovirheiksi. Vaihtoehtoisissa lakiehdotuksissa on esitetty vastaava kohta kuuluvaksi siten, että testamentin tekijältä on puuttunut tahto testamentin tekemiseen, ja erillisessä pykälässä on lueteltu lista olosuhteista, jolloin tahdon katsotaan puuttuvan. Lakiehdotusten perusteella voi tosin saada käsityksen, ettei erehdys tarkoittaisi tahdon puutetta, sillä erehdys on yleensä mainittu erikseen tahdon puuttumisen rinnalla, joskin myös toistettu tahdon puutetta selventävässä pykälässä. Tällaista muotoilutapaa on esitetty LVK 1938:5 ja LVK 1955:1. Sama muotoilu on nähtävissä vuoden 1734 perintökaaren 16 luvun muuttamista koskevissa esitöissä, joihin otettiin säännökset testamentin moitteesta. Ks. LVK 1952:4, s. 6; HE 94/1952, s. 6 ja lakivaliokunnan mietintö 5/1953, s. 3. – Kiinnostava yksityiskohta on, että ruotsalaisissa esitöissä myös ilmaisuerehdyistä nimitetään tahtovirheeksi, tosin todeten, ettei tällainen tahtovirhe aiheuta testamentin pätemättömyyttä. SOU 1929:22, s. 314. Ilmaisuerehdyistä ja sen vaikutusta käsittelem alaluvussa 2.4.

¹⁴ Korostus on omani. Ruotsin ärvdabalkin vastaava säädös on ÄB 13 luvun 3 §:n 2 momentti: ”Samma lag vare, om testator blivit svikligen förledd att upprätta testamentet eller om han eljest svävat i villfarelse som varit bestämmande för hans vilja att göra testamentet.”

¹⁵ SOU 1929:22, s. 313.

¹⁶ Aarnio – Kangas 2015, s. 900.

¹⁷ LVK 1935:2, s. 100. Vaikka säännöksessä ei mainita motiivierehdyistä, kyseessä on kohtuullisen hyvä kuvaus erehdyslajista. Ruotsalaisissa esitöissä erehdys kuvaillaan vastaavasti, minkä lisäksi se nimetään motiivierehdykseksi ja sille annetaan latinankielinen nimitys *error in motivis*. ”Andra stycket åter avser den art av viljefel, som plägar betecknas såsom

kuvailee havainnollisesti Ylöstalon määritelmä: ”Motiivierehdyksen piiriin on luettu erehdys, joka kohdistuu menneisyydessä tai testamentin teon aikaan ilmenneisiin tosiseikkoihin tai oikeusohjeisiin (ts. *väärien* edellytysten ongelma).”¹⁸ Tässä mielessä motiivierehdys on lähellä jäljempänä lyhyesti käsiteltävää rauenneiden edellytysten ongelmaa. Ärvdabalkin esitoissa motiivierehdys luetaan rauenneiden edellytysten erityistapaukseksi.¹⁹

2.2 Motiivierehdysten moninaisuus

Yleisen varallisuus oikeuden viitekehityksessä Telaranta on eritellyt erehdyksen syntytapoja. Erehdys tarkoittaa, että henkilöllä on väärä käsitys asiasta. Erehtyminen ja siten väärän käsityksen syntyminen voi johtua monenlaisista seikoista. Henkilö on ensinnäkin voinut tehdä väärän havainnon. Toiseksi hänen muistikuvansa aiemmin tehdystä havainnosta on voinut mieleen palauttamisprosessin yhteydessä vinoutua ja hän siis muistaa asian väärin. Lisäksi väärä käsitys on voinut syntyä siten, että käsityksen pohjana olevat kokemukset ovat alun perinkin olleet virheelliset tai koskeneet suppeampaa alaa kuin niiden perusteella muodostettu käsitys edellyttäisi. Lopulta henkilö on voinut yhdistää havainnon ja siihen liittyvät ajatukset virheellisesti, esimerkiksi samaistamalla kaksi toisiinsa liittymätöntä mielikuvaa tai käsittämällä jonkin käsitteen merkityksen väärin.²⁰ Motiivierehdyksessä millä tahansa näistä tavoista syntynyt virhe eli erehdys on ollut keskeinen testamentin tekijän tahdonmuodostuksessa.

Motiivierehdys voi olla syntynyt itsestään esimerkiksi testamentin tekijän muistamattomuuden seurauksena tai siksi, ettei hän ole tarkistanut testamentin kannalta olennaisia faktoja. Kyse voi olla myös testamentin tekijän väärinymmärryksestä esimerkiksi sen suhteen, miten lakiosasäännöstö

misstag i bevekelsegrunderna (error in motivis); testator har låtit bestämma sig av oriktiga föreställningar. Avgörande för frågan om testamentets ogiltighet är här, att testator med vetskap om verkliga förhållandet icke skulle hava gjort förordnandet.” SOU 1929:22, s. 313–314. Vastaavaa kuvausta käyttävät myös Aarnio ja Kangas: ”Testamentin tekijää ovat johtaneet harhaan sellaiset vaikuttimet, joiden erheellisyydestä hän ei ole ollut perillä.” Aarnio – Kangas 2015, s. 591.

¹⁸ Ylöstalo 1953, s. 147. Väärien edellytysten tilanne on keskeistä erottaa rauenneiden edellytysten tilanteesta. Yhteisnimityksellä näitä voidaan kutsua virheellisten edellytysten tilanteiksi. Ks. myös Aarnio – Kangas 2015, s. 590–591. Samanlaista käsitteellistä jakoa käytetään ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa (oriktiga förutsättningar, bristande förutsättningar, felaktiga förutsättningar), ks. esim. Boström 2003, s. 41–42 alaviitteineen.

¹⁹ SOU 1929:22, s. 321–322.

²⁰ Telaranta 1960, s. 191–198.

toimii. Toisaalta motiivierehdys voi olla myös jonkun toisen tietoisesti tai vahingossa antaman väärän tiedon tulosta. Testamentin tekijä on voinut saada tietonsa toiselta, joka on itsekin erehtynyt, taikka erehdys voi syntyä toisen henkilön tahattomasta tai tietoisesta erehdyttämisestä.²¹ Motiivierehdyksen syntytapa on sen testamenttioikeudellisen arvioinnin kannalta irrelevantti.²² Testamentin tekijälle ei siis aseteta minkään tyyppistä selvitysvelvollisuutta, jonka laiminlyöminen voisi johtaa testamentin tekijän kannalta kielteisiin seurauksiin.²³ Omanlaisensa motiivierehdys tapahtuu silloin, jos testamentin tekijä ei ole tietoinen testamenttiasiakirjan sisällöstä eikä olisi allekirjoittanut testamenttia, jos olisi ollut siitä tietoinen. Tässä tapauksessa on nähdäkseni kuitenkin kyse enemmän ineksistenssistä puuttuvan testamentintekotahdon vuoksi kuin motiivierehdyksestä.²⁴

Motiivierehdykset voidaan luokitella tosiasioihin ja oikeussääntöihin kohdistuviin erehdyksiin, joista jälkimmäisiä nimitetään oikeuserehdyksiksi.²⁵ Testamenttioikeudessakin oikeuserehdys voitaneen parhaiten määritellä Mäkelän määritelmää käyttäen tilanteeksi, jossa henkilön käsitys oikeuden sisällöstä ei vastaa voimassa olevan oikeuden sisältöä.²⁶ Oikeus-

²¹ LVK 1935:2, s. 100; SOU 1929:22, s. 314, 319–320. – Tahallisesti aiheutettu erehdys voi tulla hyvin lähelle taivuttelua, jos väärä tietoja on annettu käyttäen hyväksi testamentin tekijän ymmärtämättömyyttä, ja väärä tietoja on annettu nimenomaan siinä tarkoituksessa, että ne vaikuttaisivat testamentin sisältöön. Ks. Aarnio 2004, s. 565, 571, 573. – Jos väärä tietoja on annettu tietoisesti, voi kyseessä olla rikosoikeudellisesti rangaistava petos. LVK 1935:2, s. 100; Rautiala 1956, s. 130.

²² LVK 1935:2, s. 100; SOU 1929:22, s. 314.

²³ Esimerkiksi Ruotsissa ratkaisussa NJA 1949 s. 672 testamentin motiivierehdys on korjattu tulkinnalla, vaikka testamentin tekijä oli erehtynyt olennaisesta faktasta ja häntä oli kehoitettu kääntymään osaavan juristin puoleen. Vaikka suoranaista selvitysvelvollisuutta laiminlyöntiseurauksineen ei ole, voivat testamentin tekijän puutteelliset ja virheelliset tiedot johtaa tilanteeseen, jonka testamentin tekijä itse kokisi epätydyttäväksi, esimerkiksi testamentin julistamiseen pätemättömäksi tai sen jäämiseen vaikutuksettomaksi tai virheellisesti tulkituksi. – Sen sijaan yleisen varallisuus oikeuden puolella oikeustoimen tekijällä on tietynasteinen huolellisuusvelvollisuus. Tämä ilmenee korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1991:8 käyttämistä ilmaisuista ”A:lla ei ole ollut edellytyksiä epäillä...”, kun taas hovioikeuden perustelujen mukaan ”A ei ollut näyttänyt, että hän olisi ilman omaa syytään erehtynyt...”. Koska testamenttioikeudessa erehdyksen syntytavalla ei ole merkitystä, myös esimerkiksi maallikon oikeus luottaa lakimiehen antamaan neuvon menettää merkityksensä. Ks. viimeksi mainitusta esim. Ämmälä 1991, s. 103–104.

²⁴ Tapauksessa NJA 1963 s. 526 HD katsoi, ettei toinen puolisoista ollut mm. sairauteensa liittyvistä syistä tietoinen keskinäisen testamentin sisällöstä, ja julisti pätemättömäksi määräyksen, joka koski kyseisen puolison omaisuuden jakamista molempien kuoleman jälkeen. Ineksistenssiä ei nimenomaisesti mainita tapauksessa, mutta nähdäkseni on selvää, että siitä on lopputuloksessa pääosin kyse.

²⁵ Aarnio – Kangas 2015, s. 901, 904.

²⁶ Mäkelä 2010, s. 8. Myös testamenttioikeudessa, kuten yleisessä varallisuus oikeudessa, on oikeuserehdyksellä aikanaan ollut poikkeava asema muihin motiivierehdyksiin nähden, sillä se on katsottu merkityksettömäksi siinä, missä muille motiivierehdyksille on annettu

erehdyksiin – ja siten motiivierehdyksiin – luetaan myös niin kutsutut soveltamiserehdykset, joissa henkilö on erehtynyt toimintansa oikeusvaikutuksista: hän siis soveltaa oikeusnormia omaan toimintaansa väärin tai puutteellisesti.²⁷

Tosiasiaerehdys voi kohdistua mihin tahansa seikkaan – vaikkapa testamentin saajan henkilöön tai hänen ominaisuuksiinsa, esineeseen tai sen ominaisuuksiin, omaisuuden arvoon, toisten henkilöiden toiminnan motiiveihin tai menneisyyden tapahtumiin – liittyvään mielikuvaan. Motiivierehdys voi liittyä varsinaiseen testamenttimääräykseen taikka määräykseen liitettyyn ehtoon. Motiivierehdys koskee aina jotain testamentin teko-hetkellä tai sitä ennen vallinnutta seikkaa.

2.3 Motiivierehdys, erehtyminen ja vapaa tahto

Motiivierehdyksen ydin on väärän tiedon pohjalta muodostunut testamentintekotahto. Tiedon osuutta motiivierehdyksessä konkretisoi motiivierehdyksen suhde testamenttiehtoihin. Testamenttiehdolla tarkoitetaan oikeusteknisessä mielessä testamenttimääräykseen liitettyä lausumaa, jonka on tarkoitus vaikuttaa testamentin toimeenpanoon.²⁸ Testamenttiehto voi olla lykkäävä tai purkava. Lykkävällä ehdolla tarkoitetaan ehtoa, joka vaikuttaa testamentilla annetun oikeuden voimaantumiseen. Purkavalla ehdolla tarkoitetaan ehtoa, joka vaikuttaa testamentilla saadun oikeuden pysyvyyteen. Testamenttiehtoihin luetaan usein myös tarkoitemääräykset, vaikka varsinaisesti kyse on tarkoitemääräysten kohdalla ehdon luonteisista määräyksistä. Tarkoitemääräyksellä tarkoitetaan määräystä testamentatun omaisuuden käyttämisestä tiettyyn tarkoitukseen.²⁹

Ehdon kirjaaminen testamenttiin tarkoittaa, että tietty testamenttimääräys toimeenpannaan vain, kun ehdolla määritellyt edellytykset toteutuvat. Motiivierehdyksessä taas on kyse siitä, että testamenttimääräys on annettu olettaen virheellisesti, että tietyt tekijän olennaiseksi katsomat edellytykset olisivat voimassa, vaikka ne eivät ole. Voidaankin ajatella, että jos testamentin tekijä olisi harkinnut ehdon lisäämistä, mutta ollut siinä – erheelli-

merkitystä moiteperusteina. Ruotsalaisissa esitöissä tuodaan ilmi aiemmin tosiasiaerehdyksen (*error facti*) ja oikeuserehdyksen (*error iuris*) välillä vallinnut erottelu, joka lainvalmistelun aikaan katsottiin jo vanhentuneeksi. SOU 1929:22, s. 319.

²⁷ Mäkelä 2010, s. 10. Mäkelä pitää soveltamiserehdyksiä kiinnostavimpina. Ne osoittavat henkilön pyrkineen selvittämään oikeuden sisältöä, mutta päätyneen virhetulkintaan – hän ei siis ole käyttäytynyt kovin moitittavasti.

²⁸ Testamenttiehdoista yleisesti ks. esim. Aarnio – Kangas 2015, s. 573–616.

²⁹ Tarkoitemääräyksistä tarkemmin ks. erityisesti Guldberg 1934, s. 113–126.

sessä – käsityksessä, että ehto on jo täyttynyt, ja siksi jättänyt ehdon pois, kyseessä on motiivierehdys. Ja toisaalta voidaan ajatella, että testamentin tekijä on pitänyt tiettyä olennaista seikkaa faktana – vaikka hänellä on ollut siitä väärä käsitys – mutta on varmimmaksi vakuudeksi kuitenkin kirjannut sen testamenttimääräyksensä ehdoksi, jolloin hän on tullut välttäneeksi motiivierehdyksen syntymisen kirjaamalla olettamuksensa sittenkin ehdoksi.³⁰ Motiivierehdys ja testamentin ehto linkittyvät siten toisiinsa ja ovat ilmentymiä testamentin tekijän erilaisesta suhtautumistavasta testamenttimääräyksensä kannalta olennaisiin edellytyksiin: motiivierehdyksessä edellytyksen olemassaolo on oletettu varmaksi, ehdon osalta ei.

Lopuksi on vielä aiheellista tarkastella, miten motiivierehdys ja vapaa tahto liittyvät toisiinsa. Motiivierehdys luokitellaan tahtovirheeksi ja ryhmitellään perintökaassa samaan kategoriaan pakon ja testamentin tekijän taivuttelun rinnalle. Perintökaarta edeltävässä vuoden 1734 laissa nämä kolme pätemättömyysperustetta sisällytettiin ilmaisuun, että testamentti tulee tehdä vapaasta tahdosta.³¹ Pakossa ja taivuttelussa on kyse vieraan tahdon läsnäolosta testamentissa, motiivierehdyksessä puolestaan virheestä testamentin tekijän omassa tahdossa. Tahdon vapauden puuttuminen onkin ehkä helpompi hahmottaa kahden edellä mainitun osalta. Motiivierehdyksen osalta täytynee katsoa, että erehtyminen on vaikuttanut ratkaisevasti testamentintekotahdon muodostumiseen: eheä eli vapaa tahdonmuodostus on häiriintynyt, sillä testamentin tekijä ei ole voinut arvioida oikein testamentin kannalta olennaisia seikkoja. Vapaa tahto tarkoittaa siis sekä vapautta vieraasta tahdosta että oikean informaation pohjalta muodostettua tahtoa.³²

³⁰ Teoriassa motiivierehdyksen syntymistä voitaisiin pyrkiä ehkäisemään muotoilemalla testamenttimääräykset ehdollisiksi olennaisten edellytysten suhteen. En pidä tällaista menettelytapaa suositeltavana. Ensinnäkin testamentista, jossa varaudutaan vaihtoehtoihin tilanteisiin, tulee huomattavasti pidempi ja vaikeaselkoisempi. Erityisesti maallikon, siis useimmissa tapauksissa myös testamentin tekijän itsensä, olisi vaikea hahmottaa testamentin kokonaisuutta ja sitä, mitä testamentissa oikeastaan määrätään. Tosiasioina pidettyjen seikkojen kirjoittaminen epävarmoiksi voi myös tuntua epäintuitiiviselta ja jopa loukkaavalta. Toiseksi pidempi ja monimutkaisempi testamentti lisää virheiden ja riitakysymysten riskiä. Lisäksi testamenttiehtoakin voi koskea motiivierehdys ja kaikkien mahdollisten motiivierehdysten ennakointi on käytännössä mahdotonta. Viimeiseksi korkeimman oikeuden ja hovioikeuksien ratkaisujen niukkuuden perusteella motiivierehdys vaikuttaa olevan melko harvinainen ilmiö Suomessa, joten siihen varautuminen testamenttiehdoin ei yleisesti ottaen vaikuta kannattavalta ottaen huomioon varautumisesta aiheutuvat, jo mainitut haitalliset vaikutukset.

³¹ SOU 1929:22, s. 316.

³² Verrattuna yleisen varallisuus oikeuden puolella esitettyihin näkemyksiin testamentti-oikeudellinen tahtojattelu eroaa tässä mm. Mäkelän esittelemästä Savignyn tahtoteoriasta: Savigny erotteli tahdon ja sen muodostusprosessin toisistaan. Tahdonmuodostusprosessiin

2.4 Ilmaisuerehdys

2.4.1 Ilmaisuerehdyksen tunnuspiirteet

Edellisissä alaluvuissa on tarkasteltu motiivierehdystä, sen olemusta ja tunnuspiirteitä. Tämän pääluvun jälkimmäisissä kahdessa kokonaisuudessa käyn lyhyesti läpi Suomen testamenttioikeuden muut kaksi erehdyslajia. Käsittelen suppeasti kummankin erehdyslajin määrittelyä ja tunnistamista, mutta pääpaino on vertailussa, kuinka motiivierehdys voidaan erottaa näistä muista erehdyksistä ja millaisia haasteita rajatapaukset aiheuttavat. Erehdyslajien oikea tunnistaminen on keskeistä siksi, että motiivierehdyksen oikeusvaikutukset ovat erilaiset kuin ilmaisuerehdyksen ja rauenneiden edellytysten vaikutukset, ja koska ainoastaan motiivierehdykseen vetoamista on ajallisesti rajoitettu.

Ilmaisuerehdyksestä on kysymys tilanteessa, jossa henkilön tahto ja tahdon sisällöstä annettu ilmaisu eivät vastaa toisiaan; hän niin sanotusti sanoo yhtä mutta tarkoittaa toista.³³ Ilmaisuerehdyksiin voidaan lukea monenlaisia tilanteita, joista useimmiten yksinkertaisimpia ovat selvät kirjoitus- ja lasku- virheet. Huolimattomuudesta johtuva väärinkirjoitus voi pahimmillaan johtaa esimerkiksi siihen, että testamentin tekijä merkitsee omaisuuden saajat väärin päin: osakkeet merkittiin A:lle ja kesämökki B:lle, vaikka testamentin tekijän tarkoitus oli osoittaa omaisuuserät toisin päin.

Ilmaisuerehdyksiin kuuluvat kirjoitusvirheiden ohella tilanteet, joissa testamentin tekijä on erehtynyt käyttämiensä sanojen merkityksestä.³⁴

kytkeytyvä virhekäsitys eli motiivierehdys ei vaikuttanut tahdonvapauteen, jos henkilö sai itse vapaasti määrätä virheellisille tiedoilleen annettavan merkityksen. Mäkelä 2010, s. 125–126.

³³ Testamenttioikeudenkin puolella kirjoittajat ovat pitäytyneet yleisen varallisuus oikeuden luomissa määritelmissä, esimerkiksi Ylöstalo viittaa Telarannan määritelmään ilmaisuerehdyksestä. Ks. Ylöstalo 1953, s. 94. Perintökaaren lakitekstissä tai esitöissä ilmaisuerehdystä ei ole täsmällisesti määritelty, vaan esitöissä viitataan siihen, ettei testamentin sanamuoto vastaa tekijän todellista tarkoitusta. Ilmaisuerehdys-käsitettä ei myöskään käytetä, vaan puhutaan kirjoitusvirheestä tai erheellisestä sanonnasta. LVK 1935:2, s. 89 ja lakiehdotusteksti; LVK 1938:5, s. 14–15, 70–71; LVK 1955:1, s. 10, 36, KM 1962:7, s. 15–16. Myöskään ruotsalaisissa esitöissä ei erikseen määritellä ilmaisuerehdystä, vaan todetaan, että oikeustoimilain kanssa yhteneväinen sanamuoto ilmaisee riittävän selvästi, millaisia virheitä tarkoitetaan. SOU 1929:22, s. 212.

Vaikka ilmaisuerehdyksen kuvailun osalta yleisesti viitataankin yleisen varallisuus oikeuden määritelmiin, Ahon näkemyksen mukaan ilmaisuerehdys testamentissa ja ilmaisuerehdys sopimus oikeudessa ovat oikeudellisinä ilmiöinä eri asioita. Aho 1968, s. 81 av 60.

³⁴ Varallisuus oikeuden puolella mm. Telaranta on antanut esimerkkejä ilmaisuerehdyksistä. Ks. Telaranta 1960, s. 209–211. Varallisuus oikeudellisessa erehdysopin teoriassa ilmaisuerehdyksellä käsitetäänkin nimenomaan tällaisia virheitä, ei niinkään huolimattomuus- tai kirjoitusvirheitä.

Tällöin hän kuvittelee ilmaisunsa vastaavan tahtoaan eikä erehdys selviä huolellisella oikoluvullakaan. Tyypillinen tilanne tällaisesta erehdyksestä on tilanne, jossa maallikotestamentin tekijä ei hallitse juridisia termejä, esimerkiksi hallintaoikeuden ja omistusoikeuden välistä eroa³⁵ tai käsitteen ”rintaperilliset” merkitystä³⁶. Ilmaisuerehdys voi tapahtua myös siten, että oikeustoimen tekijä yksilöi oikeustoimen kohteen virheellisesti.³⁷ Vakavimmat ilmaisuerehdykset lähestyvät testamentin ineksistenssiä.³⁸

Ilmaisuerehdyistä koskeva säännös on perintökaaren 11:1:n 2 momentissa: ”Jos testamentti on kirjoitusvirheen tai erheellisen sanonnan vuoksi saanut toisenlaisen sisällön kuin mitä testamentin tekijä on tarkoittanut, pantakoon testamentti kuitenkin täytäntöön, mikäli oikea tarkoitus saadaan selville.”³⁹ Sekä säännöksen sanamuoto että sen sijoittaminen testamentin tulkintaa koskevan yleissäännöksen (PK 11:1.1) yhteyteen ilmaisevat sen, että ilmaisuerehdys testamentissa tulee korjata testamentin tulkinnalla siten, että testamentti sitoo testamentin tekijän tarkoituksen, tahdon, mukaisena.⁴⁰ Kyse on testamentin tekijän tahdon selvittämiseen liittyvästä osa-seikasta, jossa säännös merkitsee, ettei testamentin sanamuodolla ole ratkaisevaa merkitystä testamentin tekijän tahdon selvittämisessä.⁴¹ Perintö-

³⁵ Käsitteiden sekoittumisesta on lukuisia korkeimman oikeuden ratkaisuja, mm. KKO 1992:24 ja KKO 1948 II 244. Samoin Ruotsin oikeudessa, ks. esim. NJA 1963 s. 11, jossa testamentin oli testamentin tekijän puolesta laatinut juridista kielenkäyttöä tuntematon ja ”koristeellisiin ilmaisuihin” taipuvainen maallikko, minkä vuoksi osa testamentin sanonnoista viittasi käyttöoikeuteen ja osa omistusoikeuteen, jolloin testamentin sanamuoto oli sisäisesti ristiriitainen.

³⁶ KKO 1938 II 28: sanamuoto ”rintaperilliset” oikaistiin tarkoittamaan lapsettoman testamentin tekijän lähimpiä perillisiä.

³⁷ Esimerkkejä tästä ks. Telaranta 1960, s. 210–211. Esimerkkitapaukset soveltuvat myös testamenttioikeuteen.

³⁸ Tällöin voi olla kysymys esimerkiksi siitä, ettei testamentin tekijä hallitse kieltä, jolla testamentti on kirjoitettu. Puutteellinen kielitaito voi aiheuttaa koko testamentin sisältöä koskevan virhekäsityksen. Ineksistenssiä lähestyvä tilanne on ollut käsillä tapauksessa KKO 1947 II 184, jossa testamentin tekijä ei ollut hallinnut ruotsin kieltä, mutta testamentti oli kirjoitettu ruotsiksi. Perilliset moittivat testamenttia sillä perusteella, ettei testamentin tekijä ollut käsittänyt tahdonilmaisunsa sisältöä. Moitekanne hylättiin, koska voitiin osoittaa tekijän olleen hyvin selvillä tekemänsä testamentin sisällöstä ja merkityksestä. Ilmaisuerehdyksen ja ineksistenssin rajasta ks. myös Aarnio – Kangas 2010, s. 388–389.

³⁹ ÄB:n vastaava säädös ÄB 11:1.2: ”Har testamente genom felskrivning eller eljest till följd av misstag fått annat innehåll än testator åsyftat, skall det likväl verkställas, såvitt rätta mening kan utrönas.” Samansisältöinen säännös on otettu kaikkien Pohjoismaiden lakeihin. Lødrup 2003, s. 327. – Ilmaisuerehdyksen korjaamista tarkoittavan säännöksen on esitöissä katsottu olevan PK 11:1.1:ssa ilmaistun subjektiivisen tulkinnan periaatteen mukainen. LVK 1935:2, s. 89; SOU 1929:22, s. 211.

⁴⁰ LVK 1935:2, s. 89.

⁴¹ LVK 1935:2, s. 89; SOU 1929:22, s. 209–210.

kaaren ilmaisuerehdyssännös kattaa sekä kirjoitusvirheet että sanojen merkityksestä erehtymisen kautta syntyneet ilmaisuerehdykset.⁴²

2.4.2 Ilmaisuerehdyksen erottaminen motiivierhdyksestä

Motiivierhdyksen ja ilmaisuerehdyksen erottelemine juontaa juurensa Mäkelän ja Telarannan mukaan F. C. von Savignyn käsitelainoppiin pohjautuvaan teoriaan erehdyksistä vuodelta 1840.⁴³ Telaranta ja myöhemmin Mäkelä ovat ymmärtäneet Savignyn teorian siten, että Savigny erottaa tahdon ja ilmaisuuden toisistaan. Tahto ja ilmaisuus muodostavat yhdessä kokonaisuuden, jossa tahdolla on määräävä osuus ja ilmaisuus on tarpeen vain, jotta ulkopuoliset voivat saada tiedon henkilön sisäiseen maailmaan kuuluvasta tahdosta. Jos tahto ja ilmaisuus eivät vastaa toisiaan henkilön itsensä sitä tietämättä, on kyseessä tietynluontoinen erehdystapaus, epävarsinainen erehdys eli ilmaisuerehdys.⁴⁴ Telarannan ja Mäkelän mukaan Savigny erottaa myös tahdon ja sen muodostusvaiheen toisistaan: väärä mielikuva voi sisältyä niihin vaihtoehtoihin, joita henkilö tahdonmuodostusvaiheessa punnitsee ja joiden välillä hän tekee valinnan. Motiivierhdys syntyy, kun henkilö valitsee tahtonsa pohjaksi erehdyksen rasittaman mielikuvan. Savignyn teoriassa tällaista erehdystä kutsutaan varsinaiseksi erehdykseksi.⁴⁵

Vaikka motiivierhdyksen ja ilmaisuerehdyksen erottaminen on peräisin yleisestä varallisuus oikeudesta, siviilioikeudellisen sopimussidonnaisuuden teorian siirtyminen Savignyn edustamasta tahtoteoriasta kohti luottamus-

⁴² Tämä käy sinänsä ilmi jo lain sanamuodosta, mutta nimenomaisesti ilmaisuerehdyksen alaan kuuluvia virheitä on eritelty ruotsalaisissa esitöissä. SOU 1929:22, s. 209.

⁴³ Mäkelä 2010, s. 125–126; Telaranta 1960, s. 49–50, 54.

⁴⁴ Mäkelä 2010, s. 124–125, 130–132; Telaranta 1960, s. 52–54. Koska erheellisellä ilmaisulla ei ole takanaan oikeusvaikutuksia tuottavaa tahtoa, ilmaisuerehdyksen rasittama oikeustoimi on aina pätemätön. Mäkelä tutkii edelleen, missä tapauksissa Savignyn teoriasa tahto ja ilmaisuus eivät relevantilla tavalla vastaa toisiaan. Huomioon otettavia erehdyksiä ovat tapaukset, joissa erehdys kohdistuu tahtoon kokonaisuudessaan (esim. väärän asiakirjan allekirjoittaminen), ja tapaukset, joissa erehdys koskee tiettyä tahdonmuodostuksen osa-alueita. Nämä relevantit osa-alueet määrittävät roomalaisen oikeuden mukaisten *error in negotio, in persona, in corpore* sekä *in substantia* -erehdyslajien kautta, ts. erehtyminen esimerkiksi oikeustoimen luonteen tai sopimuksen osapuolen henkilön suhteen. Mäkelän mukaan Savignyn katsannossa ilmaisuerehdys aiheuttaa sopimuksen pätemättömyyden vain, jos se koskee jotain näistä tahdonmuodostuksen osa-alueista. Mäkelä 2010, s. 126, 130–132.

⁴⁵ Mäkelä 2010, s. 125, 129–130; Telaranta 1960, s. 51. Mäkelän ja Telarannan mukaan Savignylla kuitenkin tahto, koko prosessin lopputulos, on virheetön, jos henkilöllä on ollut vapaus valita mikä tahansa vaihtoehdoista. Erehtynyt olisi siis voinut valita myös sen vaihtoehdon, johon erehdystä ei sisällynyt; hän itse määräsi, mikä merkitys erheellisellä käsityksellä oli, ja vastaa virheestään itse. Tämän vuoksi motiivierhdykselle ei voida antaa oikeudellista vaikutusta; oikeustoimi on siis pätevä motiivierhdyksestä huolimatta.

teoriaa ja sittemmin valinnan vapauden teoriaa on heikentänyt erottelun merkitystä yleisessä varallisuus oikeudessa. Siinä, missä aikanaan erityisesti saksalaisessa perinteessä erehdyksen oikeusvaikutukset riippuivat erehdystyypistä, nykyään suomalaisessa ja pohjoismaisessa siviilioikeudessa painotetaan sopijakumppanille syntynyttä perusteltua luottamusta toisen sopijapuolen sitoutumistarkoituksesta erehdystyypistä riippumatta. Jo Telaranta on 60-luvulla esittänyt, että ilmaisu- ja motiivierehdyksen välisestä erottelusta olisi syytä luopua yleisessä varallisuus oikeudessa.⁴⁶

Jäämistöoikeudessa motiivierehdyksen ja ilmaisuerehdyksen erottelu sitä vastoin on säilyttänyt oikeudellisen relevanssinsa. Perintökaaren esitöissä ja motiivierehdyksestä käsittelevässä oikeuskirjallisuudessa on kiinnitetty huomiota siihen, että motiivierehdys on keskeistä erottaa ilmaisuerehdyksestä. Motiivierehdys ja ilmaisuerehdys ovat vakiintuneine määritelmien yksinkertaisimmillaan helposti tunnistettavia: ilmaisuerehdyksessä testamentin ilmaisumuoto ei vastaa tekijän aikomaa virheetöntä tahtoa sanallisesti ilmaistuna, ja motiivierehdyksessä testamentin tekijä on tahtonut jotain, mitä hän ilman erehdystä ei olisi tahtonut. Konkreettisesti tapauksessa voi kuitenkin olla vaikea erottaa, kummasta on kyse tai sisältääkö testamenttimääräys molemmat erehdykset.⁴⁷

Käytän esimerkkinä⁴⁸ osoittaakseni ilmaisuerehdyksen ja motiivierehdyksen vaikean rajapinnan: jos testamentin tekijä T on määrännyt kaikki säästötillillään olevat varansa, hänen käsityksensä mukaan 50 000 euroa, rahaston perustamiseen, mutta tilillä onkin testamentin tekohetkellä ollut 500 000 euroa, on kyseessä ilmaisuerehdys: T:n tarkoituksena on ollut määrätä rahaston perustamiseen 50 000 euroa, mutta testamenttimääräyksen muotoilun vuoksi määräyksen sisältö ei vastaa T:n tarkoitusta. Toisaalta käsillä on myös motiivierehdys: T selvästi erehtyi testamenttia tehdessään, sillä hän antoi määräyksen sen erhekkäisyyden vallassa, että tilillä oli vain 50 000 euroa. Ehkä asiaa selviteltäessä voidaan jopa varmistaa, ettei T olisi määrännyt kaikkia säästötillillään olevia varoja rahaston perustamiseen, jos olisi tiennyt tilin todellisen saldon.⁴⁹

⁴⁶ Mäkelä 2010, s. 162–166; Telaranta 1960, s. 363–367.

⁴⁷ Ruotsalaisissa esitöissä motiivierehdyksen ja ilmaisuerehdyksen erottamisvaikeuksia pidetään lähinnä puhtaasti teoreettisena kysymyksenä ja todetaan, ettei vaikeuksia käytännössä ilmene. SOU 1929:22, s. 211–212. Erottamisvaikeudet voivat olla harvinaisia, mutta erehdyksen sekoittuminen ei silti ole vain teoreettinen ilmiö, kuten jäljempänä käsittelemäni Helsingin hovioikeuden ratkaisun 1.2.1996 S 94/ 2034 piirteet osoittavat.

⁴⁸ Olen muotoillut esimerkin Rautialan esimerkkiä noudatellen, ks. Rautiala 1956, s. 133. Samantapaisia esimerkkejä ilmaisuerehdyksestä esittävät myös Aarnio ja Kangas sekä Telaranta, ks. Aarnio – Kangas 2015, s. 1050–1051; Telaranta 1960, s. 209–211.

⁴⁹ Mahdollista on toki sekin, että T:llä oli virhekkäisyys tilin saldosta, mutta hän olisi joka

Erehdistyyppien sekoittuminen ilmenee oikeuskäytännössä Helsingin hovioikeuden ratkaisussa 1.2.1996 S 94/ 2034. Kantajat väittivät testamentin tekijän erehtyneen tavalla, jossa ilmaisu- ja motiivierehdys yhdistyvät ja osin sekoittuvat.⁵⁰ Testamentin tekijä oli määrännyt, että hänen tyttärensä saa Espoon Westendissä sijaitseva talon sekä ”rahaa tai muuta omaisuutta niin, että hän tulee saamaan koko perintöosuutensa”. Muutoin perinnönjaon tuli tapahtua lain mukaan, ja jos testamentin tekijän pojat eivät saisi lakiosiaan, tyttären tulisi maksaa ne rahassa kohtuullisen ajan kuluessa. Kantajina olleet testamentin tekijän pojat väittivät, että testamentin tekijän tarkoitus oli kohdella perillisiä tasapuolisesti ja että talon määrääminen tyttarelle on katsottava siten jako-ohjeen luonteiseksi määräykseksi. Testamentin tekijä oli erehtynyt käsitteistä perintöosa ja lakiosa, sillä hän oli määrännyt tyttärensä saamaan perintöosansa mutta määrännyt jäljempänä lakiosien maksamisesta. Nähdäkseni tämä lienee tulkittava ilmaisuerehdykseksi.

Lisäksi kantajien mukaan testamentin tekijä oli erehtynyt Westendin talon arvosta, sillä sen arvo ylitti selvästi tyttären perintöosan suuruuden. Tässä on tulkintani mukaan kyse lähinnä motiivierehdyksestä. Toisaalta, jos motiivierehdystä ei olisi tapahtunut – eli talon arvo olisi vastannut perintöosan arvoa tai alittanut sen – ilmaisuerehdys koskien lakiosien / perintöosien puuttuvan osuuden maksamisesta rahassa menettäisi käytännön kannalta merkityksensä. Ja toisin päin: jos testamentin tekijä ei olisi erehtynyt käsitteistä lakiosa ja perintöosa, vaan määrännyt tyttären maksamaan perintöosista puuttuvan määrän rahassa, testamentin tarkoitus – tyttarelle talo, mutta kaikille saman verran omaisuutta – toteutuisi mahdollisesta motiivierehdyksestä huolimatta. Toisin sanoen testamentin tekijän ilmaisuerehdys ja motiivierehdys yhdessä aiheuttivat kantajien tulkinnassa sen, ettei testamentin tekijän tasapuolisuuden tavoite toteutunut.⁵¹

Ratkaisussaan Helsingin hovioikeus päätyi näytön perusteella lopputulokseen, ettei kumpaakaan erehdystä ollut tapahtunut, sillä testamentin tekijän tarkoitus oli itse asiassa ollut suosia tytärtään ja varmistaa, että tytär sai vähintään perintöosansa tarvittaessa muuna omaisuutena talon ohella ja

tapauksessa halunnut käyttää tilivarat kokonaisuudessaan rahaston perustamiseksi. Tällöin motiivierehdys on vieläkin tapahtunut, mutta se ei ole määräävästi vaikuttanut T:n tahtoon. Määräävästä vaikutuksesta eli olennaisuuskriteeristä enemmän luvussa 3.1.3.

⁵⁰ Tämä ilmenee jo kantajien vaatimuksista, joissa ensisijaisena on vaatimus testamentin julistamisesta pätemättömäksi (moitekanne) ja toissijaisena vaatimus sen vahvistamisesta, että testamentin tekijä on testamenttia tehdessään erehtynyt käsitteistä perintöosaus ja lakiosa (tulkintakanne).

⁵¹ Kantajat eivät rakentaneet argumenttiaan näin selvästi ja eritellen, mutta tällaiseen konstruktion heidän väitteidensä on mielestäni perustuttava.

että toisaalta pojat saivat vähintään lakiosansa rahassa maksettuina.⁵² Kantajien tulkinta tilanteesta olisi kuitenkin käytännössä mahdollinen, ja se esittää motiivi- ja ilmaisuerehdyksen vaikean vuorovaikutussuhteen.

Mielenkiintoinen kysymys on, mikä erehdys on ns. testamentinsaajien sekoittuminen (ruots. förväxling). Kyse on tilanteesta, jossa testamentin tekijä tekee määräyksen tahon A hyväksi siksi, että kuvittelee, että A:lla on ominaisuus x. Todellisuudessa ominaisuus x on B:llä.⁵³ Tilanne näyttää vastaavan motiivieredystä: jos testamentin tekijä olisi tiennyt, ettei A:lla ole x:ää, hän ei olisi tehnyt kyseisen sisältöistä testamenttia. Kuitenkin Agell on esittänyt, että kyseessä on ilmaisuerehdyssäännöksen alaan kuuluva erheellinen sanonta ja että erehdys voidaan ratkaista tulkinnalla. Agellin käyttämässä esimerkissä testamentin tekijä on testamentannut varansa yliopistolle, jossa kuvitteli olevan tietyn alan yksikön. Kyseisen yksikön puuttuessa varat voi tulkinnalla ohjata sellaiseen instituuttiin, jossa tällainen yksikkö on.⁵⁴ Pohjoismaiden jäämistöoikeussääntöjä vertaileva Lødrup luokittelee saajien sekoittumisen niin ikään ilmaisuerehdykseksi.⁵⁵

Testamentinsaajien sekoittuminen on mielestäni helpommin mielletävissä ilmaisuerehdykseksi silloin, kun vaihtoehtoisia testamentinsaajia on selkeästi tunnistettava, rajoitettu joukko. Esimerkiksi sukulaislasten nimet voivat helposti sekoittua keskenään. Toisaalta – ja erityisesti, jos mahdollisten ”oikeiden” testamentinsaajien joukko on avoin – tilanne on mahdollista tulkita myös motiivieredyyksenä. Jos katsotaan olevan kyse ilmaisuerehdyksestä ja erehdys korjataan tulkinnalla, tulee huomata, että testamentin tekijän tarkoittama testamentinsaaja täytyy kyetä tunnistamaan riittäväällä tarkkuudella. Mikäli mahdollisten oikeiden saajien joukko on avoin, ei välttämättä ole mahdollista selvittää, mitä tahoa testamentin tekijä on tarkoittanut. Tällöin tulkinnan rajat voivat tulla vastaan eikä korjaus ole mahdollinen. Tilanne muistuttaa jäljempänä mainittavaa testamentin täsmentämistä, joka edellyttää, että testamentin tekijä on riittävästi rajannut mahdollisten saajien joukon. Täysin avointa testamenttimääräystä ei voida täsmentää, sillä muotovaatimukset testamentin tekijän tahdon ilmaisemi-

⁵² Ratkaisu perustui pääasiassa testamentin todistajien kertomuksiin, joille annettiin suurin näyttöarvo. Valitussa testamentin tulkintatavassa on myös nähtävissä esimerkki ristiriidat poistavasta tulkinnasta, eli kantajien ja vastaajan esittämästä kahdesta vaihtoehtoisesta tulkintatavasta on valittu se, jonka seurauksena testamentti saa yhtenäisen ja johdonmukaisen sisällön. Ks. Ylöstalo 1954, s. 54–55.

⁵³ A ja B voivat olla esimerkiksi testamentin tekijän sukulaislapsia, joista toinen harrastaa viulunsoittoa, tai kaksi hyväntekeväisyysjärjestöä, joista toinen avustaa köyhiä lapsiperheitä, tai kaksi koulutuslaitosta, joista toisessa opetetaan maataloutta.

⁵⁴ Agell 2003, s. 75.

⁵⁵ Lødrup 2003, s. 327–328.

selle eivät täyty. Täsmennys on silloin tulkitsijan tekemä kielletty lisäksi testamenttiin. Samasta syystä tulkinnallinen korjaaminen ei ole mahdollista, jos testamentin tekijän tahdosta ei saada riittäviä tietoja oikean saajan määrittämiseksi. Jos näin käy, testamentti jää siltä osin vaikutuksettomaksi.⁵⁶

Kun testamenttieroehdysten kohdalla näyttökysymykset ovat keskeisiä, on myös mahdollista, ettei saada riittävää näyttöä siitä, onko kyseessä ilmaisueroehdys vai motiivieroehdys vai molemmat. Epäselvyyden syynä ei Aarnion ja Kankaan mukaan ole niinkään perintökaaren säännösten epäselvyys tai väljyys, vaan itse eroehdyskäsitteen vaikeaselkoisuus ja monimerkityksisyys.⁵⁷ Eroehdysten tunnistaminen on silti periaatteellisesti tärkeää, sillä niiden vaikutukset ovat erilaiset: motiivieroehdys edellyttää testamentin moitetta määrääjässä, kun taas ilmaisueroehdys voidaan korjata testamentin tulkinnalla ilman erityistä kannemääräaikaa.⁵⁸ Erityisesti myöhästynyt testamentin moitekanne on toisinaan yritetty selittää ilmaisueroehdykseen perustuvaksi kanteeksi. Tällaiset kanteet eivät yleensä ole menestyneet muun muassa näyttövaikeuksien vuoksi.⁵⁹

Rajatapauksissa joudutaan ratkaisemaan, kumpi eroehdys on kyseessä, vaiko molemmat. Tämä ratkaisu tehdään kokonaisharkintana, jossa ratkaisija joutuu arvioimaan myös sitä, mikä on testamentin tekijän tahto ja miten se parhaiten toteutuu.⁶⁰ Ruotsalainen lainvalmistelu antaa tulkinnalle varsin laajan alan todetessaan, että jos virhe on rajatapaus tulkinnalla

⁵⁶ Lødrup 2003, s. 327–328.

⁵⁷ Aarnio – Kangas 2015, s. 1051.

⁵⁸ Periaatteessa on myös mahdollista, että ilmaisueroehdykset sinänsä voivat toimia näytönä testamentin pätemättömyyttä arvioitaessa. Jos testamenttiasiakirja on täynnä virheitä, voi herätä kysymys siitä, onko testamentin tekijä ollut sellaisessa ymmärryksen tilassa, että hänellä on ylipäättään ollut testamentintekokelpoisuus tallella. On kuitenkin suhtauduttava tähän tietyllä varauksella: puheen tai kirjallisen ilmaisun epäselvyys ja virheet eivät sellaisinaan ole merkki testamentin tekijän puuttuvasta tahdonmuodostuskyvystä, vaan voivat kuulua myös joidenkin sairauksien, esimerkiksi tietäntyyppisen afasian oirekuvaan. Kuitenkin hyvin hämästä muotoillusta testamentista voi olla vaikea saada selville, mitä testamentin tekijä on ylipäättään tahtonut määrätä. Tämä kysymys voi tulla esiin moiteoikeudenkäynnissä, mutta kuuluu varsinaisesti tulkinnan alaan. – Afasian eri muotojen vaikutuksesta testamentin tekemiseen ks. Aarnio – Kangas 2015, s. 381–388.

⁵⁹ Ylöstalo 1953, s. 99–100, ml. alaviitteessä 108 selostetut oikeustapaukset.

⁶⁰ Rautiala 1956, s. 133. Rautiala toteaa, että ”oikean tuloksen saavuttaminen on pääasia”. Lausahdus ei kuitenkaan anna kovin hyvää ohjeistusta siihen, miten ratkaisu tulee tehdä, sillä kyse on oikeussääntöjen ja periaatteiden, jopa intressien, välisestä punninnasta. ”Oikea tulos” voi merkitä oikean säännöksen valitsemista, tai ratkaisua, joka parhaiten toteuttaa testamentin tekijän tahdon. Ongelma on kuitenkin se, että sekä ilmaisueroehdys että motiivieroehdyssäännökset tähtäävät, eri tilanteissa ja eri keinoin, testamentin tekijän tahdon toteutumiseen. Jos koko tilanne on epäselvä, lienee ”oikea tulos” myös epäselvä eikä objektiivista totuutta ole mahdollista aina saavuttaa. Epäselvissä rajatilanteissa täytyykin näh-

korjattavien ja muiden virheiden välillä, tulee tulkinnalla tehtävä korjaus sallia aina, kun todellinen tahto voidaan vahvistaa riittäväällä varmuudella.⁶¹ Katson, että tämä vastaa tavoiteltavaa ratkaisulinjaa myös Suomen oikeudessa, sillä se edistää testamentin tekijän todennetun tahdon mahdollisimman kattavaa toteutumista ja ehkäisee turhia oikeusprosesseja, kun perillisten ei tarvitse nostaa moitekannetta turvatakseen oikeutensa epäselvässä tilanteessa.

2.5 Rauenneet edellytykset

2.5.1 Rauenneiden edellytysten tunnuspiirteet

Motiivierehdyistä eli väärin edellytysten tilannetta lähellä on rauenneiden edellytysten tilanne; näistä voidaan käyttää yhteisnimitystä virheelliset edellytykset.⁶² Rauenneita edellytyksiä voi kuvailla myös erehtymiseksi tulevista tapahtumista. Rauenneissa edellytyksissä on kyse siitä, että oikeustoimitahdon perustana olevat perustavanlaatuiset olosuhteet eli edellytykset muuttuvat oikeustoimen tekemisen jälkeen niin olennaisesti, ettei oikeustoimitahtoa olisi enää näissä muuttuneissa olosuhteissa syntynyt, ainakaan alkuperäisen kaltaisena.⁶³ Olosuhteiden muuttumista arvioidaan suhteessa testamentin tekohetken tilanteeseen,⁶⁴ ja edellytykset voivat siten raueta jo testamentin tekijän elinaikana tai milloin tahansa hänen kuolemansa jälkeen. Yleisen varallisuus oikeuden erehdysopeissa rauenneita edellytyksiä ei testamenttioikeudesta poiketen oteta huomioon erehdystyyppinä.

Rauenneissa edellytyksissä on aina kyse siitä, ettei testamentin tekijä ole ennakoanut tulevaisuutta oikein. Hän on voinut olettaa olosuhteiden pysy-

däkseni hyväksyä myös se mahdollisuus, ettei ”oikeaa tulosta” aina ole olemassa tai muuten ole mahdollista saavuttaa.

⁶¹ SOU 1929:22, s. 210–211. ”[...] torde vid misstag möjlighet böra vara öppen för förordnandets upprätthållande med det av testator åsyftade innehållet, såvitt detta låter sig fastställas med sådan säkerhet, att tvivel om rätta meningens är uteslutet.”

⁶² Käsitettä virheelliset edellytykset, felaktiga förutsättningar, käyttää mm. Boström, ks. Boström 2003, s. 42. Myös suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa on käytetty vastaavaa jaottelua, joskin ilman kokoavaa ”virheelliset edellytykset” -käsitettä. Ks. esim. Aarnio – Kangas 2015, s. 590; Ylöstalo 1953, s. 147. Rauenneista edellytyksistä käytetään suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa useita nimityksiä, mm. puuttuvat edellytykset sekä erehtyminen vastaisista tapahtumista. Ks. esim. Rautiala 1956, s. 134. – Ruotsalaisissa lain esitöissä motiivierehdys käsitetään erityiseksi osaksi laajempaa kysymystä rauenneiden edellytysten oikeudellisesta merkityksestä testamentin toimeenpanossa. SOU 1929:22, s. 321.

⁶³ SOU 1929:22, s. 321.

⁶⁴ Aarnio – Kangas 2015, s. 591.

vän samana, mutta ne ovatkin muuttuneet, tai hän on saattanut ennakoida muutosta, jota ei olekaan tapahtunut.⁶⁵ Tyypillinen esimerkki on aviopuolison hyväksi tehty testamentti, joka yleensä perustuu oletukselle avioliiton jatkuvuudesta: jos puoliset ovat eronneet ennen testamentin tekijän kuolemaa, on kyseenalaista, olisiko testamentin tekijä siitä huolimatta halunnut antaa ex-puolisolleen testamentissa osoitetun edun.⁶⁶ Samoin keskinäisen testamentin yksipuolinen muuttaminen tai peruuttaminen voi johtaa rauenneisiin edellytyksiin toisen osapuolen osalta.⁶⁷ Muutos voi tapahtua myös lainsäädännön tasolla: ratkaisussa KKO 1992:84 testamentin tekijä oli määrännyt omaisuutensa jaettavaksi lain mukaan hänen perillistensä kesken. Testamentin tekemisen jälkeen tuli voimaan uusi perintökaari, jonka mukaan testamentin tekijän lähimmät perilliset, serkut, eivät olleet enää perimiseen oikeutettuja.

Rauenneet edellytykset voivat, kuten motiivierhdyskin, kohdistua mihiin tahansa testamentin kannalta olennaiseen seikkaan. Nähdäkseni rauenneiden edellytysten tapaukset voidaan jakaa kahteen ryhmään: 1) muuttuneet olosuhteet ovat tehneet testamenttimääräyksen toimeenpanon osin tai kokonaan mahdottomaksi⁶⁸ ja 2) muuttuneet olosuhteet ovat aiheuttaneet, ettei testamenttimääräys sellaisenaan enää täytä sitä tarkoitusta, jonka testamentin tekijä on halunnut saavuttaa, ts. edellytykset ovat rauenneet testamenttimääräyksen taustalla olevan motiivin osalta.⁶⁹

⁶⁵ Aarnio – Kangas 2015, s. 590–591.

⁶⁶ Ks. esim. KKO 1961 II 83, jossa keskinäinen testamentti katsottiin tehottomaksi, kun puoliset oli tuomittu asumuseroon ja heidän välillään oli toimitettu ositus. – Sen sijaan ratkaisussa KKO 1946 II 276 testamentti koski kiinteistöä, joka oli rauhansopimuksessa jäänyt luovutetulle alueelle. Tällainen tapahtuma lienee lähes ainutkertainen.

⁶⁷ Tilannetta koskee PK 10:7: ”Joka yksipuolisesti peruuttamalla tai muuttamalla keskinäistä testamenttia ilmeisesti toimii molemminpuolisen määräyksen olennaisten edellytysten vastaisesti, menettäköön testamenttiin perustuvan oikeutensa.” Ks. myös esim. KKO 1961 II 139, jossa kummankin puolison ollessa elossa toinen oli toiselta salaa peruuttanut puolisonsa hyväksi tekemänsä määräyksen. Peruutuksen johdosta katsottiin, että peruuttajapuolison oikeus saada toisen puolison testamentista etua oli rauennut, sillä määräyksen toimeenpaneminen ei olisi vastannut testamenttimääräyksen tehneen puolison tahtoa; vrt. KKO 1982 II 24, jossa edellytysten ei todettu rauenneen. Ks. myös NJA 1950 s. 488, jossa HD:n mukaan keskinäisen testamentin muuttamisen toisen puolison kuoleman jälkeen tulee vaikuttaa ensisijaisesti viimeksi eläneen toissijaisten perillisten asemaan, sekä NJA 1940 s. 302, jossa keskinäisen testamentin jälkeinen, yksipuolinen testamentti tulkittiin keskinäisen testamentin täydentämiseksi eikä peruuttamiseksi.

⁶⁸ Tämä tilanne lukeutuu ainakin osin permutaation alaan, ks. Aarnio – Kangas 2015, s. 590.

⁶⁹ Ryhmäjaottelu on omani, mutta esimerkiksi Rautialan antamat kaksi esimerkkiä rauenneista edellytyksistä, PK 11:8 ja PK 11:4, edustavat näitä kahta hieman erilaista rauenneiden edellytysten tilannetta. Tosin Rautiala myös näyttää käsittelevän testamentin täydentämistä ja rauenneita edellytyksiä toisistaan erillisinä seikkoina. Ks. Rautiala 1971, s. 61–62.

Ensimmäisen ryhmän tapauksiin voidaan lukea esimerkiksi tilanteet, joissa omaisuuden arvon laskun vuoksi rinnakkaisia legaattimääräyksiä ei ole enää mahdollista panna toimeen täysimääräisesti. Tähän ryhmään kuuluu myös sijaantulo sikäli kuin testamentin tekijä ei ole varautunut aiotun saajan kuolemaan ennen häntä itseään. Toisen ryhmän tapaukset muistuttavat motiivierohdystilanteita, joista ne erottaa jo aiemmin kuvattu aikaperspektiivi: tässä tapauksessa testamentin tekijää motivoineet virheelliset oletukset kohdistuvat testamentin tekohetkestä katsoen tulevaisuudessa oleviin seikkoihin.⁷⁰

Perintökaaressa ei ole rauenneita edellytyksiä koskevaa yleissäännöstä.⁷¹ Rauenneiden edellytysten ratkaiseminen kuuluu testamentin tulkintaan, ja siten PK 11:1:n tulkintaa koskeva yleissäännös kattaa myös rauenneiden edellytysten tilanteen. Myös osa PK 11 luvun muista säännöksistä koskee tai voi koskea rauenneiden edellytysten tilanteita: ks. PK 11:3 (legaattien täyttämisyjärjestys), PK 11:4 (tietyn omaisuuden puuttuminen jäämistöstä), PK 11:5 (panttioikeuden vaikutus), PK 11:6–7 (testamentin saaja on kuollut ennen testamentin tekijää) ja PK 11:8 (testamentin tekijän parisuhde on päättynyt ennen hänen kuolemaansa). Lisäksi PK 10:7 keskinäisen testamentin yksipuolisesta muuttamisesta tai peruuttamisesta käsittelee rauenneiden edellytysten tilanteen.⁷² Rauenneet edellytykset eivät kuulu PK 13:1:n testamentin moiteperusteiden luettelon 4 kohdan ”muutoin sillä tavoin erehtynyt, että se on määräävästi vaikuttanut hänen tahtoonsa” piiriin, vaikka säännöksen sanamuoto näyttääkin sallivan sellaisen tulkinnan. Lain esitöistä käy yksiselitteisesti ilmi, että ilmaisulla tarkoitetaan tässä yhteydessä ainoastaan motiivierohdyksiä.⁷³

⁷⁰ Ruotsalaisissa ÄB:n esitöissä rauenneiden edellytysten tilanne on ilmeisesti mielletty koskemaan ainoastaan tämääntyyppisiä tapauksia: esimerkkeinä ja mahdollisesti säädetävinä tulkintasääntöinä on pohdittu PK 11:8:n mukaista tilannetta, jossa testamenttimääräys on tehty puolison hyväksi ja avioliitto on sittemmin päättynyt, sekä tapausta, jossa jälke-elävä muuttaa omalta osaltaan sellaista keskinäisen testamentin määräystä, joka on ollut olennaisen tärkeä kuolleelle testamentin tekijälle. SOU 1929:22, s. 321–322.

⁷¹ Ruotsalaiset lainsäätäjät katsoivat, että yleisluontoinen säännös, vaikka se olisi mahdollista laatia, jäisi juuri yleisen luonteensa vuoksi vaille merkitystä oikeuskäytännössä. SOU 1929:22, s. 321–322. – Toisaalta ruotsalainen lainsäätäjä ei myöskään mielellään kirjoita laiksi yleistä periaatetta, jota sovelletaan kyseisen oikeudenalan ulkopuolellakin. Guldberg 1931, s. 198.

⁷² Näistä vain viimeksi mainitut, PK 11:8 ja 10:7, on ruotsalaisissa esitöissä mielletty koskemaan rauenneiden edellytysten tilanteita, ja onkin perusteltua katsoa, että verrattuna muihin PK 11 luvun säännöksiin PK 11:8 tulee kyseeseen yksinomaan rauenneiden edellytysten tilanteessa. SOU 1929:22, s. 321–322.

⁷³ Varsinainen viittaus rauenneisiin edellytyksiin tai niiden ja motiivierohdyksen eroon tosin puuttuu suomalaisista lainvalmisteluasiakirjoista, mutta esimerkiksi lainvalmistelukunnan lausuma ”ettei hän ilmeisestikään, jos hän olisi täysin *tietänyt todellisen asiain-*

2.5.2 *Rauenneiden edellytysten erottaminen motiivierehdyksestä*

Rauenneet edellytykset muistuttavat suuresti motiivierehdystilanteita, mutta koska nämä erehdykset ratkaistaan eri tavoin,⁷⁴ on tärkeää erottaa rauenneet edellytykset motiivierehdyksistä. Sekä rauenneet edellytykset että motiivierehdys voivat liittyä mihin tahansa testamentin tekijän väärään mielikuvaan. Niiden keskeisin ero on aikakriteeri: silloin, kun väärä mielikuva liittyy menneisyyden tai testamentin tekohetken aikaiseen seikkaan, on kyse motiivierehdyksestä, ja silloin, kun väärä mielikuva koskee tulevia tapahtumia, kysymyksessä ovat rauenneet edellytykset. Eroa voi havainnollistaa kysymällä, onko oikea tieto ollut olemassa jo testamentin tekohetkellä. Esimerkiksi biologinen sukulaisuussuhde on ollut olemassa jo testamentin tekohetkellä, vaikka geenitesti tehtäisiin tai se tulisi ylipäättään saataville vasta testamentin tekijän kuoltua.

Toki sinänsä selkeä aikakriteerikin saattaa johtaa vaikeisiin rajatapauksiin. Joskus voi olla vaikea osoittaa, milloin jotain testamentin tekemisen kannalta olennaista on tapahtunut. Testamentin tekijällä voi olla väärä mielikuva omaisuutensa, esimerkiksi kiinteistönsä, arvosta. Testamentin tekohetkellä kiinteistö ei ole niin arvokas, kuin testamentin tekijä kuvittelee. Testamentin tekemisen jälkeen kiinteistön arvo laskee vielä alhaisemmaksi. Nyt voi herätä kysymys, milloin testamentin tekijän kuvitteleman väärän arvon ja kiinteistön todellisen arvon välinen epäsuhta on kasvanut niin suureksi, että se on olennaisesti vaikuttanut testamentin tekijän tahtoon. Voi olla vaikea osoittaa, onko arvojen erotus ollut perintökaaren tarkoittamassa mielessä olennainen jo testamentin tekohetkellä (motiivierehdys) vai onko arvoero kasvanut riittävän merkittäväksi vasta testamentin tekemisen jälkeen (raunneet edellytykset). Myös tapahtumasarjat voivat aiheuttaa ajoittamisvaikeuksia.⁷⁵

tilan, olisi tuollaista määräystä antanut” (kursivointi omani), voi nähdäkseni viitata vain motiivierehdykseen, jossa erehdys on täysin todettavissa jo testamentin tekohetkellä. Oikeuskirjallisuudessa ei myöskään ole esitetty PK 13:1:n 4 kohdan tarkoittavan muuta kuin motiivierehdyttä. Ruotsalaisissa esitöissä, joissa rauenneita edellytyksiä on käsitelty omiana osinaan, on tämä seikka todettu suoranaaisesti. LVK 1935:2, s. 100; SOU 1929:22, s. 321. Ks. myös Ylöstalo 1953, s. 148.

⁷⁴ Motiivierehdykset ratkaistaan testamentin moitteen, rauenneet edellytykset testamentin tulkinnan avulla. Tietyissä mielessä tosin ratkaisumetodi on huomattavan samantyyppinen: molempien osalta on tarpeen selvittää testamentin tekijän kontrafaktuaalista tahtoa, ja esimerkiksi testamentin tekijän jälkikäteinen tietoisuus erehdyksestä vaikuttaa erehdyksen olennaisuuden arviointiin samalla tavalla.

⁷⁵ Adlercreutz 1959, s. 69. Adlercreutz käyttää esimerkkinä testamentimääräystä uskollisen taloudenhoitajattaren hyväksi. Myöhemmin käy ilmi, että taloudenhoitajatar on menetellyt petollisesti testamentin tekijää kohtaan, mutta on vaikea tietää, onko petollinen toiminta alkanut jo testamentin tekemisen aikaan vai vasta sen jälkeen.

Yhteenvetona totean, että erehdyslajijako on erehdysten tyyppitapausten osalta selkeä, mutta käytännön elämässäkin esiintyvissä tilanteissa tarkka rajanveto eri erehdysten välillä on toisinaan vaikeaa ja voi riippua siitä, miten kukin erottelija tulkitsee tilannetta. Erehdyslajien tunnistamisen tärkeys juontuu ennen kaikkea siitä, että motiivier ehdys on testamentin moiteperuste ja muut kaksi erehdystä eivät ole. Seuraavassa pääluvussa käsitelen motiivier ehdyksen vaikutusta testamentin toimeenpanossa: ensin testamentin moittimisen kannalta ja sitten testamentin tulkinnessa.

3 MOTIIVIER EHDYS TESTAMENTIN TOIMEENPANOSSA

3.1 Motiivier ehdys testamentin moiteperusteena

3.1.1 Testamentin moittiminen

Testamentin moitetta voi yleisesti luonnehtia ”perillisen määräaikaan sidotuksi kanteeksi, jossa perillinen vaatii perintöoikeuttaan rasittavaa testamenttia julistettavaksi mitättömäksi tietyillä perusteilla”.⁷⁶ Testamentin moite on viimeinen vaihe testamentin ns. selvitysmenettelyä⁷⁷ ja pääasiallinen tapa, jolla testamentti voi jäädä vaikutuksettomaksi perillisen ja testamentinsaajan välisessä suhteessa.⁷⁸ Testamentin moitteesta säädetään PK 13 ja 14 luvuissa. Testamentin moitesäännösten tarkoituksena on varmistaa, että testamentti toimeenpannaan vain silloin, kun se on testamentin tekijän tahdon oikea ilmaisu.⁷⁹

Testamentin moittiminen tapahtuu käräjäoikeudessa nostettavalla moitekanteella. Moiteoikeus on vain testamentin tekijän lähimmillä perillisillä.⁸⁰ Testamentti käy päteväksi niitä perillisiä kohtaan, jotka eivät moiti testa-

⁷⁶ Ylöstalo 1953, s. 51. – Vain PK 13:1–2:ssä esitetyt perusteet tekevät perillisen ajamasta kanteesta moitekanteen; muilla perusteilla ajettu kanne ei ole varsinainen moitekanne. Ks. Aarnio – Kangas 2015, s. 803.

⁷⁷ Testamentin selvitysmenettelyn vaiheet ovat nykyjärjestelmässämme testamentin tiedoksianto (testamentin saajan harkinnassa) ja testamentin moite (testamentin tekijän perillisen harkinnassa). Testamentin selvitysmenettelystä ks. esim. Aarnio – Kangas 2015, s. 729–765.

⁷⁸ Ylöstalo 1953, s. 53–54.

⁷⁹ LVK 1935:2, s. 99.

⁸⁰ PK 14:4 ja 14:5. Lainkohdilla viitataan lähimpien perillisten moiteoikeuteen; kaukaisemmilla perillisillä ole moiteoikeutta. Ks. Aarnio – Kangas 2015, s. 812–813; Ylöstalo 1953, s. 58–61. – Moiteoikeus myös edellyttää perillisasemaa, ks. kysymyksestä tarkemmin Aarnio – Kangas 2015, s. 817–833; Ylöstalo 1953, s. 109 eteenpäin.

menttia.⁸¹ Testamentin moitteen määräaika on PK 14:5:n mukaan kuusi kuukautta testamentin tiedoksi saamisesta.⁸² Testamentin moitekanne eroaa tulkintakanteesta siis sekä siinä, kuka voi kanteen nostaa, että siinä, että vain moitekanne on määräaikaan sidottu.⁸³ Moitekanteen vastaajana on testamentin saaja tai saajat.⁸⁴ Moiteoikeudenkäynnissä noudatetaan OK 17:2:n mukaista todistustaakan jakoa, eli kantajan on näytettävä väitteensä toteen, ja vastaajan on näytettävä ne seikat, joihin hän puolustukseensa vetoaa. Ainoa poikkeussääntö todistustaakan jakamisesta on PK 10:2.2, jonka mukaan todistajien testamenttiin merkitsemää todistusta jälkisaädöksen muodosta on pidettävä uskottavana, jos ei muuta näytetä.⁸⁵ Testamentti pätevytyy paitsi silloin, kun moitekanne lainvoimaisesti hylätään tuomioistuimessa, myös jos moitekanne myöhästyy tai lähimmät perilliset hyväksyvät testamentin. Tämä tarkoittaa, että moiteperusteen aiheuttama pätemättömyys voi korjaantua ja testamenttia tulee pitää pätevänä.⁸⁶

Perintökaaren sanamuodon mukaan ”testamentti *voidaan* moitteen johdosta julistaa pätemättömäksi”, jos testamenttiin kohdistuu jokin pätemättömyysperusteista. Perintökaaren sanamuoto antaa siis tuomioistuimelle harkintavallan jättää testamentti voimaan moiteperusteen olemassaolosta huolimatta.⁸⁷ Tämä on ainoa testamentin moitekanteen yhteydessä käytössä

⁸¹ Kukin perillinen voi vaatia testamentin julistamista pätemättömäksi vain omalta osaltaan. Ks. Ylöstalo 1953, s. 187–188; Aarnio – Kangas 2015, s. 803.

⁸² Moiteaika kuluu umpeen myös siinä tapauksessa, että perillinen saa moiteperusteesta tiedon vasta määräajan jälkeen. Ks. moiteaikakysymyksen nyansseista Aarnio – Kangas 2015, s. 836–840 sekä KKO 1935 II 550, jossa oli kyse moiteajan kulumisesta tilanteesta, jossa moittijan perillisasema vahvistui vasta testamentin tiedoksiannon jälkeen.

⁸³ Tulkintakanne tulee kuitenkin myös nostaa kohtuullisessa ajassa siitä, kun tulkintakysymys on aktualisoitunut, ks. KKO 2017:49 sekä Tapani Lohen analyysi ko. ratkaisusta Lohi 2018, erit. s. 141–142.

⁸⁴ Aarnio – Kangas 2015, s. 843–845.

⁸⁵ Todistustaakan jakautumisesta ja todistelusta testamentin moiteoikeudenkäynnissä ks. Aarnio – Kangas 2015, s. 904–915. – Esimerkkinä todistustaakan jaon merkityksestä voidaan mainita motiivierehdyksen osalta Rovaniemen hovioikeuden ratkaisu 23.12.1999 S 98/265. Tapauksessa kantaja mm. väitti vastaajien erehdyttäneen heidän yhteiset vanhempansa tekemään keskinäinen testamentti kertomalla virheellisiä tietoja omasta taloudellisesta tilanteestaan. Kantaja ei onnistunut näyttämään väitteitään väärien tietojen antamisesta eikä siitä, että testamentin tekijöille tästä huolimatta syntynyt erehdys olisi ollut olennainen syy testamentin tekemiseen. Näin ollen testamenttia ei julistettu pätemättömäksi motiivierehdyksen vuoksi.

⁸⁶ Kyse on testamentin pätemättömyyden korjaantumisesta: testamentti tulee toimeenpantavaksi pätemättömyysperusteesta huolimatta muun tosiseikaston, tässä tapauksessa moiteajan loppuun kulumisen, paikatessa pätemättömyysperusteen aiheuttaman puutteellisuuden. Ämmälä 1993, s. 161.

⁸⁷ Aarnio 2004, s. 563–564; Aarnio – Kangas 2015, s. 969. Testamentin voimaan jättäminen saattaa olla Aarnion ja Kankaan mukaan tarkoituksenmukaista esimerkiksi silloin, kun virhe tahdonmuodostuksessa on vähäinen. Sivuhuomiona todettakoon, että nähdäkseen

oleva liikkumavara. Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä ei ole tahtovirheiden osalta ratkaisuja, joissa korkein oikeus on todennut pätemättömyysperusteiden olemassaolon, mutta jättänyt testamentin silti voimaan.⁸⁸ Vaikuttaakin todennäköiseltä, ettei lakitekstiin sisältyvää teoreettista liikkumavaraa juuri sovelleta. Testamentin jättäminen voimaan tahtovirheen olemassaolosta huolimatta edellyttää epäilemättä hyvin poikkeuksellisia olosuhteita, joissa testamentin tekijän tahdon toteutumisen kannalta testamentin voimaan jääminen on parempi ratkaisu kuin sen pätemättömäksi julistaminen. Tällainen tilanne voi syntyä esimerkiksi siten, että testamentissa on olennainen motiivierhdys, mutta näytön perusteella voidaan todeta, että testamentin tekijä on kaikkein ensisijaisimmin halunnut poiketa lakimääräisestä perimyksestä ja testamenttimääräyksen sisällöllä on ollut hänelle tähän nähden toissijainen merkitys.⁸⁹

Moitekanteessa moittijan tulee vedota johonkin PK 13:1:n mukaiseen pätemättömyysperusteeseen; ei ole harvinaista vedota useaan vaihtoehtoiseen tai samanaikaiseen perusteeseen.⁹⁰ Moiteperusteiden luettelo on

virheen vähäisyys vaikuttaisi viittaavan enemmän siihen, ettei olennaisuuskriteeri täyty, mitä käsitellen tulevassa alaluvussa 3.1.3. – Vrt. Lakivaliokunnan mietintö 5/1953, s. 5 Innalan vastalause, jossa Innala esittää, että harkinnanvaraisuus testamentin voimaan jättämisestä tulee poistaa lain sanamuodosta.

⁸⁸ Muotovirheen osalta voidaan osoittaa korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 1987:37, jossa testamentti katsottiin päteväksi siitä huolimatta, etteivät edes hätätilatestamentin edellyttämät muotovaatimukset toteutuneet. – Ks. myös KKO 2011:32 ja tapauskommentti Tammi-Salminen 2012, s. 839–860, joista jälkimmäinen käsittelee myös yleisemmin muotovirheiden pätemättömyysvaikutusta sekä mahdollisuuksia ja perusteita poiketa pätemättömyysseurauksesta muotovaatimuksissa sattuneen erehdyksen vuoksi.

⁸⁹ Tätä jossain määrin muistuttava tilanne oli ratkaisussa KKO 2010:54, jossa oli kyse siitä, oliko testamentin tekijä suullisilla lausumillaan peruuttanut erään säätiön hyväksi tekemänsä testamentin. Korkein oikeus katsoi, ettei kyse ollut peruutuksesta, ja otti ratkaisussaan huomioon myös sen, ettei testamentin tekijä ollut halunnut noudattaa lakimääräistä perimysjärjestystä. Tapaus käy tilanne-esimerkistä, mutta ratkaisusta itsestään ei saatane johtoa testamentin pätemättömyyden arvioimiseen.

⁹⁰ Aarnio – Kangas 2015, s. 849–852; Ylöstalo 1953, s. 170–173. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2004:8 testamentin pätemättömyysperusteiksi esitettiin testamentin tekijän Alzheimerin taudista johtuvasta dementiaasta seurannut sielunhoitotoiminnan häiriö, testamentinsaaajan harjoittama taivuttelu sekä mainitun testamentinsaaajan aiheuttama tai muuten syntynyt erehdys. Pääkysymys korkeimmassa oikeudessa kuitenkin koski ainoastaan sitä, oliko testamentin tekijä enää kykenevä itsenäiseen tahdonmuodostukseen eli oliko testamentti pätemätön sielunhoitotoiminnan häiriön vuoksi. Sielunhoitotoiminnan häiriön ja erehdyksen varsinaisen linkittyminen esiintyy Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisussa 30.1.2003 S 01/979. Ratkaisuselostuksesta ei käy suoraan ilmi, onko ratkaisun perusteena ollut nimenomaan motiivierhdys, jota testamentin tekijän sielunhoitotoiminnan häiriö (dementia) on aiheuttanut tai edistänyt, vai onko testamentin pätemättömäksi katsominen yhteisseuraus kahdesta suhteellisen itsenäisestä perusteesta. Toisaalta ratkaisu kuvanee todellisuutta sikäli hyvin, että oikeustoimikelpoisuuden heiketyssä henkisiin kykyihin vaikuttavien sairauksien vuoksi kasvanee myös todennäköisyys erehtyä testamentin kannalta olennaisista seikoista.

tyhjentävä.⁹¹ Aarnio ja Kangas jaottelevat moiteperusteet alaikäisyydestä johtuvaan testamentintekokelpoisuuden puuttumiseen, muotovirheisiin sekä tahtovirheisiin, joista jälkimmäiset jakautuvat edelleen testamentintekokelpoisuuden puuttumiseen ja tilanteisiin, joissa tahdonmuodostus ei ole ollut vapaata.⁹² Tahtovirheisiin, jotka kuuluvat ei-vapaan tahdonmuodostuksen alaan, luetaan testamenttiin vaikuttanut pakko, taivuttelu tai vaikuttimiin kohdistunut erehdys eli motiivierehdys. Tahtovirheitä yhdistää muun muassa se, että niiden osalta näytön hankkiminen ja punninta on erityisen vaikeaa.⁹³

Perintökaari eroaa motiivierehdysten osalta merkittävästi yleisestä varallisuusosoikeudesta, sillä oikeustoimilaissa ainoastaan petollinen viettely, eli motiivierehdyksen tahallinen aiheuttaminen, on säädetty oikeustoimen pätemättömyysperusteeksi (OikTL 30 §). Motiivierehdys voi tosin ilman tahallista erehdyttämistäkin aiheuttaa oikeustoimen pätemättömyyden osana kunnianvastaista ja arvotonta menettelyä (OikTL 33 §), mikäli toinen osapuoli on ollut motiivierehdyksestä tietoinen tai hänen olisi ainakin pitänyt se havaita.⁹⁴ Yleisessä varallisuusosoikeudessa motiivierehdys aiheuttaa pätemättömyyden niissä tapauksissa, kun sopijakumppanille ei erehdyksen vuoksi synny perusteltua luottamusta toisen osapuolen sitoutumistahtoon.⁹⁵ Lähtökohdat sille, miten motiivierehdyksen suhdetta oikeustoimen pätevyyyteen arvioidaan, ovat siten hyvin erilaiset verrattuna testamenttioikeuteen, jossa testamentin tekijän eheä ja vapaa tahdonmuodostus on ainoa huomioon otettava seikka.

Seuraavissa alaluvuissa keskityn motiivierehdykseen pätemättömyysperusteena testamentin moitteen ja moiteprosessin näkökulmasta. Erittelen erityisesti motiivierehdykselle tyypillisiä pätemättömyysperusteiden olemassaolon osoittamiseen liittyviä seikkoja. Lisäksi selvitän, kuinka laajasti pätemättömyyden aiheuttava motiivierehdys vaikuttaa testamentin kokonaisuuteen eli käykö koko testamentti pätemättömäksi yhteen testamenttimääräykseen kohdentuvan motiivierehdyksen vuoksi.

⁹¹ LVK 1938:5, s. 69.

⁹² Aarnio – Kangas 2015, s. 847–848. Ryhmittelyt ovat vaihdelleet; esimerkiksi Ylöstalo on ryhmitellyt moiteperusteet habilitteettivirheisiin, eli testamentintekokelpoisuuden puuttumiseen alaikäisyyden tai oikeustoimikelpoisuuden puutteen vuoksi, tahtovirheisiin ja muotovirheisiin. Ylöstalo 1953, s. 140–148.

⁹³ Aarnio – Kangas 2015, s. 848.

⁹⁴ Mäkelä 2010, s. 152–155.

⁹⁵ Mäkelä 2010, s. 165.

3.1.2 Erehdyksen olemassaolon näyttäminen

PK 13:1:ssä on motiivierehdyksen osalta säädetty, että ”[t]estamentti voidaan moitteen johdosta julistaa pätemättömäksi [...] jos testamentin tekijä [...] on muutoin sillä tavoin erehtynyt, että se on määräävästi vaikuttanut hänen tahtoonsa”. Moitekanteen nostaneen perillisen tulee siis osoittaa, että ensinnäkin testamentin tekijä on erehtynyt ja että toisekseen erehdys on määräävästi vaikuttanut hänen tahtoonsa. Erehtymisen näyttäminen edellyttää todistelua sekä siitä, mikä on ollut testamentin tekijän käsitys erehdyksen kohteena olevasta seikasta, että siitä, mikä oli asioiden todellinen tila testamentin tekohetkenä. Erehdys on käsillä, kun testamentin tekijän käsitys ei vastaa asioiden todellista tilaa. Kyse on eräänlaisesta testamentin tekijän tahdon tulkinnasta.⁹⁶

Motiivierehdykseen vetoavan perillisen on esitettävä riittäviä todisteita siitä, mikä testamentin tekijän käsitys erehdyksenalaisesta seikasta on ollut: jos miespuolinen testamentin tekijä on jättänyt yhden lapsistaan jäämistöstä osattomaksi uskoen, ettei lapsi ole hänelle biologista sukua, perillisen tulee esittää näyttöä siitä, että testamentin tekijä on uskonut, ettei ole lapsen isä. Helpoimmillaan näytöksi voi riittää testamentin sanamuoto, sillä joskus testamentin tekijä kirjoittaa syyn tai syyt, miksi on tehnyt kyseisen määräyksen.⁹⁷ Näin ei kuitenkaan usein ole. Testamentin tekijän

⁹⁶ Guldberg 1931, s. 201.

⁹⁷ Esimerkiksi ratkaisussa NJA 1937 s. 401 testamentin tekijä oli aloittanut testamenttinsa sanoin: ”På grund av att ett tidigare mellan mig och min hustru Alma upprättat inbördes testamente genom en senare tillkommen boskillnad blivit ogiltigt [...]”. Testamentin tekijä erehtyi voimassa olevan oikeuden sisällöstä, sillä keskinäinen testamentti ei käy pätemättömäksi asumuseron perusteella. Erehdys on ollut varsin helppo näyttää, koska testamentin tekijä sattui kirjoittamaan erehdyksensä testamenttiasiakirjaan.

Perustelun kirjoittaminen ei kuitenkaan väistämättä helpota erehdyksen näyttämistä. Tapauksessa, jonka Kouvolan hovioikeus ratkaisi tuomiolla 29.1.1992 S 90/222, testamentin tekijä oli perustellut poikansa hyväksi tekemäänsä testamenttia sillä, että ”poikani B on huolehtinut minusta”. Poika perheineen oli sitoutunut testamentin tekijän täysihoitoon rahakorvausta vastaan.

Tapaus on nähdäkseni hyvä esimerkki siitä, että näennäinen perustelu ”poikani on huolehtinut minusta” ei itsessään kerro testamentin tekijän käsityksistä paljoakaan. Erehdys olisi varmasti käsillä, jos poika ei olisi millään tavalla huolehtinut testamentin tekijästä. Sen sijaan lausumasta ei voida päätellä, onko testamentin tekijä kuvitellut pojan huolehtineen hänestä pyyteettömästi, sillä hoidosta maksettua korvausta ei lainkaan mainita. Läheisen ihmisen antama täysihoito täyttää korvaustakin vastaan voi olla testamentin tekijälle erittäin merkityksellistä, sillä sukulaisilla ei ole velvoitetta sitoutua hoitoon, maksettiin siitä korvausta tai ei. Testamentin taustalla voi siis olla halu palkita testamentin saajaa, vaikka testamenttia itsessään ei olekaan pidettävä korvauksena testamentin saajan toiminnasta. Tässä tapauksessa lisävivahteen tuo se, että testamentin tekijä oli asunut testamentin saajan luona alle vuoden, mutta sitä ennen toisen poikansa, joka siis testamentilla jätettiin kokonaan ilman perintöä tai lakiosan varaan, luona hän oli asunut yli kymmenen vuotta

käsitykset ovat olennainen osa selvitetessä, mikä on ollut testamentin tekijän todennäköinen motiivi kyseisen säännöksen tekemiseen. Perustelemattomasta testamentisäännöksestä yksistään ei nimittäin voida tehdä päätelmiä testamentin tekijän motiiveista.⁹⁸ Lapsen perinnöttä jättämiseen voi motivoida monikin seikka edellä mainitun lisäksi, esimerkiksi vakaa uskomus siitä, että omaisuus päätyy lapsen ulosottovelkojille. Tuleekin varoa päättelemästä motiivia ainoastaan testamenttimääräyksen sisällön perusteella. Samalla tulee muistaa, että kyseessä on motiivierhdys vain, jos virheellinen uskomus kohdistuu menneeseen tai testamentin teon hetkellä vallitsevaan seikkaan.⁹⁹ Esimerkiksi uskomus siitä, että perillinen tuhlaasi perintönsä turhuuteen, ei mitenkään voi olla motiivierhdys, sillä se kohdistuu perillisen tulevaan toimintaan, olkoonkin että uskomuksen perusteet voi olla kylvetty ennen testamentin tekemistä.

Testamentin tekijän käsitykset kuuluvat hänen psyykkiseen maailmaansa, josta voi olla vaikea koota näyttöä. Todistelukeinoja ei ole rajoitettu, joten epäsuorakin todistelu on mahdollista. On kuitenkin huomattava, että näytön pohjalta pitää pystyä toteamaan riittävällä varmuudella, mikä testamentin tekijän käsitys on ollut. Jos testamentin tekijän käsityksistä ei voida todistelulla näyttää mitään suuntaan tai toiseen, on mahdotonta osoittaa, että hän oli erehtynyt.¹⁰⁰ On myös mahdollista, että testamentin tekijä on heikentyneiden kykyjensä vuoksi tehnyt erehdyksen, jota normaalilla psyykkisellä toimintakyvyllä varustettu henkilö ei tekisi. Tällöin useampi testamentin pätemättömyysperuste vaikuttaa samanaikaisesti eikä niiden välille ole välttämättä mahdollista tehdä tarkkaa rajanvetoa.¹⁰¹

ja joutunut muuttamaan ilmeisesti siksi, että kyseisen pojan ja hänen perheensä terveys huonontui liiaksi.

Ratkaisu käy ainoastaan tosielämän esimerkiksi mahdollisesta erehdystilanteesta. Hovioikeus hylkäsi moitekanteen, sillä se katsoi testamentin tekijän oikeustoimikelpoiseksi. Erehdykseen hovioikeus ei ottanut kantaa, sillä kantaja oli kanteessaan vedonnut ainoastaan testamentin tekijän oikeustoimikelvottomuuteen.

⁹⁸ Ks. esim. Helsingin hovioikeuden argumentointi ratkaisussa KKO 2019:27: ”Vuoden 1980 testamentin sisällöstä ei voinut tehdä mitään johtopäätöksiä siitä, mistä syystä siinä oli viime kädessä syrjäytetty lakimääräiset perilliset.”

⁹⁹ Ylöstalo 1953, s. 147; Rautiala 1956, s. 128.

¹⁰⁰ On viime kädessä arvovalinta, minkä tahon hyväksi ristiriitaisen näytön tilanne koituu. Suomessa pääsääntöisesti kantajalla on väitteestään todistustaakka, myös testamentin moiteoikeudenkäynnissä, joten ristiriitaisessa ja epäselvässä tilanteessa testamentti jää voimaan.

¹⁰¹ Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisussa 30.1.2003 S 01/979 hovioikeus julisti testamentin pätemättömäksi, koska testamentin tekemiseen oli vaikuttanut tekijän dementiasta johtunut sieluntoiminnan häiriö ja erehdys testamentista aiheutuvien perintöveroseuraamusten suhteen. Testamentin tekijä oli kuvitellut omaisuutensa miljoonien markkojen arvoiseksi ja siten perintöverot erittäin suuriksi. Tämän vuoksi hän oli testamentannut omaisuutensa

Testamentin tekijää motivoineen uskomuksen tai uskomusten lisäksi perillisen tulee esittää näyttöä siitä, että testamentin tekijän uskomus ei ole vastannut asioiden todellista tilaa.¹⁰² Tämä näyttö luonnollisesti riippuu siitä, mikä testamentin tekijää motivoinut uskomus on ollut. Edellä esiteytyissä esimerkeissä uskomuksen virheellisyys voidaan näyttää vaikkapa DNA-testillä tai ulosottorekisteriotteella, josta näkyy, että kaikki ulosotossa olleet velat on maksettu pois jo testamentin tekemisen aikaan.

3.1.3 Olennaisuuskriteeri

Kun testamentin tekijän erehtyminen on näytetty, tulee perillisen lisäksi osoittaa, että erehdys on *määrävästi vaikuttanut* testamentin tekijän tahtoon. Osa tahtoon vaikuttamista on erehdyksen ja tahdonmuodostuksen välinen aikajärjestys: moiteperusteeseen vetoavan tulee näyttää kausaalisuhde eli syy-yhteys erehdyksen ja testamenttimääräyksen välillä, eli että erehdyksestä on seurannut tietynsisältöinen testamenttimääräys.¹⁰³ Tämä tarkoittaa, että näytön tulee sijoittaa erehtyminen aikajanalla samaan tai edeltävään aikaan kuin testamentin tekeminen.¹⁰⁴ Jos erehdys on syntynyt vasta testamentin tekemisen jälkeen, se ei mitenkään ole voinut vaikuttaa testamentin sisältöön. Tällöin ei myöskään ole kysymys motiivierehdyksestä.

Pelkkä erehdyksen vaikuttaminen testamentin sisältöön ei kuitenkaan riitä, vaan kyse on määrävästä vaikutuksesta: motiivierehdys ei ole testamentin pätemättömyysperuste, ellei se ole riittävän olennainen.¹⁰⁵ Määrävä vaikutus on perintökaaren esitöissä kuvattu niin, ”ettei [testamentin tekijä] ilmeisestikään, jos hän olisi täysin tietänyt todellisen asiaintilan, olisi

sukulaisensa sijasta vapaaseurakunnalle. – Sivuvivahteena mainittakoon, että testamentin saaja oli tässä tapauksessa hovioikeuden mukaan edistänyt testamentin tekemistä ilmeisen tietoisena erehdyksestä, joka kaiken lisäksi oli syntynyt testamentin tekijän ollessa kanssakäymisissä vapaaseurakunnan kanssa. Erillistä väitettä petollisesta viettelystä ei kuitenkaan tehty, mikä ei testamentin motiivierehdyksen kyseessä ollessa olekaan tarpeen. Myöskään vapaaseurakunnan jäsenten vilpittömyyttä ei ole ollut tarpeen erikseen arvioida. Rautialan mukaan vilpittömän mielen suojalla ei muutoinkaan ole merkitystä testamenttioikeudessa. Ks. Rautiala 1956, s. 130.

¹⁰² Rautiala 1956, s. 129. Rautiala korostaa, että erehdyksen täytyy kohdistua seikkaan, josta objektiivinen varmuus on mahdollinen.

¹⁰³ Adlercreutz 1959, s. 69; Rautiala 1956, s. 129.

¹⁰⁴ Itse näyttö voi olla peräisin myöhemmältäkin ajalta. Esimerkiksi Itä-Suomen HO:n ratkaisussa 30.1.2003 S 01/979 todistajan kanssa käyty keskustelu – josta kävi ilmi motiivi testamentin tekemiselle, motiivin olennaisuus sekä se, mitä testamentin tekijä olisi ilman ko. uskomustaan määrännyt – käytiin muutama päivä testamentin tekemisen jälkeen.

¹⁰⁵ Olennaisuus on yleisemminkin erehdyksen vaikutuksellisuuden edellytys. Ks. esim. Ämmälä 1991, s. 95.

tuollaista määräystä antanut”.¹⁰⁶ Oikeuskirjallisuudessa määritelmä on toistettu jokseenkin vastaavin sanakääntein.¹⁰⁷

Erehdyksen olennaisuus edellyttää, että motiivierehdyksen ja testamenttimääräyksen välillä on syy-yhteys.¹⁰⁸ Relevanttia kausaalisuhdetta ei ole olemassa silloin, jos testamentin tekijä olisi erehdyksestä huolimatta tehnyt saman ratkaisun.¹⁰⁹ Tässä puhutaan kontrafaktuaalisen tahdon arvioinnista: mikä testamentin tekijän tahto olisi ollut, jos hän ei olisi erehtynyt? Jos tällainen vaihtoehtoinen tahto ja testamentissa ilmaistu tahto vastaavat toisiaan, ei erehdys ole voinut määräävästi vaikuttaa testamenttiin.

Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisussa 30.1.2003 S 01/979 keskeisenä osana pätemättömyysarviointia on ollut nimenomaan arvio motiivierehdyksen olennaisuudesta, ja siinä hovioikeus on verrannut erehdystä testamentin tekijän kontrafaktuaaliseen tahtoon. Tapauksessa oli kyse siitä, että testamentin tekijä oli erehtynyt testamentin aiheuttamista perintöveroseuraamuksista testamentin saajalle. Hän oli saanut käsityksen, että hänen sukulaiselleen aiheutuisi testamentatusta tilasta satojentuhansien markkojen perintöverot, joiden vuoksi tila joutuisi valtiolle. Hän kertoi todistajalle, että oli siksi testamentannut tilan vapaaseurakunnalle. Todellisuudessa tilan arvo oli huomattavasti pienempi eivätkä siitä maksettavat perintöverot olleet kohtuuttomat. Erehdyksen katsottiin olleen niin olennainen, että se vaikutti testamentin saajan valintaan. Todistajakertomuksesta ilmenee selvästi testamentin tekijän kontrafaktuaalinen tahto.

¹⁰⁶ LVK 1935:2, s. 100. Ks. myös SOU 1929:22, s. 313–314, 319.

¹⁰⁷ Aarnio ja Kangas ovat katsooneet, että erehdyksen vaikutuskynnys on korkea: ilman erehdystä testamentin tekijä ei olisi tehnyt kyseistä testamenttia. Rautiala on puolestaan ilmaissut erehdyksen vaikutuksen: ”[j]os hänellä olisi ollut oikea mielikuva, ei hän olisi tahdonilmaisua sellaisenaan antanut.” Aarnio – Kangas 2015, s. 900; Rautiala 1956, s. 128–129.

¹⁰⁸ Rautiala 1956, s. 129.

Syy-yhteyden edellyttäminen ei ole vain motiivierehdykselle ominainen piirre, vaan vastaava edellytys sisältyy mm. taivutteluun: taivuttelua edesauttavat olosuhteet tai tulokseton taivuttelun yrittäminen eivät täytä testamentin pätemättömyyden edellytyksiä, vaan taivuttelun tulee olla vaikuttanut testamentin sisältöön. Ks. esim. KKO 2012:103 ja KKO 2004:8 (hovioikeuden ratkaisu sekä korkeimman oikeuden eri mieltä olleiden jäsenten lausuma) sekä Aarnio – Kangas 2015, s. 888.

¹⁰⁹ Samantapainen tilanne on ollut käsillä ratkaisussa KKO 2012:103, jossa testamenttia väitettiin pätemättömäksi taivuttelun vuoksi. Korkein oikeus totesi, että taivuttelulle otolliset olosuhteet olivat käsillä, mutta minkäänlaista näyttöä ei esitetty siitä, että testamentin saajat olisivat käyttäneet näitä olosuhteita hyväkseen. Sen sijaan KKO totesi: ”Arvioitaessa B:n testamenttaustahdon aitoutta huomioon on otettava sekin sinänsä luonnollinen mahdollisuus, että B on halunnut suosia testamentissaan hänelle läheisiä ihmisiä, joiden luona hän on asunut ja jotka ovat häntä jo useiden vuosikymmenten ajan muutoinkin avustaneet.” Testamentin sisällölle oli siis olemassa vaihtoehtoinen, uskottava selitys.

Jotta nimenomaan motiivierehdys on vaikuttanut määrävästi tahdon muodostumiseen, ei tahdolle saa olla vaihtoehtoisia uskottavia selityksiä. Mikäli testamenttimääräystä on motivoinut useampi seikka, joista yhden suhteen tekijä on erehtynyt, on vaikea osoittaa, onko juuri erehdyksenalainen seikka ollut ratkaiseva.¹¹⁰ Sinänsä useampien samansuuntaisesti vaikuttavien seikkojen läsnäolo ei estä motiivierehdystä olemasta määrävä. Olennaista on, että motiivierehdys yksinäänkin olisi riittänyt siihen, että testamentin tekijä päätti tehdä kyseisen testamentin; erehdys myötävaikuttavana tekijänä ei riitä. Motiivierehdykseltä edellytetään siis varsin korkeaa vaikuttavuutta.¹¹¹

Turun hovioikeuden ratkaisussa 21.2.2003 S 02/468 oli kyse vaihtoehtoisten motiivien arvioinnista. Testamentin tekijä oli tehnyt testamentin edesmenneen puolisonsa sukulaisten hyväksi sivuuttaen omat sukulaisensa. Testamentin tekijä oli kertonut, että oli joutunut lähtemään lapsuudenkodistaan ”tyhjin kintain”. Hän katsoi, että hänen isänsä oli kohdellut häntä ankarasti ja epäyhdenvertaisesti suhteessa hänen sisaruksiinsa, ja hän oli katkeroitunut asiasta. Toisaalta testamentin tekijän vaimo oli ollut hänelle tärkeä ja vaimon suku oli kohdellut häntä hyvin. Hovioikeus katsoi näytetyksi, ettei ”tyhjin kintain” lähteminen ollut ainakaan kaikilta osin totta, sillä testamentin tekijän isä oli ostanut hänelle maatilan. Kun vaimo ja hänen sukunsa olivat kuitenkin olleet testamentin tekijälle merkitykselliset, hovioikeuden mukaan ei ollut näytetty testamentin perustuneen erehdykseen olosuhteista.¹¹²

¹¹⁰ Esimerkiksi Rovaniemen hovioikeuden ratkaisussa 23.12.1999 S 98/265 yksi perillistä moitti keskinäistä testamenttia mm. sillä perusteella, että vastaajat olivat erehdyttäneet testamentin tekijät uskomaan, että heidän taloudellinen tilanteensa oli huono. Tämä erehdys johti kantajan mukaan siihen, että testamentin tekijät päättivät tehdä testamentin vastaajien hyväksi. Kantaja ei kyennyt todistamaan erehdyttämistä, mutta erehdys oli kuitenkin syntynyt: toinen testamentin tekijöistä oli useiden todistajankertomusten mukaan ollut huolissaan vastaajien takausveloista, vaikka takauksia ei ilmeisesti ollut olemassa.

Sen sijaan kantaja ei kyennyt näyttämään syy-yhteyttä erehdyksen ja testamentin sisällön välillä. Käräjäoikeus viittaa selostuksessaan testamentin tekijöiden olosuhteiden muuttumiseen syynä testamentin sisällölle. Karjataloustila, jonka jatkajaa kantajasta oli aiottu, oli jo aikaa sitten lopettanut karjanhoidon, ja kantaja elätti itseään postinjakajana ja taksiautoilijana. Testamentissa omaisuus mitä ilmeisimmin jaettiin tasan lasten kesken, mikä nähtiin luontevana seurauksena muuttuneista olosuhteista. Testamentin sisällölle nähtiin siis erehdyistä uskottavampi vaihtoehtoinen selitys.

¹¹¹ Korkea vaikuttavuus on kuitenkin ainoa edellytys sille, että motiivierehdys aikaansaa pätemättömyyden, toisin kuin esimerkiksi yleisessä varallisuusosoikeudessa, jossa motiivierehdys tulee huomioiduksi vain OikTL 33 §:n kunnianvastaisen ja arvottoman menettelyn puitteissa. – Motiivierehdyksen kohteeseen ei myöskään sisälly rajaavia vaatimuksia verrattuna aiempaan oikeustilaan, jossa vain tosiasiaerehdykset katsottiin pätemättömyysperusteiksi ja oikeuserehdyksiä ei. SOU 1929:22, s. 319–320.

¹¹² Käytettävissäni on ollut vain Aarnion ja Kankaan teoksessaan julkaisema lyhennelmä

Tapauksen ratkaisusta ei voi yksiselitteisesti päätellä, minkä asteisen erehdyksen hovioikeus on katsonut syntyneen. Testamentin tekijän subjektiivisellekin käsitykselle isän ankaruudesta ja epäoikeudenmukaisuudesta tulee testamentin subjektiivisen tulkinnan periaatteen mukaisesti joka tapauksessa antaa merkitystä, sillä oli jäänyt epäselväksi, missä määrin testamentin tekijän käsitys perustui todellisuuteen. Tapauksessa on kuitenkin ollut selviä vaihtoehtoisia motiiveja testamenttimääräykselle, nimittäin testamentin tekijän läheinen suhde vaimoonsa ja tämän sukulaisiin. Ratkaisun perusteella vaikuttaa ilmeiseltä, että hovioikeus on pitänyt tätä vaihtoehtoista motiivia joka tapauksessa riittävänä eikä testamentin tekijän mahdollisella erehdyksellä siten ole ollut ratkaisevaa merkitystä testamenttimääräyksen antamiselle.

Perintökaaren sanamuoto on epäselvä sen osalta, koskeeko arviointi olennaisuuskriteerin täyttävän motiivierehdyksen osalta yksittäisen tai useamman testamenttimääräyksen sisältöä vaiko päätöstä ylipäätään tehdä testamentti. Suomen lainvalmistelutyöt tai oikeuskäytäntö eivät ole tarkentaneet tulkintaa tältä osin, mutta ruotsalaisten oikeuslähteiden perusteella olennaista on vaikutus testamenttimääräyksen sisältöön.¹¹³ Määräävästi vaikuttaneen erehdyksen seurauksia ei siis arvoteta eri tavoin: määräävän vaikutuksen kannalta on yhdentekevää, olisiko testamentin tekijä ilman erehdystä tehnyt toisen sisältöisen testamenttimääräyksen vai ei olisi tehnyt testamenttimääräystä tai testamenttia ylipäätään.¹¹⁴ Potentiaalinen tapahtumakulku tarvitsee selvittää vain siihen pisteeseen asti, kunnes voidaan

tapauksesta. Aarnio – Kangas 2015, s. 902.

¹¹³ Ruotsissa kysymykseen on otettu kantaa ratkaisussa NJA 1937 s. 401. Tapauksessa testamentin tekijä oli virheellisesti kuvitellut aikaisemman testamenttinsa tulleen pätemättömäksi ja oli siksi tehnyt uuden testamentin. Uusi testamentti oli pätevä, vaikka se oli tehty erehdyksen vuoksi, sillä erehdyksen ei katsottu olleen määräävä uuden testamentin sisällön kannalta (joskin myös sen osalta tehtiin väitteitä). Ks. myös tapauksen kommentti Agell 2003, s. 58–59. Ruotsissa siis olennaisuuskriteeri kohdistuu testamenttimääräyksen sisältöön.

Toisaalta Adlercreutz huomauttaa samasta seikasta, että ÄB:n sanamuoto sallii tulkinnan, että pätemättömyysseuraus tulee kyseeseen vain tapauksissa, joissa motiivierhdys on vaikuttanut testamentintekopäätökseen eikä niinkään testamentin tai yksittäisen testamenttimääräyksen saamaan sisältöön. Laajemmin Guldberg on esittänyt, että moiteperusteena olevan motiivierehdyksen lisäksi on olemassa sellaisia tulkinnan alaan kuuluvia tapauksia, joissa testamentti voidaan motiivierehdyksestä huolimatta pysyttää korjaavan tulkinnan avulla. Guldbergin esityksestä saa kuvan, että motiivierhdys aiheuttaa pätemättömyyden lähinnä silloin, kun testamenttia ei ylipäänsä olisi tehty, jos motiivierhdystä ei olisi tapahtunut. Adlercreutz 1959, s. 72–73; Guldberg 1931, s. 202. Palaan Guldbergin kantaan tarkemmin luvussa 3.2.4.

¹¹⁴ Ruotsalaisissa esitöissä on ennakoitukin usein vaikeaksi selvittää, olisiko testamentin tekijä ilman motiivierhdystä lainkaan tehnyt testamenttia. SOU 1929:22, s. 211.

varmistua, ettei moitittua testamenttimääräystä olisi annettu sen sisältöisenä kuin se on.

Mielenkiintoinen kysymys on, miten olennaisuuskriteeriä on arvioitava, jos testamentin tekijä on erehtynyt siten, ettei testamenttimääräystä voida toimeenpanna sellaisenaan hänen tahtonsa mukaisena. Ruotsalaisesta oikeuskäytännöstä löytyy kaksi tapausta, NJA 1985 s. 597 ja NJA 1949 s. 672, joissa motiivierehdys on tuottanut vaikeuksia testamentin toimeenpanossa ja on jouduttu arvioimaan erehdyksen olennaisuutta.

HD:n ratkaisussa NJA 1985 s. 597 keskinäisen testamentin yleiseksi toissijaissaajaksi oli määrätty ”arbetsstugan i Vojakala, Pajala”, eli eräs ”työkoulu”¹¹⁵. Vojakkalassa sijainnut työkoulu, joka oli auttanut köyhiä lapsia mm. käymään koulua ja saamaan käsityökoulutusta, oli lakkautettu joitain vuosia ennen testamentin tekemistä, mutta työkouluja hallinnoinut säätiö oli edelleen olemassa ja tuki toiminnallaan lasten ja nuorten ammatikoulutusta. HD katsoi, että säätiön tarkoitus edelleen vastasi testamentin tekijöiden testamentissa ilmaisevaa tahtoa, eikä ollut näyttöä, että testamentin tekijöille oli ollut ratkaisevan tärkeää tukea juuri työkoulua. Tämän vuoksi säätiö katsottiin testamentinsaajaksi ja oikeutetuksi käyttämään omaisuutta nykyiseen toimintaansa.¹¹⁶ Kyse ei siis ollut riittävän olennaisesta erehdyksestä.

Sen sijaan ratkaisussa NJA 1949 s. 672 motiivierehdys oli olennainen, ja sen vuoksi perustettavan säätiön toimintaa rajattiin suppeammaksi kuin testamentin sanamuoto edellytti. Testamentilla oli määrätty perustettavaksi säätiö, jonka tarkoituksena oli edistää tieteellistä tutkimusta sekä tukea joitain sosiaalisen avun piiriin kuuluvia järjestöjä. Testamentin tekijä oli siinä käsityksessä, että säätiö saa perintöverovapauden, mikä ei kuitenkaan pitänyt paikkaansa joidenkin testamentin muotoilun piiriin kuuluvien järjestöjen verovelvollisuuden vuoksi. Verovapaus katsottiin testamentin tekijän tahdon kannalta olennaiseksi, minkä vuoksi testamentti rajoitettiin tulokinnalla koskemaan vain sellaisia avustusjärjestöjä, joilla on verovapaus.

¹¹⁵ Sanalle ”arbetsstuga” ei ole suoraa vastinetta suomen kielessä, sillä samanlaista instituutiota ei ole ollut Suomessa. Työkoulu lienee käyttökelpoisin vastine.

¹¹⁶ ”Den viljeinriktning de sålunda visat genom sitt testament är väl förenlig med de ändamål som stiftelsen efter permutation numera har. Med hänsyn härtill och eftersom utredningen inte ger stöd för att det varit av avgörande betydelse för Harald K att tillgodose just arbetsstugan, får åt testamentet ges den innebörden att stiftelsen äger att såsom testamentstagare ta emot kvarlåtenskapen för bruk i den nuvarande verksamheten.” – Sivuhuomiona mainittakoon, että motiivierehdys kohdistui itse asiassa tarkoitemääräykseen: työkoulujen talous toimi säätiön kautta, joten jos työkouluja ei olisi lakkautettu, olisi säätiö saanut varat tarkoituseräilyluonteisesti käytettäväksi kyseisen työkoulun toimintaan. Kyseessä on esimerkki motiivierehdyksen monipuolisesta ilmenemisestä testeinteissa.

Todistajan kertomusten perusteella katsottiin näytetyksi, että testamentin tekijä olisi muotoillut testamenttinsa toisin, jos hänellä olisi ollut oikea tieto verovapaussäännöksistä.¹¹⁷

Ratkaisuista on huomattava, että molemmissa motiivierhdystilannetta on Ruotsin oikeudelle tyypillisesti käsitelty testamentin tulkintaongelmana eikä testamentin pätemättömyyskysymyksenä.¹¹⁸ Vastaavan tyyppinen arviointi testamentin tekijän tarkoituksen toteutumisesta erehdystilanteessa voi kuitenkin olla keskeinen myös Suomessa testamentin pätemättömyysarvioinnissa, jos erehdyksen vuoksi testamenttia ei voida panna toimeen sellaisenaan. Olennaisuuskriteeri ilmenee tällöin siinä, kuinka hyvin testamentti erehdyksestä huolimatta täyttää testamentin tekijän tavoittelemaa tarkoitusta. Jos testamenttimääräyksen taustalla on useampia motiiveja, kuten jälkimmäisessä tapauksessa hyväntekeväisyysäätiö, joka on lisäksi verovapaa, ja erehdys koskee vain osaa motiiveista, joudutaan arvioimaan motiivien välisiä tärkeyseroja: onko testamentin tekijälle ollut tärkeämpää tukea juuri kyseistä avustusjärjestöä vai varmistaa säätiön verovapaus? Erehdyksen olennaisuus riippuu silloin sen motiivin tärkeydestä, johon erehdys kohdistuu.

Kokonaisuutena voidaan todeta, että olennaisuuden kriteerissä on kyse nimenomaan välttämättömästä seikasta: ilman erehdystä kyseistä määräystä ei olisi syntynyt. Olennaisuuskriteerin täyttyminen edellyttää kahta samanaikaisesti vaikuttavaa seikkaa: ensinnäkin erehdyksen on täytynyt olla riittävä kannustin, jotta testamentin tekijä on tehnyt testamenttimääräyksen sen pohjalta, ja toiseksi testamentin tekijän on täytynyt valita erehdyksen vuoksi testamenttimääräykselle eri sisältö kuin hän muutoin olisi valinnut. Olennaisuuden puuttuminen sen sijaan ei tarkoita, etteikö erehdyksellä kuitenkin ole voinut olla vaikutusta testamentin syntymiseen. Jonkinlainen myötävaikutus on hyvinkin mahdollinen, jopa todennäköinen, mutta erehdyksen lisäksi saattaa vaikuttaa yksi tai useampia siitä riippumattomia seikkoja, jotka olisivat saaneet testamentin tekijän antamaan määräyksen

¹¹⁷ NJA 1949 s. 672. ”Omständigheterna vid testamentets tillkomst få anses giva vid handen, att Bergvall fast sådant avseende vid att stiftelsen skulle bliva fri från arvsbeskattning att det kan tagas för visst att han, därest han ägt kännedom om att icke alla hjälpororganisationer och kulturella institutioner åtnöjo befrielse från sådan beskattning, skulle inom ramen för de i testamentet gjorda förordnandena hava inskränkt syftet med stiftelsen, så att denna skulle komma i åtnjutande av dylik befrielse.”

¹¹⁸ Ratkaisuja on myös ruotsalaisissa oikeuskirjallisuudessa kohdeltu tulkintatapauksina, mm. Walinin ja Lindin ÅB:n kommentaariteoksissa niihin on viitattu vain testamentin tulkintaa käsittelevissä luvuissa. Motiivierhdystapauksina on kommentaareissa mainittu jo aiemmin viittaamani ratkaisu NJA 1937 s. 401 sekä Lindin kommentaarissa Götan hovioikeuden ratkaisu 2012-12-06 asiassa nro T 1693-11. Walin 2000, s. 270, 272 ja 355; Lind 2016, s. 313 ja 411.

riippumatta siitä, erehtyikö hän vai ei. Tällöin erehdys ei ylitä laissa säädettyä kynnystä eikä siten tee testamenttia pätemättömäksi.

3.1.4 Testamentin tekijän jälkikäteinen tietoisuus erehdyksestä

Motiivieredys syntyy aina testamentin tekemisen hetkellä, kun testamentin tekijän tosiasioita koskeva erehdys vaikuttaa siihen, mitä hän testamentissaan määrää. Motiiviereddyksen syntyminen edellyttää välttämättä, että testamentin tekijä *ei* ole tietoinen erehdyksestä. Sen sijaan motiiviereddyksen olemassaolo voi käydä ilmi minä tahansa hetkenä testamentin tekemisen jälkeen, ja eri tahoille eri aikaan. Siten on mahdollista, että perillinen tai testamentin saaja tulee tietoiseksi motiiviereddyksen olemassaolosta jo ennen kuin testamenttia on annettu heille virallisesti tiedoksi. Yhtä lailla on mahdollista, että testamentin tekijä itse tulee tietoiseksi motiiviereddyksestä ennen kuolemaansa ja vielä testamentintekokelpoisena. Tuleekin kysyä, miten testamentin tekijän itsensä tietoisuus testamentissa olevasta motiiviereddyksestä vaikuttaa erehdyksen arviointiin testamenttia moitittaessa.¹¹⁹

Testamentin tekijä voi luonnollisesti päättää reagoida motiiviereddyksen paljastumiseen. Hän voi peruuttaa testamentin tai tehdä uuden. Jos testamentin tekijä peruuttaa testamentin, se lakkaa olemasta voimassa eikä testamentin saaja voi vedota siihen omaksi edukseen. Tällöin perillisen tarve moittaa testamenttia motiiviereddyksen perusteella poistuu. Mikäli testamentin tekijä tekee uuden testamentin, tähän testamenttiin ei voi sisältyä samaa motiiviereddystä kuin vanhaan, sillä testamentin tekijä ei ole enää erehtynyt. Kun uusi testamentti syrjäyttää vanhan, ei vanhaa testamenttia enää moitita, vaikka siihen motiiviereddyksessä sisältyikin. Nämä vaihtoehdot ovat motiiviereddykseen liittyvän pätevyysarvioinnin kannalta suhteellisen yksinkertaiset.

Testamentin tekijän passiivisuus motiiviereddyksen paljastuttua sitä vastoin herättää mielenkiintoisen ongelman: miten testamentin tekijän tietoisuus erehdyksestä vaikuttaa motiiviereddyksen arviointiin?¹²⁰ Koska testamenttia ei ole peruutettu, perillinen voi moittaa sitä. Vaikka testamentin tekijä selvästi ilmoittaisi testamentin sisällön vastaavan hänen tahtoaan,

¹¹⁹ Mikäli testamentin tekijän tietoisuus erehdyksestä jää selvittämättä eli epävarmaksi, Boström esittää, että tulee menetellä samoin kuin silloin, jos testamentin tekijän tietämättömyys on varma. Boström 2003, s. 47.

¹²⁰ Arvioinnin kannalta merkityksellinen passiivisuus luonnollisesti edellyttää sitä, että testamentin tekijällä on motiiviereddyksen paljastumisen jälkeen sekä riittävästi aikaa että mahdollisuus reagoida. Mikäli testamentin tekijä menehtyy hyvin pian sen jälkeen, kun hän tuli motiiviereddyksestä tietoiseksi, ei passiivisuudesta voida tehdä luotettavia päätelmiä. Testamentin tekijän täytyy myös olla esimerkiksi testamentintekokelpoinen.

se ei sinällään poista erehdyttä. Tällainen testamentin tekijän ilmoitus vaikuttaa testamentin pätevyysarviointiin olennaisuuskriteerin kautta: jos testamentin tekijä ilmoittaa testamentin vastaavan hänen tahtoaan erehdyksestä huolimatta, ei erehdys voi olla tekijän tahdonmuodostuksen kannalta olennainen eikä se siten täytä PK 13:1:n pätemättömyysperusteen edellytyksiä.¹²¹ Testamentin tekijän ilmoitus on siten osa todistusaineistoa, jonka avulla arvioidaan, onko pätemättömyyden aiheuttavaa motiivierhdystä tapahtunut.¹²²

Mikäli testamentin tekijä ei ilmoita testamentin erehdyksestä huolimatta vastaavan hänen tahtoaan, joudutaan punnitsemaan, mitä hänen hiljaisuutensa tarkoittaa.¹²³ Testamentin peruuttamatta jättäminen vaikuttaisi puhuvan sen puolesta, että testamentin tekijä ei katso motiivierhdysten olleen hänen tahtonsa kannalta merkittäviä. Toisaalta testamentin tekijä on saattanut ajatella, että testamentti on motiivierhdysten vuoksi pätemätön eikä sitä siksi tarvitse erikseen peruuttaa. Vaikka asia ei perintökaaren järjestelmässä olekaan näin, testamentin tekijän mahdolliselle käsitykselle testamentin pätemättömyydestä tulee antaa merkitystä näyttönä hänen tahdostaan: jos testamentin tekijä on kuvitellut testamentin olevan pätemätön, se seikka, ettei hän ole peruuttanut testamenttia, ei ole osoitus siitä, että hän katsoo sen vastaavan tahtoaan. Siten erehdykselle on annettava se merkitys, jonka testamentin tekijä itse on katsonut sille annettavan.¹²⁴

¹²¹ SOU 1929:22, s. 320–321. Ruotsalaiset lainvalmistelijat ovat todenneet, että tapaukset, joissa testamentti, jonka voidaan epäillä syntyneen tahtovirheen alaisena, myöhemmin tuetaan vapaalla testamentintekotahdolla, ratkennevat materiaalisesti tyydyttävästi, jos tuomioistuimet asianmukaisella ankaruudella pitävät kiinni vaatimuksista tahtovirheiden todistamiseksi. Katson tämän tarkoittavan nimenomaan olennaisuuskriteeriin kohdistuvaa todistusvaatimusta.

¹²² Tämä edellyttäen, ettei testamentin tekijän tahto ole todistettavasti muuttunut testamentin tekohetken jälkeen. Testamentin tekijän myöhemmistä mielenmuutoksista ks. myös suppeasti Lohi 2011, s. 64–65 alaviitteineen.

¹²³ Ruotsalaisen lainvalmistelun yhteydessä on todettu, että lakiin tietoisesti ei ole otettu säännöstä siitä, että testamentin tekijän tulee peruuttaa tahtoaan vastaamaton testamentti tietyssä ajassa pakon poistuttua tai hänen tultuaan tietoisesti erehdyksestä. Lainvalmistelijat ovat katsooneet, että tällaisella säännöksellä olisi liian laaja-alainen vaikutus, minkä lisäksi seuraisi vaikeuksia vahvistaa, milloin on alkanut juosta se aika, jonka kuluessa peruuttamisen tulee tapahtua, jotta se estäisi määräystä tulemasta pysyväksi. SOU 1929:22, s. 320. Kun asiaa ei siten ole laissa ratkaistu, asia on tietoisesti jätetty tapauskohtaisesti punnittavaksi.

¹²⁴ Boström 2003, s. 48–49. Boström käsittelee rauenneita edellytyksiä, mutta sama on sovellettavissa motiivierhdysten osalta.

Aarnio ja Kangas ovat myös sivunneet testamentin muuttamisen tai muuttamattomuuden merkitystä, mutta he eivät ole maininneet testamentin tekijän käsitysten ratkaisevaa merkitystä: ”Jos muutos on testamentin tekijän tiedossa ja hän on tästä huolimatta pysyttänyt testamentin ennallaan, oletama on, että testamentin tekoajankohdan jälkeen tapahtunut

Tässä suhteessa motiivierehdyistä voidaan nähdäkseni verrata rauenneisiin edellytyksiin: testamentin tekijä voi tulla myös rauenneista edellytyksistä jälkikäteen tietoiseksi, jolloin hänen tietoisuudelleen tulee antaa merkitystä.¹²⁵ Ratkaisussa KKO 1992:84 testamentin tekijä oli ennen nykyisen perintökaaren voimaantuloa määrännyt, että hänen kuolemansa jälkeen kaikki omaisuus tuli jakaa lain mukaisesti hänen perillistensä kesken.¹²⁶ Testamentin tekijän lähimmät perilliset olivat serkkuja, joilla oli ollut perintöoikeus testamentin tekoajankohtana voimassa olleen lainsäädännön mukaan, mutta jotka oli uudessa perintökaaressa rajattu perintöoikeuden ulkopuolelle, joten tuli ratkaista, oliko serkuilla testamentin mukaan oikeus periä testamentin tekijä. Tapauksessa kävi ilmi, että testamentin tekijä oli ollut tietoinen perintökaaren muutoksesta ja että hän oli ollut myötmielinen testamentin muuttamisen suhteen epäselvyyksien poistamiseksi.¹²⁷ Katsottiin kuitenkin näytetyksi, että testamentin tekijä oli ”vielä saatuaan kuulla perintökaaren muuttuneen jäänyt siihen käsitykseen, että hänen tekemänsä testamentti ja sen määräys perillisistä olisi voimassa vaikkei uutta testamenttia tehtäisikään”. Tämän vuoksi määräystä laillisista perillisistä tuli tulkita vanhan säännösten mukaisesti. Testamentin sisältö tämän mukaisena myös vastasi testamentin tekijän tahtoa.¹²⁸ Sama kanta

muutos ei vaikuta alkuperäisen testamentin pätevyYTEEN.” Aarnio ja Kangas tosin puhuvat olettamasta, joten kyseinen oletama otaksuttavasti väistyy, mikäli on tiedossa, mikä testamentin tekijän itsensä käsitys muuttuneiden olosuhteiden vaikutuksesta oli. Lähtökohteisesti olen kuitenkin sitä mieltä, että testamentin tekijän käyttäytymisen, eli testamentin ennalleen jättämisen, merkitystä voidaan ylipäättään arvioida vain silloin, kun tiedetään, mitä hän uskoi käyttäytymisestään seuraavan. Itse en siten pidä oletaman käyttämistä perusteltuna.

¹²⁵ Sekä rauenneissa edellytyksissä että motiivierehdyksissä testamentin tekijän (kontrafaktuaalisen) tahdon merkitys on ratkaiseva. Kontrafaktuaalisesta tahdosta puolestaan on mahdollista saada tietoa, jos testamentin tekijä on tullut jälkikäteen tietoiseksi erehdyksestä.

¹²⁶ ”Min efterlämnade kvarlåtenskap, såväl fast som lös egendom, skall skiftas enligt lag mellan mina arvingar.”

¹²⁷ Epäselvyydet liittyivät myös testamentin alkuperäiskappaleen häviämiseen. Ilmeisesti syy, miksi testamenttia ei lopulta muutettu, johtui testamentin tekijän kielteisestä suhtautumisesta uuden testamentin tekemisestä aiheutuviin käytännön toimiin.

¹²⁸ Rauenneiden edellytysten osalta testamentin tekijän tietoisuuden merkitystä ja hänen käsitystään passiivisuuden vaikutuksesta on käsitelty vähäisemmässä määrin myös ratkaisussa KKO 1997:156, jossa muuttuneet olosuhteet olivat seurausta testamentin tekijän omasta toiminnasta. – Vanhempien korkeimman oikeuden ratkaisujen ratkaisuselosteet eivät lyhytyensä takia aina anna käsitystä siitä, onko testamentin tekijän tietoisuus muuttuneista olosuhteista otettu huomioon. Ratkaisujen lopputulosten perusteella näin saattaa kuitenkin olla. Ks. esim. KKO 1961 II 139, KKO 1950 II 156 ja KKO 1929 II 52.

on jo aiemmin omaksuttu Ruotsin oikeudessa lähes vastaavassa tapauksessa NJA 1935 s. 1.¹²⁹

Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännöstä ilmenee siten, että on olennaista selvittää, mihin testamentin tekijän käsitykseen testamentin muuttamatta jättäminen perustuu. Kun rauenneiden edellytysten osalta testamentin tekijän käsityksille passiivisuutensa vaikutuksista testamentin toimeenpanoon annetaan merkitystä, näen samankaltaisen merkityksen antamisen mahdollisena myös motiivierehdyksen osalta arvioitaessa erehdyksen olennaisuutta.

Olennaista on se, mitä näyttöä on saatavilla testamentin tekijän käsityksistä koskien motiivierehdyksen vaikutuksia. Tilanteesta tulee haasteellinen, jos näyttöä ei ole. Tällöin testamentin tekijän passiivisuudesta on vaikea tehdä mitään johtopäätöksiä. Jos motiivierehdys katsotaan testamentin tekijän tietoisuudesta huolimatta olennaiseksi, jää jokseenkin selittämättä, miksi hän on jättänyt tällaisen testamentin voimaan. Toisaalta jos passiivisuudesta tehdään päätelmä motiivierehdyksen vaikutuksettomuudesta, testamentin tekijälle muodostuu välttämättömäksi peruuttaa testamentti aina, kun se ei vastaa hänen tahtoaan eikä hän voi luottaa siihen, että perilliset aikanaan moittivat testamenttia. Boström onkin esittänyt, että jos testamentin tekijän oma käsitys erehdyksen vaikutuksesta jää selvittämättä, ei passiivisuudelle tule antaa mitään näyttöarvoa asiassa.¹³⁰ Passiivisuus itsessään ei siis saa aikaan motiivierehdyksen eräänlaista korjaantumista tai vahvista testamentin pätemättömyyttä.¹³¹

¹²⁹ Testamentin mukaan omaisuus tuli jakaa perillisille lain mukaisesti. ÄB:n säännökset, joiden mukaan serkut eivät peri, tulivat voimaan ennen testamentin tekijän kuolemaa. Testamentin tekijä oli tietoinen uudesta laista, mutta hänen käsityksensä mukaan testamenttia tulkittaisiin vanhan lain mukaan. Hän ei muuttanut testamenttia ennen kuolemaansa. HD katsoi, että testamentin sanamuoto tuli tulkita testamentin tekoajankohdan lain mukaisesti, ja serkut saivat perinnön. Ks. myös vastaava ratkaisu NJA 1932 s. 502 ratkaisu nro 147.

¹³⁰ Boström 2003, s. 48–49.

¹³¹ Tämä eroaa sopimusoikeudesta, jossa osapuolen passiivisuudelle ryhtyä toimenpiteisiin sopimuksen pätemättömyysperusteen suhteen voidaan antaa pätemättömyyden korjaavaa merkitystä vain, jos osapuoli on ollut tietoinen pätemättömyydestä. Passiivisuuden oikeus-seurauksia on perusteltu mm. sillä, että passiivisuus on ilmaisu oikeustoimintahdosta, tässä tapauksessa konkludenttisesta hyväksymisestä. Toisaalta voidaan katsoa, että osapuolella on tietämisvelvollisuus passiivisuutensa seurauksista, jolloin oikeusseurauksien perusteena on enemmänkin toimimisvelvollisuuden laiminlyönti. Ämmälä 1993, s. 231–237, 288–297, 321–322.

Sopimusoikeuden kontekstissa on kuitenkin kyse kahden osapuolen välisestä oikeussuhteesta, jossa mm. vastapuolen oikeutetuille odotuksille annetaan suojaa, ks. Ämmälä 1993, s. 18. Vastaava asetelma ei sovellu testamentteihin, eikä testamentin tekijän passiivisuuden voida samoin perustein katsoa merkitsevän pätemättömän testamentin konkludenttista hyväksymistä. Samoin testamentin tekijälle ei voida asettaa vastaavanlaista tietämis- tai toimimisvelvollisuutta.

Tiivistäen voidaan siis todeta, että motiivierehdyksen arvioinnissa testamentin tekijän jälkikäteinen tietoisuus erehdyksestä voi olla ratkaisevassa asemassa. Jos testamentin tekijä on ilmaissut testamentin edelleen, motiivierehdyksestä huolimatta, vastaavan tahtoaan, on kyseessä vahva näyttö siitä, ettei motiivierehdys ole ollut tahdonmuodostuksen osalta olennainen, ja testamentti on siten pätevä. Jos testamentin tekijä on pysytellyt passiivisenä tultuaan erehdyksestä tietoiseksi, on ratkaisevaa, mitä testamentin tekijä itse kuvitteli erehdyksen sisältävälle testamentille tapahtuvan, jos hän ei tee mitään. Mikäli tätä testamentin tekijän käsitystä ei saada selville, ei jälkikäteiselle tietoisuudelle voida antaa mitään merkitystä arvioitaessa motiivierehdyksen olennaisuutta.

3.1.5 Pätemättömyyden laajuus

Kun testamentin moiteprosessissa on näytetty testamentin tekijän erehtyminen ja motiivierehdyksen olennaisuuskriteeri täyttyy, on olemassa perusteet julistaa testamentti pätemättömäksi. Tässä luvussa tarkastelen, kuinka laajalle testamentin pätemättömyys tällöin ulottuu eli aiheuttaako motiivierehdys koko testamentin pätemättömyyden vai voidaanko testamentti motiivierehdyksen tapauksessa katsoa vain osin pätemättömäksi.

Testamentin osittaisesta pätemättömyydestä, eli tilanteesta, jossa useista testamenttimääräyksistä vain osa julistetaan pätemättömiksi, tulee pitää erillään testamentin moitetuomion yleinen muotoilu, jossa testamentti julistetaan pätemättömäksi vain niihin perillisiin nähden, jotka ovat moittineet testamenttia vain niiltä osin kuin testamentti estää heitä saamasta perintöosuuttaan jäämistöstä.¹³² Osittaispätemättömyydessä on kyse siitä, että vain osa testamentin määräyksistä voidaan ylipäättään katsoa pätemättömiksi vaadituilla pätemättömyysperusteilla: pätemättömyys liittyy seikkaan, jolla on ollut vaikutusta vain joidenkin testamenttimääräysten osalta. Moitetuomion lopputuloksessa taas on kyse ennemminkin prosessuaalisesta seikasta, eli testamentin moitekanteen hyväksyminen vaikuttaa vain kannetta ajaneen perillisen tai perillisten hyväksi.

Nykyinen perintökaari säättää testamentin osittaisesta pätemättömyydestä todistajan esteellisyyttä koskevin osin (PK 13:2). Säännöksen mukaan esteellisen todistajan todistama testamentti on pätemätön vain siltä osin kuin testamentissa määrätään etua todistajalle itselleen, hänen puolisolleen tai hänen lähisukulaiselleen.¹³³ Tämä on ainoa perintökaaren säännös, jossa

¹³² KKO 1948 II 374 ja KKO 1950 II 72; Aarnio – Kangas 2015, s. 972–973.

¹³³ Osittaispätemättömyys on mahdollinen silloin, kun todistaja ei itse ole testamentin te-

mainitaan testamentin olevan ”siltä osin pätemätön”. Tästä vaikuttaa seuraavan, että muissa pätemättömyystapauksissa, mukaan lukien motiivierehdyksen aiheuttamassa pätemättömyydessä, testamentti tulee katsoa kokonaisuudessaan pätemättömäksi.

Perintökaaren pitkän säätämisen aikana perintökaaren oli ehdotettu lisättäväksi sääntö, joka koski testamentin osittaista pätemättömyyttä muissakin kuin muotovirhetapauksissa.¹³⁴ Perintökaaren osittaisuudistuksessa vuonna 1953 uudistetun silloisen PK 16 luvun (testamentin tekemistä ja peruuttamista sekä testamentin pätemättömyyttä koskevat säännökset) 11 §:n mukaan ”[j]os jotain testamenttiin sisältyvää määräystä, joka ei ole riippuvaisuussuhteessa toisiin testamentin määräyksiin, koskee 9 §:n 3 kohdassa mainittu pätemättömyysperuste, olkoon ainoastaan se määräys pätemätön”. Kyseinen lainkohta kuului: ”jos testamentin tekijältä on puuttunut tahto testamentin tekemiseen tai jos hän on sitä tehdessään erehtynyt”.¹³⁵ Perintökaaren osittaisuudistuksessa motiivierehdysperusteinen osittaispätemättömyys säädettiin siis mahdolliseksi, ja se oli osa voimassa olevaa oikeutta nykyisen perintökaaren säätämiseen asti.

Vastaava säännös otettiin perintö- ja testamenttilain ehdotukseen vielä vuonna 1955.¹³⁶ Jostain syystä osittaispätemättömyys rajattiin kuitenkin koskemaan vain todistajan esteellisyydestä aiheutunutta pätemättömyyttä koko perintökaarta koskevassa hallituksen esityksessä vuonna 1964.¹³⁷ Nykyiseen perintökaareen on otettu vain todistajan esteellisyyden aiheuttama muotovirhettä koskeva säännös, jota vastaava säännös on vuoden 1935 ehdotuksessa sekä Ruotsin laissa.¹³⁸ Perintökaaren esitöissä ei ole selvitetty syytä, miksi motiivierehdys osittaisen pätemättömyyden perusteena on poistettu laista. Jää siten arvailun varaan, ovatko asiaan vaikuttaneet esi-

kijän lähisukulainen, vaan hänen esteellisyytensä perustuu ainoastaan testamentilla hänelle tai hänen lähisukulaiselleen tulevaan hyötyyn. PK 10:4.2.

¹³⁴ LVK 1938:5, s. 70: ”Tällaisissa tapauksissa olisi kohtuutonta ulottaa pätemättömyys ilman muuta koko testamenttia koskevaksi, vaan pätemättömyys on rajoitettava kyseessä olevaan jälkisaädökseen.” – Edellytykseksi katsottiin, että testamentti sisälsi useampia saman tai eri henkilöiden hyväksi tehtyjä määräyksiä, jotka eivät ole riippuvaisuussuhteessa toisiinsa. Osittaispätemättömyyttä pidettiin mahdollisena, jos pätemättömyys johtui hyvän tavan vastaisesta ehdosta, tahdon puutteesta tai virheestä.

¹³⁵ Säännös oli pysynyt lakitekstissä koko PK 16 luvun uudistuksen valmistelun ajan, jokin perustelut olivat samat kuin vuoden 1938 ehdotuksessa. LVK 1952:4, s. 6; HE 94/1952, s. 5 ja 6; Lakivaliokunnan mietintö 5/1953, s. 3.

¹³⁶ LVK 1955:1, s. 10: ”Jos jotakin testamenttiin sisältyvää määräystä, joka ei ole riippuvaisuussuhteessa toisiin testamentin määräyksiin, koskee 60 §:n 3 kohdassa mainittu pätemättömyysperuste, olkoon ainoastaan se määräys pätemätön.”

¹³⁷ HE 6/1964, s. 14.

¹³⁸ LVK 1935:2, s. 7; ÄB 13:1.

merkiksi Innalan lainvalmistelun yhteydessä esittämät argumentit tai Ruotsin lain esimerkki.¹³⁹

On kuitenkin luontevaa ajatella, että mikäli motiivierehdys kohdistuu vain yhteen tai osaan testamentimääräyksistä, on kohtuutonta julistaa koko testamentti sen johdosta pätemättömäksi. Erityisesti näin on pitkissä ja monimutkaisissa testamenteissa, joissa motiivierehdys kohdistuu esimerkiksi vain yhteen legaattimääräykseen. Vuoden 1953 lain kommentaarissa Rautiala on korostanut silloisessa lakitekstissä mainittua riippuvuussuhdetta: testamentin tekijän kontrafaktuaalista tahtoa arvioimalla on ratkaistava, muodostavatko jäljelle jäävät testamenttimääräykset järkevän ja testamentin tekijän tahtoa vastaavan kokonaisuuden senkin jälkeen, kun osa määräyksistä julistetaan pätemättömiksi.¹⁴⁰ Rautiala on huomauttanut myös, että testamentin tehottomuus voi muutenkin olla vain osittaista, esimerkiksi lain tai hyvän tavan vastaisen ehdon taikka ilmaisuerehdyksen vuoksi.¹⁴¹ Kangas on nykyisen perintökaaren säätämisen jälkeenkin pitänyt osittaispätemättömyyttä mahdollisena.¹⁴²

Korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntöä nimenomaan osittaispätemättömyydestä ennen tai jälkeen nykyisen perintökaaren säätämisen ei ole.

¹³⁹ Innala on vastalauseessaan lakivaliokunnan mietintöön 5/1953 lausunut osittaispätemättömyydestä: ”Lakiehdotuksessa on yleensä asetettu sille kannalle, että testamentti voi jäädä osittain voimaan, osittain tulla pätemättömäksi. Yhtenä oikeustoimena pidettävän testamentin paloitteleminen eri osiin, joista toiset olisivat oikeudellisesti päteviä ja toiset pätemättömiä, tulee aikaansaamaan sekaannusta ja tulkintavaikeuksia. Tämän vuoksi olisi osittain pätemätön testamentti julistettava kokonaisuudessaan mitättömäksi ja 11 § niin olleen ehdotetussa muodossaan kokonaan poistettava.” Lakivaliokunnan mietintö 5/1953, s. 5. ^{ÄB:n} esitöissä osittaispätemättömyyttä ei juurikaan käsitellä. Osittaispätemättömyys voi olla seurauksena vain todistajan esteellisyydestä, eikä laajempaa osittaispätemättömyyden mahdollisuutta ole ilmeisesti pohdittu. Syynä osittaispätemättömyyden sallimiseen tässä tapauksessa on ollut se, että aiempi, osittaispätemättömyys-vaihtoehtoa tuntematon lainsäädäntö on käytännössä johtanut usein lopputuloksiin, joita ei voitu pitää perusteltavina. Lisäksi voimaan jäävän testamentin muutosäännösten, joihin todistajan esteettömyydenkin kuuluu, katsottiin osittaispätemättömyydestä huolimatta säilyttävän arvonsa. SOU 1929:22, s. 172–173 ja 309–310.

¹⁴⁰ Rautiala 1956, s. 139–140.

¹⁴¹ Rautiala 1956, s. 140–141. Rautiala tosin käyttää harhaanjohtavalla tavalla ristiin käsitteitä ”pätemättömyys” ja ”tehottomuus”, mutta tässä tapauksessa täytynee puhua tehottomuudesta sikäli kuin ei tarkoiteta perintökaareissa moiteperusteiksi säädettyjä pätemättömyysperusteita. – Myös Hakulinen on ennen uuden perintökaaren voimaantuloa kannattanut testamentin osittaista pätemättömyyttä, kun on kyse lain tai hyvän tavan vastaisen, mahdottoman tai rauenneen ehdon vaikutuksesta testamentin pätevyyteen. Hakulinen 1956, s. 104–112. Samaten Ylöstalo on puoltanut testamentin osittaista voimaan jäämistä, kun osa testamentista on tehoton. Ylöstalo 1954, s. 67–68.

Nykyisen perintökaaren voimassaolon ajalta ks. esim. KKO 2018:78, jossa kysymys oli osittain esillä, sekä tapauksen tätä osaa koskeva artikkeli Hyvönen 2019, s. 267–279.

¹⁴² Kangas 2015, s. 273.

Sen sijaan Ruotsissa, jonka *ÄB*:ssa ei myöskään ole muuta osittaispätemättömyysperustetta kuin todistajan esteellisyys, HD on käsitellyt motiivierehdystä osittaispätemättömyyden aiheuttavana.¹⁴³ Ruotsin oikeuskäytännön osalta on tosin huomattava, että motiivierehdys on useimmiten käsitelty tulkintakysymykseksi toisin kuin Suomessa, minkä vuoksi ratkaisujen perusteella ei voida tehdä kovinkaan pitkälle meneviä päätelmiä osittaispätemättömyyden hyväksyttävyydestä Suomessa.

Kankaan tavoin pidän perusteltuna, että nykyäänkin testamentti voidaan tarvittaessa katsoa vain osittain pätemättömäksi, ainakin silloin, kun pätemättömyys johtuu motiivierehdyksestä. Motiivierehdystapauksissa testamentin tekijä on täysin testamentintekokelpoinen eikä testamentissa ole vieraan tahdon elementtejä, mitkä seikat muissa tapauksissa puoltavat koko testamentin katsomista pätemättömäksi.

Pätemättömyyden laajuuden selvittämiseksi tulee ensinnäkin arvioida, minkä testamenttimääräysten osalta motiivierehdyksen olennaisuuskriteeri täyttyy. Nämä määräykset tulee julistaa pätemättömiksi suoraan PK 13:1.4:n perusteella. Tämän jälkeen tulee erikseen arvioida muiden, itsessään pätevien määräysten suhdetta testamentin kokonaisuuteen ja testamentin tekijän kontrafaktuaaliseen tahtoon ja ratkaista, muodostavatko jäljelle jääneet testamenttimääräykset mielekkään ja testamentin tekijän tahtoa vastaavan kokonaisuuden. Silloin kun motiivierehdys kohdistuu testamentin ainoaan pääasialliseen määräykseen, jopa pääajatukseen, ja voidaan riittävällä varmuudella todeta, ettei testamentin tekijä olisi lainkaan ryhtynyt testamentin tekemiseen, jos olisi ollut tietoinen erehdyksestään, koko testamentti tulee katsoa pätemättömäksi. Jos testamentin jäljelle jäävät määräykset ovat osittaispätemättömyyden vuoksi menettäneet merkityksensä, tulee ne – ja siten koko testamentti – katsoa tehottomiksi. Jos taas muut testamenttimääräykset muodostavat mielekkään kokonaisuuden, ne jäävät voimaan ja testamentti tulee toimeenpanna siltä osin.

¹⁴³ Esimerkiksi ratkaisussa NJA 1985 s. 597 pariskunnan keskinäisessä testamentissa oli joitain legaattimääräyksiä sekä yleistestamentin saajaksi nimetty ”arbetsstuga i Vojakala, Pajala”. Motiivierehdys kohdistui yleistestamentin saajaan, sillä kyseinen työkoulu oli lakautettu joitain vuosia ennen testamentin tekoajankohtaa. HD toteaa: ”Frågan är i målet om Harald K:s villfarelse om existensen av arbetsstugan i Vojakala skall medföra att testamentet i denna del blir utan verkan.” Kursivointi omani. HD on siis selvästi lähtenyt siitä, että motiivierehdys, joka kohdistuu vain yhteen testamenttimääräykseen, aiheuttaa testamentin vaikutuksettomuuden vain kyseisen määräyksen osalta.

3.2 Motiivierhdys testamentin tulkinnassa

3.2.1 Testamentin tulkinnasta

Testamentin tulkinnan käsite ei ole täysin yksiselitteinen. Kankaan sanoin ”Tulkinta on pätevän oikeustoimen sisällön vahvistamista.”¹⁴⁴ Suppeassa merkityksessä tulkinnalla tarkoitetaan testamenttiasiakirjassa käytetyn kielen merkityssisällön selvittämistä: selvitetään, mitä testamentin tekijän käyttämät sanat ja lauseet merkitsevät.¹⁴⁵ Laajassa mielessä tulkinnalla tarkoitetaan yleisesti testamentin toimeenpanemiseksi tarpeellisten määräysten ja testamentin tekijän tahdon selvittämistä, jolloin käsite kattaa sekä testamenttiasiakirjan tekstin suppean tulkinnan että testamentin täydentämisen.¹⁴⁶ Testamentin täydentämisellä tarkoitetaan testamentin toimeenpanon kannalta olennaisten, mutta testamenttiasiakirjasta puuttuvien, määräysten rakentamista. Seuraavassa käyn läpi tiivistetysti testamentin tulkinnan pääpiirteet, jotka koskevat tulkintaa laajasti, sekä niiden jälkeen lyhyesti testamentin täydentämisen erityispiirteitä. Käytän tässä artikkelissa käsitettä ”testamentin tulkinta” sen laajassa merkityksessä, ellen erikseen muuta tarkenna.

Testamentin tulkinnan ydin kiteytyy subjektiivisen tulkinnan periaatteen, eli tulkinnan avulla pyritään selvittämään, mitä juuri kyseinen testamentin tekijä on tarkoittanut ja tahtonut.¹⁴⁷ Subjektiivisen tulkinnan periaate on yhteinen kaikkien Pohjoismaiden testamenttioikeudelle.¹⁴⁸ Subjektiivisen tulkinnan periaate ilmaistaan nykyisen PK 11:1:n 1 momentissa: ”Testamenti on niin tulkittava, että tulkinnan voidaan otaksua vastaavan

¹⁴⁴ Kangas 1993, s. 52.

¹⁴⁵ Nykykäsityksen mukaan kaikkien testamenttien toimeenpanoon sisältyy tulkintaa. Ks. esim. Ylöstalo 1954, s. 62. – Ks. myös Lenkkeri 2002, s. 343 ss. Lenkkeri analysoi suppeaa tulkintaa teoreettisista lähtökohdista.

¹⁴⁶ Perintökaaressa tulkinta tulee käsittää nimenomaan laajasti. Tähän viittaa esitöissä omaksuttu tapa käyttää käsitettä tulkinta (ruots. *tolkning*) myös niissä yhteyksissä, joissa selvästi on kyse testamentin täydentämisestä, muun muassa rauenneiden edellytysten yhteydessä. Ks. esim. LVK 1935:2, s. 89; LVK 1955:1, s. 35–36; SOU 1929:22, s. 71–72. – Yleisen varallisuus oikeuden puolella käsite-ero on jyrkempi eikä tulkinta sisällä oikeustoimen täydentämistä ulkopuolisen normin avulla. Aho 1968, s. 124–129.

¹⁴⁷ Subjektiiviseen tulkintaperiaatteeeseen kuuluu, että testamentille annetaan testamentin tekijän tarkoittama sisältö, vaikka objektiivinen tulkinta antaisi eri tuloksen. SOU 1929:22, s. 71. Esimerkiksi tapauksessa NJA 1937 s. 345 oli kyse testamentin tekijän käyttämän ”närmaste släktingar” -ilmaisun sisällöstä. HD katsoi ratkaisevaksi sen, mikä oli testamentin tekijän itsensä käsitys sukulaisuudesta, ei asian objektiivista totuutta. – Testamentin saajien käsityksille ei myöskään anneta merkitystä. Testamentin tulkinta ei sisällä luottamuksen suojan teoriaan liittyviä piirteitä. Agell 2003, s. 12; Lind 2016, s. 310.

¹⁴⁸ Lødrup 2003, s. 324.

testamentin tekijän tahtoa.”¹⁴⁹ Tulkitsijan tulee eläytyä mahdollisimman hyvin testamentin tekijän ajatuksiin ja kokemuksiin testamentin teon hetkellä ja ottaa huomioon testamentin tekijän olosuhteet: elämäntilanne, koulutus, maailmankatsomus ja ajattelutapa.¹⁵⁰ Subjekttiivisen tulkinnan ongelmat kytkeytyvät yleisesti ajatusten ilmaisemisen haasteisiin: kieleen välittävänä elementtinä sisältyy väärinymmärryksen riski, sillä sanat voivat merkitä eri toimijoille eri asioita.¹⁵¹ Käytännössä myös tulkinta-aineiston laajuus ja käytettävissä olevat resurssit vaikuttavat tulkintaan.¹⁵² Koska tulkitseminen antaa tulkitsijalle suhteellisen paljon valtaa, on sen kontrollointi subjekttiivisen tulkinnan periaatteeseen sisältyvän ohjeistuksen sekä valitun tulkinnan perustelemisen kannalta tärkeää.¹⁵³

Subjekttiivinen tulkinta ei tarkoita, että ”epäselvässä tilanteessa [testamentin tekijän] tarkoittama tahdonsisältö olisi *yksin* ratkaiseva”.¹⁵⁴ Testamentin sanamuoto on aina tulkinnan lähtökohta.¹⁵⁵ Tulkinta ei rajoitu tiukasti sanamuotoon,¹⁵⁶ mutta lisäykset testamenttiin eivät ole sallittuja.¹⁵⁷ Sanamuotoon rajoittuvan tulkinnan ja kiellettyjen lisäysten välille sijoittuu testamentin täydentäminen. Arvioitaessa, onko kyse testamentin sallitusta tulkinnasta tai täydentämisestä vai kielletystä lisäyksestä, kriteerinä on,

¹⁴⁹ Perintökaaren esitöiden mukaan subjekttiivisen tulkinnan periaate johtuu testamentin yksipuolisuudesta oikeustoimena. Tästä syystä on poikettu kaksipuolisissa oikeustoimissa vallitsevasta tulkintakäytännöstä. LVK 1955:1, s. 35; SOU 1929:22, s. 71–72. Ks. myös SOU 1929:22, s. 204–206.

¹⁵⁰ Aarnio – Kangas 2015, s. 122–123; KKO 1992:24. Korkeimman oikeuden ratkaisussa oli olosuhteina otettu huomioon testamentin tekijän koulutustausta, sivistys, asema juridiikan suhteen maallikkona, testamentatun omaisuuden laatu sekä testamentin tekijän ja saajan välinen suhde. Samantyyppinen kattava olosuhdeselvitys on tehty Ruotsin oikeudessa mm. ratkaisussa NJA 1963 s. 11. Olosuhteiden käsite on laaja, eikä huomioon otettavia seikkoja ole rajoitettu. Vrt. Norrin poikkeava näkemys olosuhteista Norri 2017, s. 237–244 ja Norri 2005, s. 346. ”Olosuhteita voivat olla vain periytymiseen, omaisuuden siirtämiseen tai siirtymiseen sukupolvelta toiselle liittyvät asiat. [...] Lukuun eivät tule myöskään perittävän tottumukset, terveydentila ja sivistystaso. Ihmisen ammatillinen, taloudellinen ja yhteiskunnallinen asema ovat olosuhteita, hänen harrastuksensa, mielipiteensä ja koulutuksensa eivät ole.” Norri 2017, s. 239.

¹⁵¹ Ks. esim. Aarnio – Kangas 2015, s. 123; Ylöstalo 1954, s. 21.

¹⁵² Ks. esim. Aarnio – Kangas 2015, s. 122.

¹⁵³ Aarnio – Kangas 2015, s. 123–124.

¹⁵⁴ Kangas 1993, s. 53.

¹⁵⁵ KKO 1993:64; KKO 1940 II 225; Aarnio – Kangas 2015, s. 132–133. Sama lähtökohta käy epäsuorasti ilmi myös perintökaaren esitöistä LVK 1935:2, s. 88–89; SOU 1929:22, s. 204, 206–207.

¹⁵⁶ LVK 1935:2, s. 88–89; SOU 1929:22, s. 204. Tämä on myös PK 11:1.2:n ilmaisuerehdysäännöksen lähtökohta.

¹⁵⁷ LVK 1935:2, s. 88–89: ”Tulkinta ei kuitenkaan saa johtaa siihen, että enemmän tai vähemmän irrallisten arvelujen perusteella tehdään suoranaisia lisäyksiä testamenttiin.” Ks. vastaava säännös SOU 1929:22, s. 209.

onko testamentin tulkinta sidoksissa testamenttiasiakirjan tekstiin.¹⁵⁸ Konkreettisella tasolla riittävää sidoskohtaa on analysoinut Boström, joka on käyttänyt lähteenä ruotsalaista oikeuskäytäntöä. Vaikea kysymys on, missä määrin testamenttiin voidaan sisällyttää tahto, jonka osalta testamentissa ei ole mitään mainintaa, mutta jonka olemassaolosta on muuten hyvinkin vahvaa näyttöä.¹⁵⁹ Sidoskohdan ongelmat voivat tulla esiin myös silloin, kun katsotaan, että testamenttimääräykseen on sisällytetty piilotettu ehto.¹⁶⁰

Muotosäännökset rajaavat tulkinnan kohteen: tietyssä muodossa tehty testamenttiasiakirja ja sen sisältämä teksti, testamenttimääräykset.¹⁶¹ Muu tekstimateriaali on testamentin tulkinta-aineistoa.¹⁶² Tulkinta-aineisto on

¹⁵⁸ LVK 1935:2, s. 88–89; SOU 1929:22, s. 206–207. Ks. myös Pohjoismaista yhteisesti Lødrup 2003, s. 325. Vaatimusta nimitetään suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa sanarajaperiaatteeksi, ks. esim. Aarnio – Kangas 2015, s. 136–137, 139; Ylöstalo 1954, s. 39–40. Sanarajaperiaatteen määrittelyssä on eroja edellä mainittujen välillä: Aarnio ja Kangas painottavat testamentin tulkinta-aineiston sidonnaisuutta testamenttiin, kun taas Ylöstalo puhuu tulkintatuloksen yhteydestä testamentin sanamuotoon.

¹⁵⁹ Sidoskohdasta ja sen problematiikasta laajasti ks. Boström 2003, s. 63–76. Boström perustaa analyysinsä HD:n ratkaisukäytäntöön; keskeisiä ratkaisuja ovat mm. NJA 1991 s. 152 ja NJA 1942 s. 265.

Ks. myös Agellin kommentti ratkaisusta NJA 1991 s. 152; Agell 2003, s. 73, 85. Agell huomauttaa, että subjektiivisen tulkinnan periaate ja pitkälle menevä testamentin tekijän tahdon selvittäminen ovat jännitteisessä suhteessa testamentin muotovaatimuksiin eli riittävän sidoskohdan vaatimukseen. Toisinaan esiintyy tilanteita, joissa testamentin tekijän selvitetyn tahdon toteuttamiseksi olisi vaadittu uusi, muotosäännökset täyttävä testamentti. Agellin mukaan tällöin voi olla tarpeen katsoa testamentti vaikutukseksi, sillä testamentille ei voida antaa sisältöä, joka vastaisi testamentin tekijän tahtoa. Agell 2003, s. 72.

¹⁶⁰ NJA 1940 s. 174. Tapauksessa keskinäisen testamentin mukaan molempien kuoltua omaisuus tuli jakaa lain mukaan, mutta vaimon tekemän myöhemmän testamentin mukaan omaisuus tuli jakaa tasan kunkin kymmenen sisaruslapsen kesken. Yhden testamentinsaajan osuus oli aiemman keskinäisen testamentin mukaan 1/3, mutta myöhemmän testamentin mukaan 1/10. Hän vaati 1/3:n osuutta miehen ja 1/10:n osuutta vaimon jäämistöpuolikkaista. HD tulkitsi vaimon testamenttia siten, että tarkoitus oli tasata omaisuus kaikkien sisaruslasten kesken, ja kun kyseinen lapsi vetosikin aiempaan testamenttiin saadakseen enemmän, hänellä ei ollut enää oikeutta saada mitään jälkimmäisen testamentin perusteella. Testamentin motiivin perusteella testamenttiin katsottiin siis sisältyvän purkava ehto: jos joku sisaruslapsista vaatii ja saa enemmän kuin muut, hänen hyväkseen tehty määräys peruuntuu, jotta jaon epäsuhta olisi mahdollisimman vähäinen. – Mielestäni kyseessä on varsin pitkälle viety tulkinta testamentin ilmeisesti niukasta sanamuodosta. Vrt. saman vuoden ratkaisu NJA 1940 s. 88, jossa oli kyse siitä, oliko tuotto-oikeus avio-oikeudesta vapaata omaisuutta.

¹⁶¹ Aarnio – Kangas 2015, s. 121. Tulkinnan kohdetta on korostettu ruotsalaisissa esitöissä, ks. SOU 1929:22, s. 206 ja 207. – Boström on eritellyt testamenttiasiakirjan tekstin funktioita, ks. Boström 2003, s. 60–62.

¹⁶² Raja testamentin ja tulkinta-aineiston välillä on keskeistä hahmottaa tulkinnassa. Ylöstalo 1954, s. 38–39. Tulkinta-aineiston määritelmästä ks. esim. Ylöstalo 1954, s. 44. Tulkinta-aineistoa voivat olla esimerkiksi testamentin luonnokset.

lähtökohtaisesti rajoittamaton.¹⁶³ Muotosäännökset rajaavat myös tulkinnan ajankohdan, jonka mukaista tahtoa tulkitaan: testamentin tekohetki.¹⁶⁴ Testamentista käytetty synonyymi ”viimeinen tahto” saa juridisena käsitteenä eri sisällön kuin arkikielessä: jo Wrede on todennut, ettei viimeisellä tahdolla tarkoiteta kuolinvuoteelta lausuttuja sanoja, vaan tahtoa, joka on jäänyt viimeiseksi, sillä sitä ei ole peruutettu eikä muutettu ennen kuolemaa.¹⁶⁵ Muotosäännökset varmistavat, että testamentti on tehty vakaalla aikomuksella, ja turvaavat testamentin tekijän tahdon toteutumisen ajankohtana, jolloin hän ei voi sitä itse valvoa.¹⁶⁶

Tietyissä rajoissa testamentti on toisaalta mahdollista muotoilla siten, että se täsmentyy lopullisesti vasta testamentin tekijän kuoltua tai muuna myöhempänä ajankohtana, kunhan oikea saaja on selvästi tunnistettavissa.¹⁶⁷ Viime vuosina esiin ovat nousseet dynaamiset testamentit, joissa tätä sallittua väljyyttä hyödynnetään tarkoituksenmukaisen jäämistösuunnittelun välineenä.¹⁶⁸ Dynaamisella testamentilla tarkoitetaan testamenttia, joka sisältää ajallisesti ja oikeudellisesti muuttuvia, perinnönjättäjän tahtoon perustuvia elementtejä.¹⁶⁹ Dynaamisella testamentilla voidaan siirtää osa

¹⁶³ Näytön vahvuus ratkaisee, ei sen luonne tai määrä. SOU 1929:22, s. 211. Ks. myös Aarnio – Kangas 2015, s. 131. Tulkinta-aineiston keskinäinen painoarvo määräytyy tapauskohtaisesti; lähtökohtaisesti painoarvoa kohottaa, jos se on peräisin testamentin tekijältä itseltään ja läheltä testamentintekohetkeä. SOU 1929:22, s. 211; KKO 2017:49; KKO 1993:64; KKO 1972 II 66; Ylöstalo 1954, s. 47–48; NJA 1949 s. 672.

¹⁶⁴ Ks. kuitenkin testamentin osittaisen peruutuksen vaikutuksesta tulkintaan Boström 2003, s. 81–84.

¹⁶⁵ Wrede 1890, s. 137.

¹⁶⁶ SOU 1929:22, s. 206. Ratkaisussa KKO 1993:2 korkein oikeus on katsonut, että ”[t]estamentin muotomääräysten tarkoituksena on muun muassa erottaa sen valmistelua koskevat toimet lopullisen testamentin teosta, korostaa testamentin tekemisen vakavuutta ja perustumista kypsään harkintaan sekä vähentää pätemättömyysperusteiden esiintymismahdollisuutta”. Ks. myös ratkaisu KKO 2011:57 valmistelun ja valmiin oikeustoimen välisestä rajasta.

¹⁶⁷ Täsmentämisellä viitataan siihen, että sanojen mahdollisista merkityksistä valitaan yksi. Yleinen luonnehdinta sallittavan väljyyden ja siten myös testamentilla siirrettävissä olevan delegointivallan rajoista sisältyy ratkaisuun KKO 1939 I 33. Korkeimman oikeuden mukaan testamentti on pätevä, kun siitä käy riittävästi selville, miten jäämistön suhteen on meneteltävä. Täsmentämisestä koskevia ratkaisuja ovat mm. KKO 1969 II 105, KKO 1969 II 77 ja KKO 1945 I 31 sekä NJA 1947 s. 457 ja NJA 1940 s. 615. Delegointivallan ylittämisen eli liian väljä muotoilu katsotaan testamentin keskeneräisyydeksi. Ks. aiheesta myös Aarnio – Kangas 2015, s. 127–128; Ylöstalo 1954, s. 29–30 sekä heidän viittaamansa vanhempi korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntö.

¹⁶⁸ Mikkola 2014, s. 869 ja 875.

¹⁶⁹ Kolehmainen – Rabinä 2012, s. 186; Mikkola 2014, s. 875. Dynaamisella testamentilla on mahdollista varautua olosuhteiden tuleviin muutoksiin, joista testamentin tekijällä ei testamentin tekohetkellä voi olla tietoa. Lisäksi dynaaminen testamentti voi toimia hyödyllisenä jäämistösuunnittelun välineenä kansainvälisissä jäämistöissä. Erit. jälkimmäisestä ks. Mikkola 2014, s. 868–880.

testamentin lopulliseen sisältöön liittyvästä ratkaisuvallasta toiselle taholle, esimerkiksi testamentin toimeenpanijalle, leskelle tai testamentin saajalle.¹⁷⁰ Testamentista tulee tällöinkin ilmetä, että se on loppuun asti harkittu, ratkaisuna perusteltu ja vapaan tahdonmuodostuksen tuloksena syntynyt.¹⁷¹

Tärkein tulkinta-aineisto on testamentin muu sisältö,¹⁷² jonka avulla voidaan muun muassa tehdä valinta kahden vaihtoehdoisen tulkinnan välillä tai ratkaista kahden testamenttimääräyksen välinen ristiriita.¹⁷³ Testamentin kokonaisajatuksen hahmottaminen on yksi tärkeimmistä keinoista, joilla voidaan valita yksi tulkinta olosuhteiden perusteella hahmotetuista todennäköisistä tulkintavaihtoehdoista.¹⁷⁴ Kokonaisajatuksen hahmottaminen on keskeinen tulkintakeino muun muassa siksi, että testamentin muu teksti on tulkintamateriaalina peräisin testamentin tekijältä itseltään testamentin tekohetkenä, joten sen painoarvo on erityisen suuri. Lähtökohtana on, että testamentin tekijä on pyrkinyt mielekkääseen kokonaisuuteen.¹⁷⁵ Osa kokonaisajatuksen hahmottamista on testamentin tekijän motiivien ja niiden keskinäisen tärkeysjärjestyksen selvittäminen.¹⁷⁶ Joskus testamentin

¹⁷⁰ Delegoinnin mahdollisuuksia ovat käsitelleet tarkemmin Kolehmainen ja Räbinä, ks. Kolehmainen – Räbinä 2012, s. 175–186. Oikeuskäytännössä dynaaminen testamentti on esiintynyt esimerkiksi tapauksessa KHO 2009:104. Testamentin tekijä oli antanut perillisilleen vallan päättää, saavatko he perintöosuuttaan vastaavaan omaisuuteen omistus- vai käyttöoikeuden, vai osaan omaisuudesta omistus- ja osaan käyttöoikeuden. Käyttöoikeuden alaisen omaisuuden omistusoikeus siirtyisi suoraan testamentinsaajan rintaperillisille.

¹⁷¹ Mikkola 2014, s. 877; Kolehmainen – Räbinä 2012, s. 176–177.

¹⁷² SOU 1929:22, s. 211. Esimerkiksi tapauksessa KKO 2014:18 ainoa asianosaisten esittämä selvitys testamentin tekijöiden tahdosta oli testamenttiasiakirjan sisältö, ks. KKO:n perustelujen kohta 5.

¹⁷³ Ylöstalo 1954, s. 54–55. Ristiriita voi ilmetä myös kahden eri testamentin välillä, ks. NJA 1930 s. 78.

¹⁷⁴ Ratkaisussa KKO 2002:23 valittiin kahdesta tulkintavaihtoehdosta se, joka paremmin vastasi testamentin kokonaisajatuksista. Kokonaisajatuksen ja testamentin tekijän tavoitteiden selvittäminen on kaikissa Pohjoismaissa keskeistä testamentin tulkinnassa. Lødrup 2003, s. 325.

¹⁷⁵ Aarnio – Kangas 2015, s. 115. Kokonaisuuden arvioinnissa tulee huomioida testamentin tekemisen tilanne, ilmaisukokonaisuus ja testamentin tekijän käyttämä ilmaisutyyli. Ylöstalo 1954, s. 56, 61–62.

¹⁷⁶ Ylöstalo 1954, s. 58–59. Oikeuskäytännössä esiintyneitä motiiveja, joiden avulla testamenttia on tulkittu, ovat olleet mm. eloonjääneen läheisen aseman turvaaminen (KKO 1992:197; KKO 1992:24; KKO 1978 II 49), perillisten tasapuolinen kohtelu verrattuna yhden perillistahon suosimiseen (KKO 1992:197) sekä palkattoman työn korvaaminen (KKO 1982 II 43). Testamentin tekijän motiiveja on punnittu keskenään myös mm. ratkaisuisissa NJA 1948 s. 768 ja NJA 1948 s. 317. – Läheisen toimeentulon turvaamisesta ks. myös Mahkonen 1987, jossa Mahkonen käsittelee leskelle suopeaa tulkinta-asennetta, erit. s. 522–523 ja 524–526.

tulkinnassa on merkityksellistä myös testamentin asema osana laajempaa oikeustoimien kokonaisuutta.¹⁷⁷

Testamentin tulkinta on Boströmin mukaan käytännössä todistelua, jonka teemana on testamentin tekijän tahto.¹⁷⁸ Tulkinnan lopputulokseen vaikuttaa vahvasti, mihin asetetaan näyttökynnys siitä, että testamentin tekijä on tarkoittanut muuta kuin mihin testamentin sanamuoto vaikuttaa viittaavan.¹⁷⁹ Yhtäältä testamentin tekijän tahto tulee toteuttaa mahdollisimman pitkälti, toisaalta testamenttimääräykselle ei tule antaa eri sisältöä kuin testamentin tekijä on tarkoittanut.¹⁸⁰ Näyttökynnyksen asettaminen on tapauskohtaista harkintaa.¹⁸¹ Mikäli testamentin tekijän tahdosta ei saada riittävää selvyttä, saattaa tulkinta päätyä ns. nollatulokseen, eli testamenttimääräys täytyy jättää vaikutuksettomaksi.¹⁸² Koska testamentin tekijän tahdon selvittämisen puitteet määräytyvät tulkintaprosessin osapuolten vaatimuksista ja esitetyistä todisteista, riippuu viime kädessä kuolinpesän osakkaista ja testamentin saajista, toteutuuko testamentin tekijän tahto.¹⁸³

Tulkintaprosessin osana testamentin täydentäminen on monesti välttämätöntä. Testamentin täydentämisellä tarkoitetaan testamentin tekijän tahdon selvittämistä tilanteessa, jossa testamentista tyyppillisesti puuttuu sen

¹⁷⁷ Esimerkiksi ratkaisussa KKO 1995:88 oli kyseessä tilanne, jossa testamentilla oli tarkoitettu tasata aiemmasta ennakkoperinnöstä aiheutunutta varallisuuksien epäsuhtaa rinta-perillisten välillä. Ks. aiheesta myös Aarnio – Kangas 2015, s. 124; Ylöstalo 1954, s. 55.

¹⁷⁸ Boström 2003, s. 21–22. Testamentin tulkinnan prosessioikeudellisesta puolesta ks. Timonen 1988, s. 327–367.

¹⁷⁹ Tätä kuvaa myös Timosen keskeinen johtopäätös: ”Testamentin tulkinnassa keskeinen todistusoikeydellinen problematiikka liittyy näyttökynnyksen asettamiseen.” Timonen 1988, s. 362.

¹⁸⁰ SOU 1929:22, s. 204. Korkea näyttökynnys tarkoittaa riskiä siitä, että testamentin tekijän tahto jää näyttämättä ja siten toteutumatta, kun taas matala näyttökynnys kasvattaa riskiä virheellisestä tulkinnasta.

¹⁸¹ Näyttökynnyksen arvioinnista ks. myös Timonen 1988, s. 362–364. Timosen mukaan näyttökynnys on testamentin tulkinnassa lähtökohtaisesti niin alhainen kuin mahdollista eli se ylittyy heti, jos jotain tulkintavaihtoehtoa voidaan pitää muita todennäköisempänä, mutta tapauskohtaisesti näyttökynnys voi olla korkeampi esimerkiksi tulkintaolettamien vaikutuksesta. – Sanamuodosta poikkeavasta tarkoituksesta vaaditaan vahvaa näyttöä, ks. ratkaisut KKO 1992:197, jossa oli kyse testamentin täydentämisestä, erit. perustelujen kohta 19.

¹⁸² Aarnio – Kangas 2015, s. 133. – Agell esittää, että testamentin vaikutuksettomaksi jäämistä tulee punnita yhtenä vaihtoehtona muiden tulkintavaihtoehtojen joukossa. Agell nostaa esille, että jos testamentti jää vaikutuksettomaksi, omaisuus jaetaan perillisille. Tämän vuoksi tulee punnita testamentin tekijän halua jättää perillisensä perinnötomiksi testamentin eri tulkintavaihtoehtoja vasten. Toisinaan sanamuodosta ja testamentin tekijän ehkä aikomasta tarkoituksesta poikkeaminen on parempi ratkaisu kuin vaikutuksettomuus. Agell 2003, s. 72.

¹⁸³ Boström 2003, s. 39–41. Tämä on jossain määrin ristiriidassa sen kanssa, että tulkinnan päämääränä on testamentin tekijän tahdon selvittäminen.

toimeenpanon kannalta olennainen määräys.¹⁸⁴ Täydentämiseen liittyy testamentin suppeaan tulkintaan nähden tiettyjä erityispiirteitä. Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa on täydentämiseen katsottu kuuluvaksi sekä täydentäminen selvittämällä testamentin tekijän kontrafaktuaalinen tahto että täydentäminen soveltamalla lakiin kirjattua tai oikeuskäytännön muotoilemaa oletta¹⁸⁵.

Testamenttia tulee aina pyrkiä ensisijaisesti täydentämään selvittämällä testamentin tekijän kontrafaktuaalinen tahto eli se, mitä tekijä olisi määrännyt, jos hän olisi ottanut kantaa toimeenpanossa esiin tulleeseen kysymykseen tai olisi tiennyt tulevat olosuhteet. Usein kyse on tällöin olosuhteisiin perustuvasta hypoteettisesta tahdosta. Hypoteettisen tahdon selvittäminen tapahtuu noudattamalla yleisiä tulkinnan periaatteita, joista keskeisimpiä ovat subjektiivisen tulkinnan periaate ja muotosäännösten rajoissa pysyminen varmistamalla riittävä sidoskohta testamentin tekstiin.¹⁸⁶ Täydentäminen perustuu samoihin lähteisiin kuin testamentin tekijän tahdon selvittäminen tulkinnalla.¹⁸⁷ Täydentämisen vaikeusaste voi vaihdella; esitöissä tulevien olosuhteiden muuttumisesta (rauenneet edellytykset) johtuvat tapaukset on arvioitu vaikeammiksi kuin muu täydentäminen.¹⁸⁸

Koska testamentin tekijän tahto, myös hypoteettinen tahto, on psyykinen tila, jota ei voida fyysisesti jälkikäteen havaita, joudutaan turvautumaan olosuhtenäyttöön tahdon olemassaolosta ja sisällöstä. Näytön

¹⁸⁴ Ylöstalo luokittelee täydentämistilanteita epäselvyytapaukseen (ei saada selville, mitä testamentin tekijä on tarkoittanut), aukkotapaukseen (testamentissa ei ole mitään mainintaa esiin tulleesta kysymyksestä) sekä permutaatiotapaukseen (testamenttia ei voida muuttuneissa olosuhteissa sinänsä toimeenpanna). Täydentämiseen on syytä turvautua joka tapauksessa silloin, kun on ilmeistä, että testamentin raukeaminen ja kokonaan toteutumatta jääminen on huonoin vaihtoehto. Ylöstalo 1954, s. 24.

¹⁸⁵ Aarnio – Kangas 2015, s. 134; Ylöstalo 1954, s. 23–27.

Ruotsissa testamentin tulkinnasta väitellyt Boström käyttää erilaista, sopimusoikeudelliseen tulkintaan pohjautuvaa määrittelyä: testamentin tulkinta tarkoittaa testamentin sanamuodon tulkintaa sekä testamentin täydentämistä hypoteettisen tahdon avulla, eli tulkinnassa on kyse testamentin tekijän oman tahdon selvittämisestä, kun taas testamentin täydentäminen tarkoittaa testamentin vaikutusten vahvistamista lakiin kirjatun säännön, tässä tapauksessa PK 11:2–9 tulkintanormien, perusteella. Boström 2003, s. 21–24.

Vertailun vuoksi mainittakoon, että esimerkiksi varallisuus oikeudellisesta tulkinnasta kirjoittaneen Ahon käsitteistö vastaa suomalaisen testamenttioikeuden käsitteistöä, eli täydentäminen käsittää myös hypoteettisen tahdon avulla tapahtuvan täydentämisen. Aho esittelee käsitteen ”täydentävä tulkinta”, joka sisällöllisesti vastaa Boströmin hypoteettisen tahdon selvittämiseen perustuvaa tulkintaa, mutta pitää käsitettä tarpeettomana ja mahdollisesti oikeudellista ratkaisutoimintaa hämmentävänä. Aho 1968, s. 124–132.

¹⁸⁶ SOU 1929:22, s. 207–208.

¹⁸⁷ SOU 1929:22, s. 207; Aarnio – Kangas 2015, s. 134–135.

¹⁸⁸ SOU 1929:22, s. 204. Täydentämistilanne, jossa ei ollut kyse rauenneista edellytyksistä, oli esillä ratkaisussa KKO 2002:23.

arvioinnissa keskeisiä ovat kokemussäännöt.¹⁸⁹ Osa vahvimmissa kokemussäännöistä on kirjattu myös perintökaareen täydentämisolettamina, tulkintaohjeina. Testamentin tekijän hypoteettista tahtoa selvitettyä on selvää, että myös nämä kokemussäännöt on otettava huomioon näyttökokonaisuutta arvioitaessa. Kokemussääntöjen soveltamista ei kuitenkaan tule sekoittaa itse lakisääteisten täydennysolettamien soveltamiseen,¹⁹⁰ vaikka järkeily niiden taustalla on hyvin samanlainen.¹⁹¹ Yksittäinen kokemussääntö, kuten täydennysohjekaana, ei välttämättä pidä paikkaansa juuri tietyn testamentin tekijän kohdalla; näytön kokonaisarvioinnilla ratkaistaan, mikä esitetyistä vaihtoehdoista on todennäköisin.¹⁹²

Jos testamentin tekijän hypoteettisen tahdon selvittäminen ei onnistu, testamentti voidaan vielä toimeenpanna soveltamalla PK 11:2–9 sekä PK 12:1–9 otettuja täydennysohjeita.¹⁹³ Boström esittää hypoteettisen tahdon ja lakisääteisen olettaman vuorovaikutuksen kuvaamiseksi kaksi mallia, joita hän nimittää yksi- ja kaksivaiheanalyysiksi (ruots. *enstegs- och tvåstegsanalys*). Kaksivaiheanalyysissä pyritään ensin selvittämään testamentin tekijän hypoteettinen tahto näytön ja kokemussääntöjen, myös täydennysohjeen taustalla olevan kokemussäännön, avulla: onnistunut selvitys vahvistetaan hypoteettiseksi tahdoksi. Jos hypoteettinen tahto jää epäselväksi, otetaan käyttöön lakisääteinen täydentämisolettama ja ratkaistaan testamentin toimeenpano sen avulla. Yksivaiheanalyysissä puolestaan otetaan hypoteettisen tahdon vahvistamisen lähtökohdaksi lakiin kirjatun kokemussäännön mukainen merkitys tulkinnalle. Tätä vastaan kerätään vastanäyttöä testamentin tekijän mahdollisesta eriävistä hypoteettisesta tahdosta: mikäli vastanäyttö yhteensä ylittää kokemussäännön painoarvon, vahvistetaan lopputulos testamentin tekijän hypoteettiseksi tahdoksi; jos

¹⁸⁹ Boström 2003, s. 26. Boström toteaa, että kokemussäännöt syntyvät yleensä yleisen elämäkokemuksen pohjalta, mutta ne voivat – joskin vain poikkeuksellisesti testamentti-oikeuden osalta – perustua myös esim. luonnonlakeihin tai tilastotieteeseen.

¹⁹⁰ Boström 2003, s. 24–25.

¹⁹¹ Boström 2003, s. 28. Oletussäännöt perustuvat käsityksiin yleisestä oikeustajusta, ja näitä käsityksiä voidaan luonnehtia kokemussäännöiksi. Sekä Suomen että Ruotsin lainvalmistelu on tehnyt tällaisia yleistäyksiä suurella varovaisuudella. LVK 1955:1, s. 35; SOU 1929:22, s. 72, 206.

¹⁹² Boström 2003, s. 26–28. – Esimerkiksi ratkaisussa NJA 1951 s. 732 sijaantulo-oikeus kuolleen testamentinsajaan jälkeen katsottiin olevan tämän testamentinsajaan miespuolisilla perillisillä. Olosuhteina tapauksessa oli mm., että testamentin tekijä jälkeläisineen kuului maata omistavaan aatelissäätyyn ja nimen jatkaminen oli testamentin tekijälle tärkeää. Testamentti oli tehty vuonna 1910, eikä ilmennyt syitä, että testamentin tekijä olisi halunnut syrjiä edesmenneen vanhemman poikansa poikia. Tuomioistuimen lausuman muotoilusta käy ilmi, että tapauksen olosuhteissa tulkintalettama miespuolisen linjan suosimisesta oli erittäin vahva, mutta ei silti poikkeukseton.

¹⁹³ Legaatteja koskevien tulkintasääntöjen osalta ks. esim. Lohi 2011, s. 338 alkaen.

vastanäyttö ei riitä, vahvistetaan hypoteettinen tahto täydennysolettaman mukaisena. Jos vastanäyttö vastaa painoarvoltaan lakiin kirjattua kokemussääntöä, ratkaistaan toimeenpano soveltamalla täydennysolettamaa, sillä hypoteettinen tahto jää epävarmaksi.¹⁹⁴

Perintökaaren järjestelmä sekä lainvalmistelutyöt puoltavat kaksivaiheanalyysin mukaista metodologiaa, joskaan nimenomaista kannanottoa asiaan ei ole.¹⁹⁵ Korkeimman oikeuden viimeisin ratkaisukäytäntö vaikuttaa myös noudattavan kaksivaiheanalyysin vaiheita.¹⁹⁶ Sekä kaksi- että yksivaiheanalyysiä huolellisesti soveltamalla päädytään samaan lopputulokseen testamentin toimeenpanon kannalta. Konkreettisesti tulkintaratkaisussa on tärkeää kuvailla tulkintatavasta riippumatta tarkasti, mikä tulkintaan on vaikuttanut ja mihin tulkintaratkaisu perustuu. Kaksivaiheanalyysi tekee yksivaiheanalyysiä selkeämmän eron siihen, onko testamentin tekijän hypoteettinen tahto saatu selville, sillä hypoteettisen tahdon selvittäminen näkyy omana erillisenä vaiheenaan.¹⁹⁷

Näyttökynnyksen testamentin tekijän lakiin kirjatusta kokemussäännöstä poikkeavasta tahdosta tulee täydentämistapauksessa olla matala, eli täydennysolettamista ilmeneville kokemussäännöille ei tule asettaa erityistä painoarvoa sen johdosta, että ne on ilmaistu lakitekstissä.¹⁹⁸ Olettamat on tarkoitettu sovellettaviksi silloin, kun testamentin tekijän tahtoa ei yrityk-

¹⁹⁴ Boström 2003, s. 28–31. Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa Timonen on selvittänyt analyttisimmin PK:n tulkintaohjeiden vaikutusta testamentin tulkintaan todistusoikeudellisista lähtökohdista. Timonen käyttää eri terminologiaa kuin Boström, mutta käytännön lopputulos on sama: kokemussäännön näyttöarvo siirtää näyttökynnystä neutraalista lähtökohdasta jommankumman tulkintavaihtoehdon puolelle. Samalla tulkintaohje sisältää todistustaakanormin eli säännön siitä, miten tapaus ratkaistaan, jos riittävää näyttöä ei todistelussa saavuteta. Timonen 1988, s. 362–364. Olen esityksessäni noudattanut Boströmin esitystapaa, sillä pidän sitä selkeämpänä ja helpommin lähestyttävänä kuin Timosen analyysiä, joka on varsin tekninen ja sisältää enemmän prosessioikeudellista terminologiaa.

¹⁹⁵ Suomalaisissa esitöissä on todettu väljästi, että tulkintaohjeilla on vaikutusta vain subjektiivisen tulkinnan periaatteen määrittämissä rajoissa. LVK 1935:2, s. 89 ja LVK 1955:1, s. 36. Ruotsalaisista lain esitöissä sen sijaan asiaa on käsitelty sellaisella laajuudella, että käy kohtuullisen oletettavaksi, että on tarkoitettu kaksivaiheista analyysiä. SOU 1929:22, s. 207–208.

¹⁹⁶ Kaksivaiheanalyysin mukaiset vaiheet ovat erityisen selvästi nähtävissä ratkaisussa KKO 2014:18, ks. erityisesti kysymyksenasettelu ja perustelujen kohdat 2–3, 9 ja 12. Kaksivaiheanalyysin mukaisesti käsitellyt näytön arviointi ja johtopäätökset ovat nähtävissä myös ratkaisussa KKO 2016:60, jossa kuitenkin kysymyksenasettelu ei ole yhtä selkeä. Vanhemman oikeuskäytännön osalta ratkaisuselostusten niukkuus tekee täydentämismetodin arvioimisen epävarmaksi.

¹⁹⁷ Boström 2003, s. 30–31. – Yksivaiheanalyysi vaikuttaa olleen ainakin vanhemmassa suomalaisessa käräjä- ja hovioikeuskäytännössä vallitseva tulkintatapa, jonka seurauksena lakiin kirjatun olettaman keskeisyys korostuu testamentin tekijän tahdon selvittämisen kustannuksella, ks. Salminen 2005, s. 15.

¹⁹⁸ Boström on analysoinut näyttökynnystä tarkemmin, ks. Boström 2003, s. 32–34.

sistä huolimatta saada selville. Tulkintaolettamia ei myöskään tule soveltaa analogisesti.¹⁹⁹ Sen sijaan lainvalmistelijat ovat pitäneet mahdollisena, että oikeuskäytäntö voi luoda tarvittaessa ja varovaisuutta noudattaen myös uusia tulkintaolettamia.²⁰⁰

3.2.2 *Tulkinta, kun motiivierhdys aiheuttaa pätemättömyyden*

Testamentin moitetuomio ratkaisee, mitkä testamenttimääräykset voivat olla testamentin toimeenpanon perustana: onko testamentti pätevä kokonaan, osittain vai ei lainkaan. Testamentin tulkinta sen sijaan vastaa kysymykseen, mikä on toteutettavien määräysten sisältö, eli miten kyseiset määräykset pannaan toimeen. Testamentin moite ja testamentin tulkinta vuorovaikuttavat siis siten, että testamentin moite ratkaisee testamentin tulkinnan kohteen. Lisäksi moiteprosessin aikana mahdollisesti kertyy aineistoa, jota voidaan hyödyntää testamentin tulkinnassa, esimerkiksi asiakirjoja tai todistajankertomuksia.

Jos kaikki perilliset ovat moittineet testamenttia ja testamentti on moitekanteen johdosta julistettu pätemättömäksi, kyseistä testamenttia ei enää tulkita. Tässä tapauksessa menestynyt moitekanne sulkee pois testamentin tulkinnan.

Jos testamentti on motiivierhdyn vuoksi julistettu vain osin pätemättömäksi, ne testamenttimääräykset, joita motiivierhdys ei koske, ovat edelleen päteviä. Näitä jäljelle jääneitä määräyksiä on testamentin toimeen-

¹⁹⁹ Lainsäätäjä on vain lakiin kirjatuiissa tapauksissa katsonut olettaman niin vahvasti perustelluksi, että se voidaan kirjata jonkinlaiseksi ohjenuoraksi. SOU1929:22, s. 208–209. Analogisen soveltamisen sijaan tulee selvittää testamentin tekijän hypoteettinen tahto ja tarvittaessa arvioida epäselvää lopputulosta testamentin raukeamisen mahdollisuuteen. Ks. esim. ratkaisu KKO 1978 II 96, jossa PK 11:6:n soveltamisedellytykset eivät täyttyneet. Näin on tehty myös ennen nykyisen perintökaaren säätämistä, jolloin laissa ei ollut täydennysolettamia, ks. esim. KKO 1940 II 189, KKO 1938 II 551, KKO 1936 II 72, KKO 1934 II 540, KKO 1934 II 492. Erityisesti ratkaisu KKO 1936 II 72, jossa testamentin tekijä oli osoittanut omaisuutensa kasvattipojalleen ja sulkenut muut sukulaisensa perinnöstä, ilmentää sijaantulotilanteessa hypoteettisen tahdon arviointia. Vastaava sijaantuloratkaisu tehtiin aiemmassa ratkaisussa KKO 1934 II 540, jossa aviopuolisoiden keskinäisen testamentin toissijaissajaajana oli heidän kasvattipoikansa.

²⁰⁰ SOU 1929:22, s. 208–209. Ruotsalaisessa oikeuskäytännössä on luotu tulkintaolettamia sitä tilannetta varten, että laki on muuttunut testamentin tekemisen ja sen toimeenpanemisen välisenä aikana, ks. Boström 2003, s. 249–297; Walin – Lind 2016, s. 313–318. Muista tulkintasäännöistä ks. esim. Agell 2003, s. 76–81. Eräs vakiintunut tulkintasääntö on, että jos puoliset ovat tehneet keskinäisen omistusoikeustestamentin ilman toissijaismääräystä, ensin kuolleen puolison perilliset eivät ole oikeutettuja osaan jäämistöstä viimeksi kuolleen puolison jälkeen. Ks. erityisesti NJA 1950 s. 483, jossa HD on perustellut tulkintasäännön käyttöä – ilmeisesti siksi, että hovioikeusaste esitti toisen sisältöistä tulkintasääntöä.

panemiseksi tulkittava. Tällöin testamentin moite on itse asiassa aiheuttanut rauenneiden edellytysten tilanteen jäljelle jääneiden testamenttimääräysten osalta: määräysten tulkinnassa tulee arvioida, miten testamentin tekijä olisi halunnut panna ne toimeen, kun osaa testamentin määräyksistä ei voida testamentin motiivierehdyksen vuoksi toteuttaa. Tällöin ne määräykset, jotka ovat olleet riippuvaisia pätemättömistä testamenttimääräyksistä, käyvät vaikutuksettomiksi: niiden toimeenpanon kannalta on ollut olennainen edellytys, että pätemättömätkin testamenttimääräykset toteutettaisiin. Muun testamentin osalta syntyy usein kysymys sijaantulosta: kun osa testamenttimääräyksistä jää pätemättömyyden vuoksi toteutumatta, tulee ratkaista, mille taholle ”vapautunut” omaisuus tai etu tulee osoittaa.

3.2.3 Tulkinta, kun motiivierehdys ei aiheuta pätemättömyyttä

Jos olennaisuuskriteeri ei täyty testamentissa olevan motiivierehdyksen osalta, tuomioistuin hylkää moitekanteen ja testamentti on pätevä.²⁰¹ Pätevässä testamentissa on siis edelleen lievääasteinen motiivierehdys. Tällöin on aiheellista kysyä, vaikuttaako moiteprosessi määräyksen tulkintaan, ja jos vaikuttaa, miten.

Testamentin moitteen tarkoituksena on tutkia testamenttimääräysten pätevyys, joten hylätyn moitekanteen lopputulos tarkoittaa sitä, että testamenttimääräys on toteutettava testamentin toimeenpanon yhteydessä. Moitekanteen yhteydessä tuomioistuin ei ota kantaa siihen, miten testamenttimääräys on pantava toimeen, eikä myöskään minkä sisältöisenä. Nämä kysymykset kuuluvat testamentin tulkinnan alaan, eikä tuomioistuin ota niihin kantaa ennen kuin pesänselvittäjä ja -jakaja tai muu testamenttia tulkitseva taho on tehnyt ratkaisunsa.²⁰² Näin on silloinkin, kun tulkinnan tarve on ilmeinen, esimerkiksi jos moiteperusteen tutkimisen yhteydessä on paljastunut ilmaisuerehdys.

Äkkiseltään voi ajatella, että tulkintaa edeltävä moitekanne ratkaisee ainoastaan sen, onko sen kohteena ollut määräys tulkittavien testamenttimääräysten joukossa vai ei. Motiivierehdyksen osalta tilanne ei kuitenkaan ole yksiselitteinen. Kun oikeus on hylännyt motiivierehdyksestä koskevan moitekanteen, sen on joko täytynyt todeta, ettei motiivierehdyksen olemassaoloa ole ensinkään näytetty tai että tapahtunut erehdys ei ole ollut testamentin tekijän tahdonmuodostuksen kannalta olennainen.

²⁰¹ Vaihtoehtoisesti poikkeuksellisissa tapauksissa tuomioistuin voi hylätä moitekanteen käyttäen PK 13:1:n liikkumaväljyyttä, mistä kirjoitin luvussa 3.1.1.

²⁰² KKO 1988:121. Ks. myös Aarnio – Kangas 2015, s. 1061–1062.

Jos oikeus on todennut, että testamentin tekijä oli erehtynyt vaikuttimisaan, mutta siitä huolimatta hylännyt moitekanteen, on tuomioistuimien katsottu, että motiivierehdys ei ole ollut tahdonmuodostuksen kannalta olennainen tai että muusta syystä testamentin tekijän kontrafaktuaalista tahtoa on paremmin palveltu se, että testamentti on erehdyksestä huolimatta jätetty voimaan.²⁰³ Tämä tarkoittaa, että oikeus on arvioinut testamentin tekijän tahtoa, millä voi olla vaikutusta testamentin tulkintaan.

Kun moitekanne on hylätty siksi, että testamentissa ollut motiivierehdys ei ole ollut tahdonmuodostuksen kannalta olennainen, tuomioistuimien on otanut kannakseen, että testamenttimääräys tulee toimeenpanna sellaisena kuin testamentin tekijä on sen tarkoittanut, sillä tämä olisi antanut saman määräyksen myös tietoisena motiivierehdyksestä. Moite ja tulkinta ovat toisistaan erillisiä prosesseja, joten tulkinta ei voi suoranaisesti olla sidottu moitetuomioon, vaikka tuomion perusteluissa käsiteltäisiin testamentin tekijän tahtoa, sillä tuomion perustelut eivät saa oikeusvoimaa. Tuomiolauselma vaikuttaa vain siihen, onko määräys pätevä vai ei, ei sen sisältöön.

Toisaalta kun tuomioistuimien kuitenkin joutuu arvioimaan motiivierehdyksen yhteydessä testamentin tekijän tahtoa, tästä seurannee, että tulkitsijan käytössä on jokseenkin sama tulkintamateriaali kuin tuomioistuimienkin.²⁰⁴ Voidaankin lähteä siitä, että moitetuomion aineisto ohjaa yhtä lailla myös testamentin tulkintaa. Oikeusvarmuus heikkenee, jos saman aineiston pohjalta päädytään hyvin erilaisiin tuloksiin. Tämä pätee myös tilanteissa, jossa moitekanne on hylätty siksi, ettei testamentin tekijän tahdosta ole saatu selvyyttä. Tällöin, mikäli tulkinta-aineisto on sama kuin moiteprosessin näyttö, tulkinta päättynee ns. nollatulokseen eli testamenttimääräyksen jäämiseen vaikutuksettomaksi siksi, ettei tulkinnalla saada selville testamentin tekijän tahtoa.²⁰⁵

²⁰³ Ks. esim. Boström 2003, s. 44.

²⁰⁴ Saman tulkintamateriaalin saatavuus testamentin tulkintaprosessissa kuin sitä edeltävässä moiteoikeudenkäynnissä ei ole käytännössä itsestäänselvyys, vaikka se teoreettinen ihanne onkin. Käytännössä myös tulkitsija on sidottu siihen aineistoon, johon testamentin toimeenpanoon osallistuvat tahot vetoavat. Kun testamenttiin vetoavat tahot eivät toimeenpanossa ja moitteessa aina ole samat, ei heillä välttämättä ole täsmälleen samaa materiaalia käytettävissään tai he eivät syystä tai toisesta halua vedota kaikkeen materiaaliin, joka on saatavilla.

²⁰⁵ Koska kantajalla on näyttövelvollisuus moiteperusteen, tässä motiivierehdyksen, käsillä olosta, epäselvyys tahdon sisällöstä johtaa kanteen hylkäämiseen. Tulkinnassa puolestaan ratkaisematon epäselvyys tahdon sisällöstä johtaa testamenttimääräyksen jäämiseen vaikutuksettomaksi. Jos moitekanne on hylätty muusta syystä, esimerkiksi siksi, ettei motiivierehdys ole ollut olennainen, pidän jokseenkin mahdollisena, että tulkinta päättyy nollatulokseen: käytännössä testamentin tekijän tahdon on täytyntä tulla selvitettyksi, sillä muutoin tuomioistuimien lienee mahdotonta arvioida, miten motiivierehdys on vaikuttanut tuon tahdon muodostumiseen.

3.2.4 Tulkinta, kun motiivierehdyksen sisältävää testamenttia ei ole moitittu

Testamentin tulkinnan lähtökohtana on, ettei tulkittavaan määräykseen kohdistu pätemättömyysperustetta. Toisaalta on tilanteita, joissa motiivierehdyksen, jopa pätemättömyyden aiheuttavan erehdyksen, rasittama määräys on silti voimassa,²⁰⁶ joten täytyy kysyä myös, miten tällaista määräystä tulee tulkita. Miten toteutetaan testamenttimääräys, jota rasittaa olennaisuuskriteerin ylittävä motiivierehdys, silloin, kun testamentin moittiminen ei ole enää mahdollista?

Kun moiteoikeus on syystä tai toisesta jäänyt käyttämättä, on mahdollista, että joku testamentin toimeenpanon osapuolista ottaa tulkinnan yhteydessä esiin kysymyksen testamentissa olevasta motiivierehdyksestä ja esittää, että se tulee ottaa huomioon testamentin toimeenpanossa. Nähdäkseni huomioon ottamisen mahdollisia tapoja on kaksi: ensinnäkin testamenttimääräys voidaan tulkinnan yhteydessä jättää vaikutuksettomaksi, jos se on selvästi vastoin testamentin tekijän tahtoa. Tämä ratkaisu vastaa testamentin pätemättömyyden vaikutusta. Toinen tapa huomioida motiivierehdys tulkinnassa on vahvistaa testamentin sisällöksi se, mitä testamentin tekijä olisi tahtonut, jos hän ei olisi erehtynyt, eli testamentin tekijän kontrafaktuaalinen tahto.²⁰⁷ Seuraavassa käsitelen näitä kumpaakin mahdollisuutta erikseen.

Aluksi on todettava, että ajatus motiivierehdyksen huomioon ottamisesta testamentin tulkinnassa on luonteva: testamentin tulkinnan tarkoituksena on selvittää testamentin tekijän tahto, ja tulkinnan avulla voidaan selvittää jopa testamentin tekijän hypoteettinen tahto, eli mikä tahto olisi ollut, jos testamentin tekijä olisi ollut tietoinen muuttuneista olosuhteista tai jos hän olisi tullut ajatelleeksi mahdollista olennaista kysymystä, josta hän ei ole lausunut. Tähän nähden on johdonmukaista ajatella, että tulkinnalla voidaan ratkaista myös kontrafaktuaalinen tahto eli se, mikä testamentin

²⁰⁶ Tällaisia tilanteita on useita. Ensinnäkin voi olla, ettei kukaan perillisistä ole moittinut testamenttia, vaikka he ovat olleet tietoisia erehdyksestä. Moittiminen on perillisten valinta, eikä sitä ole välttämätöntä tehdä, vaikka moiteperuste olisi ilmeinen. Kun otetaan huomioon myös aikaisempien testamentinsaajien mahdollisuus vedota PK 13:1:n pätemättömyysperusteisiin, sama koskee aikaisempien testamenttien saajia. On myös mahdollista, että edellä mainitut tahot ovat kirjallisesti hyväksyneet testamentin ja luopuneet moiteoikeudesta. Moittimatta jääminen voi myös perillisten tapauksessa johtua 6 kuukauden moiteajan kulumisesta umpeen muusta syystä kuin tietoisien valinnan vuoksi, tai testamentin saajien osalta passiivisuudesta johtuvasta kanneoikeuden menettämisestä.

²⁰⁷ Näin voidaan menetellä oikeastaan vain silloin, kun testamentin tekijän kontrafaktuaalinen tahto edellyttäisi testamenttimääräyksen uudelleen muotoilua eikä määräyksen jättämistä vaille vaikutuksia.

tekijän tahto olisi ollut, jos hän ei olisi erehtynyt, ja toimeenpanna testamentti sen mukaisena.

Perintökaarella ei ole säännöksiä, jotka estävät testamentin moiteperusteisiin vetoamisen myös varsinaisen moiteprosessin ulkopuolella. Testamentinsaajien välisessä oikeudenkäynnissä voidaan vedota testamentin moiteperusteisiin, ja näytettyinä ne aiheuttavatkin testamentin vaikutuksettomuuden, vaikka ei ole kysymys varsinaisesta moiteprosessista eikä moitteeseen liittyviä säännöksiä, mm. moiteaikaa, ole tarpeen noudattaa. Lisäksi juuri motiivierehdyksen osalta on kyse varsin suurella määrällä testamentin tekijän kontrafaktuaalisen tahdon selvittämisestä, kuten tulkinnassakin. Tämä puoltaisi motiivierehdyksen huomioimista ainakin siten, että testamentin tekijän kontrafaktuaalista tahtoa vastaamaton määräys jätettäisiin tulkinnan tuloksena toimeenpanematta.

Toisaalta juuri se seikka, ettei perintökaarella ole säännöksiä siitä, miten päteviksi tulleet pätemättömyysperusteet, mukaan lukien motiivierehdys, vaikuttavat testamentin tulkintaan, vaikuttaa puhuvan huomioimista vastaan. Testamentin moitteen määräaika on säädetty, jotta testamentin pätevyydestä saadaan kohtuullisessa ajassa selvyys.²⁰⁸ Jos testamentin pätemättömyysperuste vaikuttaa vielä tulkinnassakin, tämä vesittää koko moiteajan vaatimuksen: perillisen ei olekaan välttämätöntä vedota motiivierehdykseen kuuden kuukauden määräajassa, jos saman lopputuloksen voi saavuttaa esittämällä samat perusteet testamentin tulkinnan yhteydessä.²⁰⁹ Ylöstalo on todennut, ettei perillinen voi enää moiteajan kulumisen jälkeen vedota testamentin pätemättömyyteen edes väiteteitse.²¹⁰

Subjekttiivisen tulkinnan periaate ja tavoite testamentin tekijän tahdon toteuttamisesta kuitenkin puoltavat sitä, että motiivierehdys otetaan huomioon myös tulkinnassa, vaikka testamenttia ei olisi moitittu. On vaikea perustella tältä kannalta, miksi testamenttimääräys, joka johtuu testamentin tekijän vakavasta erehtymisestä, pitäisi silti panna sellaisenaan toimeen, vaikka määräyksen toimeenpano johtaisi selvästi päinvastaiseen lopputulokseen kuin mitä testamentin tekijä on tarkoittanut. Nähdäkseni myös

²⁰⁸ Kivimäki – Ylöstalo 1981, s. 372.

²⁰⁹ Kuvaamani mahdollinen ongelmallinen rajankäynti testamentin moiteperusteiden ja tulkinnan välillä koskenee lähinnä testamentin tahtovirheitä eli PK 13:1:n 4 kohdan mukaista pakottamista, taivuttelua ja erehdystä. Kaikkien näiden kohdalla voitaneen esittää, ettei testamentissa ilmaistu tahto vastaa testamentin tekijän todellista tahtoa ja että tilanne on todettavissa testamentin tekijän kontrafaktuaalinen tahto selvittämällä. Muiden testamentin moiteperusteiden osalta vastaava ei vaikuta mahdolliselta lähinnä siksi, että kyse on tahdonmuodostuskyvyn puutteesta ylipäätään tai muusta pätemättömyyden syystä, kuten alaikäisyydestä tai muotovirheestä.

²¹⁰ Ylöstalo 1953, s. 258.

motiivierehdys pätemättömyysperusteena tähtää tavoitteeseen, ettei testamenttina toteuteta testamentin tekijän tunnetun tahdon vastaista lopputulosta.

Subjekttiivisen tulkinnan periaatteeseen perustuen oma kantani on, että testamentin motiivierehdykseen voi vedota vielä tulkintavaiheessa siten, ettei motiivierehdyksen sisältävää testamenttimääräystä panna toimeen testamentin tekijän tahdon vastaisesti. Silloin, kun on selvää, ettei tällainen määräys vastaa testamentin tekijän tahtoa erehdyksen vuoksi, olisi mielestäni subjekttiivisen tulkinnan periaatteen vastaista panna testamenttimääräys sellaisenaan toimeen. Moiteaikaan liittyvät oikeusvarmuusintressit väistyvät mielestäni motiivierehdyksen osalta testamentin tekijän tahtoa paremmin vastaavan lopputuloksen hyväksi.

Vaikeampi kysymys on, voidaanko testamentin tulkinnan sisällöksi vahvistaa testamentin tekijän kontrafaktuaalinen tahto eli se, mitä hän olisi tahtonut, jos ei olisi erehtynyt vaikuttimissaan. Suomalaiset lainvalmistelutyöt eivät ota kysymystä esille. Ruotsalaisissa esitöissä on sen sijaan ilmaistu suorasanaisesti: ”[S]e tahto, joka ylipäättään ei ole saanut mitään ilmaisua testamenttimuodossa – ei edes virheellistä – ei tule huomioon otettavaksi.” ja ”Mitä ilmeisimmin tulkinta ei voi puuttua tehokkaasti tällaisiin [motiivierehdys-]tapauksiin. Testamentiksi ei voida vahvistaa, mitä testamentin tekijä olisi määrännyt, jos mitään sellaista erehdystä ei olisi tapahtunut.”²¹¹

Ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa kyseiseen tulkinnan rajoitukseen on kuitenkin suhtauduttu kriittisesti. Boström esittää, että testamenttimääräystä voidaan tulkinnalla korjata silloin, kun motiivierehdys on sinänsä olennainen, mutta vaikutuksettomuutta ei katsota erehdyksen asianmukaiseksi seuraukseksi.²¹² Samaa esittää Guldberg, joka on ollut ruotsa-

²¹¹ ”Den vilja [...], som överhuvud icke fått något uttryck i testamentsform – ej ens ett felaktigt – kommer ej i betraktande.” ja ”Uppenbarligen kan en tolkning i dylikt fall [= villfarelse i bevekelsegrunderna] icke verksamt ingripa. Säsom testament kan icke fastställas, vad testator skulle hava förordnat, om någon sådan villfarelse ej förelegat.” Suomenkieliset käännökset ovat omiani. SOU 1929:22, s. 211. – Jälkimmäistä lausumaa ei kuitenkaan ole otettu mukaan silloisen testamenttilain kommentaariin, joka muutoin pitkälti noudattelee lain esitöiden sanamuotoja ja esitysjärjestystä. Ks. Ekeberg – Guldberg 1931, s. 104. Lisäksi lainvalmistelukunnan jäsen Guldbergin mukaan motiivierehdystä ei olisi tullut säätää moiteperusteeksi, sillä kyse on tulkintakysymyksestä ja sillä on enemmän teoreettista kuin käytännöllistä merkitystä. Guldberg 1931, s. 203.

Myöhemmin mainittaessa motiivierehdyksestä erillisenä ilmaisuerehdykset esitöissä todetaan vielä, että ilmaisuerehdys on tahtovirheiden erityistapaus sikäli, että testamenttimääräys on mahdollista pysyttää korjaavalla tulkinnalla, mitä mahdollisuutta ei ole käytössä motiivierehdyksen tapauksessa. SOU 1929:22, s. 314.

²¹² Boström 2003, s. 44.

laisen lainvalmistelukunnan jäsen. Guldbergin mukaan PK 13:1:ssä pätemättömyysperusteena oleva motiivierhdys voidaan, joskaan ei vaikeudetta, erottaa sellaisista tapauksista, joissa motiivierhdys aiheuttaa testamentin tulkintaongelman, joka voidaan ratkaista antamalla testamentille sisältö, joka vastaa testamentin tekijän tahtoa. Erottelulla ei ole merkitystä, jos testamentin tekijä tietoisena erehdyksestään olisi jättänyt testamentin kokonaan tekemättä. Sen sijaan tapauksissa, joissa testamentin tekijä olisi antanut testamentille toisenlaisen sisällön, saattaa testamentti olla pysytettävissä tulkinnan keinoin, joskin näyttövaikeudet ja testamentin muotovaatimukset saattavat muodostua esteeksi. Jos kuitenkin tulkinnallinen korjaus on mahdollinen sanarajaperiaatteen puitteissa, testamenttia ei pidä Guldbergin mukaan julistaa pätemättömäksi.²¹³ Esitöiden lausumaa ei myöskään sisällytetty tuoreeseen ärvdabalkin kommentaariteokseen vuonna 1931, eikä myöhempiinkään ÄB:n kommentaareihin.²¹⁴ Samoin Adlercreutz ja Agell ovat esittäneet, ettei korjaavalle tulkinnalle ole estettä.²¹⁵ Ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa motiivierhdyistä ja rauenneita edellytyksiä onkin käsitelty paikoin yhtenäisesti ja puollettu molempien ratkaisemista tulkinnan keinoin.

Suomen oikeuskirjallisuudessa aihetta ei ole käsitelty. Ainoastaan Lohi mainitsee legaatteja käsittelevän teoksensa johdanto-osassa joitain motiivierhdystapauksia osana rauenneita edellytyksiä, jotka voidaan korjata tulkinnan keinoin silloin, kun kontrafaktuaalinen tahto saadaan selville.²¹⁶ Sen sijaan kontrafaktuaalisen tahdon ottaminen testamentin toimeenpanon pohjaksi myös motiivierhdytapaauksissa on Lødrupin mukaan yleinen käytäntö pohjoismaisessa oikeudessa. Motiivierhdyksen kuuluminen moiteperusteisiin ei estä tällaista ratkaisua silloin, kun testamentin tekijän kontrafaktuaalinen tahto saadaan selville.²¹⁷

²¹³ Guldberg 1931, s. 202–203.

²¹⁴ Ekeberg – Guldberg 1931, s. 104; Walin 2000, s. 355; Walin – Lind 2016, s. 409–411.

²¹⁵ Adlercreutz 1959, s. 72–73; Agell 2003, s. 70. Adlercreutz huomauttaa, että ÄB:n, kuten myös PK:n, sanamuoto sallii tulkinnan, että pätemättömyysseuraus pätee vain tapauksissa, joissa motiivierhdys on vaikuttanut olennaisesti testamentin tekemispäätökseen eikä niinkään testamentin tai testamenttimääräyksen sisältöön. Agell puolestaan esittää, että korjaavan tulkinnan perusteena voivat olla niin rauenneet edellytykset kuin väärätkin edellytykset, mikä tarkoittanee motiivierhdyksen korjaamista myös tulkintavaiheessa. Agellin kannanotto ei ole suoraan esittämäni tilanteeseen, mutta se on muutoin selkeä.

²¹⁶ Lohi 2011, s. 52–55. Lyhyen maininnan perusteella ei kuitenkaan voi tehdä päätelmiä siitä, kuinka yleisesti Lohi on katsonut motiivierhdysten tulkinnallisen korjaamisen mahdolliseksi tai miten testamentin tulkinta ja testamentin moittiminen olisi yhteensovitettava motiivierhdytapaauksissa.

²¹⁷ Lødrup 2003, s. 328.

Suomalaista oikeuskäytäntöä kysymykseen liittyen ei ole. Sen sijaan Ruotsissa HD on ratkaissut testamentin tulkintana tapauksia, jotka lähemmässä tarkastelussa osoittautuvat motiivierohdystilanteiksi.²¹⁸ Tuorein esimerkki on ratkaisu NJA 1991 s. 152. Tapauksessa avopuolisot olivat avoliittonsa aikana hankkineet kokonaan vaimon rahoilla kiinteistön, joka kirjattiin miehen nimiin. Avoliiton päätyttyä kiinteistö jäi miehelle. Vuosikymmeniä myöhemmin mies teki testamentin, jonka mukaan kiinteistö tuli antaa entiselle avovaimolle. Testamentin teon yhteydessä mies ilmaisi suullisesti, että mikäli entinen avovaimo oli kuollut, vaimon sisarukset saisivat kiinteistön. Testamentin allekirjoittamisen jälkeen selvisi, että vaimo oli kuollut jo useita vuosia ennen testamentin tekemistä. Mies ilmaisi jälleen tahtonsa, että vaimon sisarukset perivät kiinteistön, mutta testamenttia ei muutettu.²¹⁹ Tapaus ratkaistiin testamentin tulkintana, vaikka kyseessä on varsin selkeä motiivierohdys: jos mies olisi tiennyt testamenttia tehdessään entisen avovaimonsa kuolemasta, hän ei olisi määrännyt kiinteistöä tälle. Lisäksi oli kiistatta selvää, mikä miehen tahto oli, kun entinen avovaimo ei voinut periä häntä. Jos tapausta olisi ratkottu testamentin moitteena, motiivierohdys olisi nähdäkseen ollut väistämättä olenainen: kuollut henkilö ei voi lain mukaan periä, joten testamenttia ei olisi mitenkään voitu jättää voimaan sanamuotonsa mukaisena. Toisaalta kyseisen testamenttimääräyksen pätemättömäksi julistaminen olisi samalla joutanut selvästi testamentin tekijän tahdon vastaiseen tilanteeseen eli kiinteistön joutumiseen hänen omille sukulaisilleen. Tapauksen ratkaiseminen testamentin tekijän tahdon mukaisesti onkin väistämättä edellyttänyt sen käsittelemistä tulkintatapauksena.

Tapauksessa käy ilmi se, kuinka jyrkkä ja sattumanvarainen motiivierohdyksen ja rauenneiden edellytysten välinen ero voi pahimmillaan olla: mikäli motiivierohdystä ei voida ratkaista testamentin tulkinnalla, lopputulos muodostuu hyvin erilaiseksi riippuen siitä, onko avovaimo sattunut kuolemaan päivän testamentin allekirjoittamisen jälkeen vai päivää sitä ennen. Edellisessä tapauksessa on kyse rauenneista edellytyksistä ja omaisuuden sijaantulijoina ovat avovaimon sisarukset testamentin tekijän tahdon mukaisesti. Jälkimmäisessä tapauksessa testamenttimääräys jää vaiku-

²¹⁸ Ratkaisut on myös kirjallisuudessa luokiteltu tulkintaratkaisuuksi, ks. esim. Walin – Lind 2016, s. 313, 319, 321 ja 332.

²¹⁹ Tapauksessa sijaantulomääräyksen kirjoittamatta jättäminen sekä testamentin muuttamatta jättäminen johtuivat itse asiassa toisesta motiivierohdyksestä: miehellä oli virheellinen käsitys, että jos vaimo oli kuollut, tämän sisarukset lähimpinä perillisinä saisivat vaimolle testamentatun omaisuuden jo lain mukaan. Tapauksessa ilmeni siis kaksi erillistä, mutta toisiinsa kytkeytyvää motiivierohdystä.

tuksettomaksi ja omaisuus päättyy testamentin tekijän omille sukulaisille.²²⁰

Samoin ratkaisussa NJA 1949 s. 672 on kyse motiivierehdyksestä, joka on korjattu testamentin tulkinnalla, tässä tapauksessa testamentin täsmenämällä eikä täydentämällä. Tapauksessa testamentin tekijän tarkoituksena oli perustaa säätiö, joka saisi verovapauden perintöverosta. Testamentissa nimettiin joukko järjestöjä, jotka voisivat saada tukea säätiöltä. Testamentin tekijällä oli käsitys, että kaikki testamentissa mainitut järjestöt olivat verovapaita, jolloin verovapaus siirtyisi myös säätiölle. Verovapaus kuitenkin koski vain osaa niistä järjestöistä, joita testamentin sanamuodon voitiin nähdä tarkoittavan, ja säätiölle määrättiin huomattavan suuret perintöverot. Ratkaisuna oikeus rajoitti testamentin tulkintaa koskemaan vain verovapaita mainittujen alojen järjestöjä, jolloin myös säätiö sai verovapauden testamentin tekijän aikomalla tavalla.

Myös ratkaisu NJA 1985 s. 597 voidaan käsittää motiivierehdyksena, joskin motiivierehdysstatus on aavistuksen tulkinnanvarainen. Testamentin tekijä oli testamentannut suurimman osan omaisuudestaan eräälle työkoululle, joka oli kuitenkin lakkautettu jo ennen testamentin tekemistä. Vaikeatulkintaisen tapauksesta tekee se, että työkoulujen taloutta hallinnoi säätiö, joka olisi katsottu testamentinsaajaksi, jos työkoulu olisi ollut edelleen toiminnassa, ja kyseinen säätiö oli edelleen olemassa ja toimi samantyyppisten tarkoituserien hyväksi kuin entiset työkoulut. Ratkaisussa erehdyskysymys nousi jossain määrin esiin, mutta tuomioistuimien totesi, ettei erehdys ollut määräävästi vaikuttanut testamentin tekijän tahtoon, sillä säätiön tarkoitus vastasi edelleen testamentin tekijän tarkoitusta eikä testamentin tekijä ollut nimenomaisesti halunnut antaa varojaan kyseiselle työkoululle. Tulkinnallista korjaamista on joka tapauksessa pidetty käypänä ratkaisutapana.²²¹

Ruotsissa näyttää ÄB:n esitöiden lausumista huolimatta vakiintuneen HD:ssa käytäntö, että motiivierehdykset voidaan käsitellä testamentin tul-

²²⁰ Adlercreutz onkin huomauttanut, että joissain tapauksissa voi olla jopa vaikea tietää, ovatko edellytykset olleet vääriä jo testamentin tekemisen hetkellä vai rauenneet vasta myöhemmin. Adlercreutz 1959, s. 69.

²²¹ Götan hovioikeus lausui mm. ”Frågan är då om denna villfarelse skall medföra att förordnandet blir utan verkan eller om man med hjälp av testamentstolkning kan fastslå att makarna K – med kännedom om de rätta förhållandena – skulle ha förordnat till förmån för Stiftelsen Norrbottens läns arbetsstugor.” HD puolestaan totesi mm. ”Den viljeinriktning de sålunda visat genom sitt testament är väl förenlig med de ändamål som stiftelsen efter permutation numera har. Med hänsyn härtill och eftersom utredningen inte ger stöd för att det varit av avgörande betydelse för Harald K att tillgodose just arbetsstugan, får åt testamentet ges den innebörden att stiftelsen äger att såsom testamentstagare ta emot kvarlåtenskapen för bruk i den nuvarande verksamheten.”

kintakysymyksinä rauenneiden edellytysten tapaan ja että korjaava tulkinta on myös motiivierehdysten osalta mahdollinen. Suomessa sen sijaan oikeustila on epäselvä. Perintökaaren tulkinnassa käytetään vakiintuneesti ruotsalaisia esitöitä, jotka eivät tämän kysymyksen osalta vastaa Ruotsin oikeuskäytännössä heti lain säätämisen jälkeen omaksuttua ratkaisutapaa. Muut oikeuslähteet Suomessa puuttuvat. Aiheesta ei ole käyty oikeustieteellistä keskustelua Suomessa, ja ainoa löytämäni viittaus kysymyksen oikeuskirjallisuudessa on jo aiemmin mainitsemani Lohen teoksen johdanto-osassa esiintyvä yksittäinen perittävän tahdon toteuttamishaasteita koskeva maininta, jossa rauenneiden edellytysten tilanteita ja motiivierehdystilanteita esitetään rinnakkain.²²²

Kannatan itse näkökantaa, että motiivierehdyksen sisältävää testamenttimääräystä voidaan korjata tulkinnalla. Testamenttioikeuden perustavimpana arvona on testamentin tekijän tahdon toteuttaminen. Mielestäni testamentin tekijän todennettavissa oleva tahto tulee toteuttaa mahdollisimman pitkälle, enkä näe riittäviä perusteita kohdella motiivierehdyksiä ja rauenneiden edellytysten tilanteita merkittävästi eri tavoin satunnaisen aikakriteerin vuoksi. Ruotsalaiset oikeustapaukset, erityisesti NJA 1991 s. 152, osoittavat, kuinka ratkaiseva merkitys korjaavalla tulkinnalla voi olla testamentin tekijän tahdon toteutumiseksi. Vastaavanlaisia tilanteita voi tulla vastaan Suomessakin, eikä testamentin pätemättömyys tarjoa tällöin tyydyttävää oikeudenmukaista ratkaisua. Lisäksi motiivierehdyksen käsitteleminen pääasiassa tulkintaongelmana edistäisi pohjoismaisten jäämistöoikeusjärjestelmien yhdenmukaisuutta.

Motiivierehdyksen tulkinnallinen korjaaminen ilmentäisi tietynlaista joustavaa suhtautumista testamentin tekijän tahdon toteutumiseen. Suomessa testamentit on perinteisesti mielletty jokseenkin staattisiksi ja yksioikoisiksi oikeustoimiksi. Dynaamisista testeistä viime vuosina esiin noussut keskustelu on omalta osaltaan muuntanut näkemystä testamenttioikeustoimista. Testamentin dynaamisuus muuttaa testamentin pysähtyneitä – ja ehkä perusteettoman yksinkertaiseksi miellettyä – luonnetta.²²³ Dynaaminen testamentti edustaa joustavaa, olosuhteisiin mukautuvaa oikeudellista instrumenttia, jossa testamentin tekijän tahto on kuitenkin keskiössä ja ratkaisevassa asemassa.²²⁴ Dynaaminen eli joustavampi ja mukautuvampi käsitys testamentista oikeustoimena myös osaltaan tukee testamentin tulkinnan laajaa alaa ja käy yksiin sen kanssa, että kaikki erehdykset korjattaisiin tulkinnan keinoin. Kun testamentin lopullinen sisältö voi

²²² Lohi 2011, s. 52–53.

²²³ Mikkola 2014, s. 868–869; Kolehmainen – Rabinä 2012, s. 180.

²²⁴ Kolehmainen – Rabinä 2012, s. 174–177.

elää, herää perusteltu epäily, että ei ole syytä kohdella yhtä erehdyslajia jäykän poikkeavasti suhteessa muihin. Dynaamisten testamenttien haasteet liittyvät delegointivallan rajoituksiin: testamenttaustahdon tulee olla huolella ja loppuun asti harkittu kolmannelle osapuolelle annetun valinnanvapauden sallimisesta huolimatta.²²⁵ Motiivierehdys ei itsessään ole osoitus tällaisen harkinnan puutteesta, vaan tiedollisesta virheestä. Sen joustava korjaaminen tulkinnalla on nähdäkseni hyvin linjassa dynaamisista testeistä käydyn keskustelun kanssa molempien ilmentäessä käsitystä testamentista joustavana, tiedollisiin puutteisiin – joko tekoaikaisiin tai tulevaisuuteen kohdistuviin – mukautuvana instrumenttina.

Jos otetaan lähtökohdaksi, että korjaava tulkinta on sallittu, tulee lopuksi tarkastella tällaiseen tulkintaan liittyviä erityispiirteitä. Korjaavan tulkinnan käyttäminen myös motiivierehdystapauksissa edellyttää erityistä huolellisuutta kontrafaktuaalisen tahdon selvittämisessä ja riittävän tulkinnan sidoskohdan varmistamisessa, jotta testamentin muutosäännökset tulevat täytetyiksi. Ei esimerkiksi riitä, että testamenttimääräys katsotaan testamentin tekijän tahtoa vastaamattomaksi, vaan tulkinnan keinoin tulee voida vahvistaa, mikä testamentin tekijän tahto olisi ollut, jos hän ei olisi erehtynyt.²²⁶ Testamentin toimeenpanoa ei voida tehdä ainoastaan sen tahdon perusteella, mitä testamentin tekijä ei ole tahtonut.²²⁷

²²⁵ Kolehmainen – Rabinä 2012, s. 179–180 ja 185–186.

²²⁶ Kontrafaktuaalinen tahto on joissain tapauksissa varsin selvä: ks. esim. Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisu 30.1.2003 S 01/979, jossa testamentin tekijä oli kertonut todistajalle, että hän olisi halunnut määrätä kiinteistönsä sisarentyttäreilleen, mutta teki testamentin vapaaseurakunnalle, sillä sukulaiselle aiheutuisi niin suuret perintöverot, että kiinteistö joutuisi valtiolle.

²²⁷ Tämä konkretisoitui ratkaisussa NJA 1957 s. 764. Tapauksessa testamentin tekijä oli testamentillaan määrännyt, etteivät hänen sukulaisensa saa periä omaisuutta. Sen sijaan testamentin tekijä ei ollut määrännyt omaisuuden saajaa; saajaksi oli kaavailtu yleishyödyllistä tahoa, joka kuitenkin oli tarkoitus yksilöidä myöhemmin. Näin ei tapahtunut. HD katsoi, ettei kenelläkään ollut oikeutta omaisuuteen testamentinsaajana; testamentti oli siis puutteellisesti yksilöity. Sen sijaan testamentin määräys sukulaisten perinnöttömäksi tekemisen osalta katsottiin päteväksi, jolloin perinnönsaajaksi tuli Ruotsin allmänna arvsfonden, joka Ruotsissa vastaanottaa perillisettä kuolleiden henkilöiden omaisuuden. Ottaen huomioon allmänna arvsfondenin yleishyödyllisen toimialan tapauksen lopputulos lienee yleisesti linjassa testamentin tekijän tahdon kanssa, joskaan ratkaisun perusteluista ei käy ilmi, onko tämä vaikuttanut lopputulokseen.

Sivuhuomiona mainittakoon, että Suomessakin testamentin tekijän päättämisaikaiset siitä, mille taholle hän haluaa omaisuutensa jättää, ovat aiheuttaneet sekavuutta testamentin tekijän tahdon tulkinnassa. Ratkaisuissa KKO 2010:54 ja KKO 2019:27 oli molemmissa kyse siitä, oliko testamentin tekijä peruuttanut testamentissaan olleen saajamääräyksen. Yksityiskohdat sen sijaan erosivat: edellisessä testamentin tekijä oli suunnitellut saajan vaihtamista mutta kuollut ennen uuden testamentin tekemistä, kun taas jälkimmäisessä testamentin tekijä oli unohtanut aiemman testamentin olemassaolon laatiessaan uutta testamenttia ilman toissijaismääräystä. Ratkaisussa KKO 2010:54 testamentin tekijän pääasiallinen tah-

Ongelmallista näin meneteltäessä on, että korjaava tulkinta tehdään testamentin sanamuotoa vastaan eikä testamentissa olevan toimeenpanoaukon kattamiseksi. Erityisenä riskinä on, että korjaamisen varjolla testamenttiin tehdään kiellettyjä lisäyksiä. Testamentin muutosäännöksistä johdetaan, että tulkinnan pohjan on oltava testamentin tekstissä. Toisaalta myös ilmaisuerehdyksen ratkaisemisessa on väistämättä kyse testamentin sanamuodon ulkopuolelle menevästä tulkinnasta.²²⁸ Ruotsalaisissa esitöissä on todettu virheellisenkin sanamuodon täyttävän muotovaatimuksen – mikäli voidaan osoittaa, mitä testamentin tekijä on sanoillaan halunnut ilmaista –, sillä se ilmaisee testamentin tekijän vakaan aikomuksen tehdä testamentti.²²⁹ Virheellinen sanonta on siten riittävä sidoskohta korjaavalle tulkinnalle, eikä ilmaisuerehdyistä koskeva PK 11:1.2 muodosta poikkeusta testamentin muutosäännöksiin.²³⁰ Sama käsitys on vahvistettu suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa.²³¹ Vastaavaa periaatetta voidaan nähdäkseni noudattaa Suomessa myös motiivierehdyksen korjaavan tulkinnan osalta.

Walinin, Lindin ja Lødrupin mukaan korjaavaa tulkintaa voidaanakin käyttää sekä ilmaisu- että motiivierehdysten ratkaisemisessa.²³² Oikeuskäytännössä HD:n ratkaisussa NJA 1935 s. 316 testamentti on toimeenpantu sanamuodon vastaisesti testamentin tekijän oikeusuerehdyksen vuoksi. Testamentin tekijä oli perinyt aiemmin kuolleen puolisonsa. Hän määräsi testamentissaan, että hänen jäämistönsä tulee jakaa puoliksi hänen omien sukulaistensa ja ensin kuolleen puolison sukulaisten kesken. Hän ei kuitenkaan, vastoin uskomustaan, voinut määrätä kuolleen puolisonsa omaisuudesta, joka lain mukaan kuului jälkeen elävän kuoltua ensin kuolleen sukulaisille. Testamentin sanamuodon mukainen tulkinta olisi johtanut siihen, että ensin kuolleen sukulaiset olisivat saaneet $\frac{3}{4}$ puolisoitten yhteenlasketusta omaisuudesta, mikä ei ollut testamentin tekijän tarkoitus. Testamentti pantiin toimeen siten, että testamentin tekijän sukulaiset saivat

to oli ollut ohjata omaisuus sukulaisten ulkopuoliselle taholle. Ratkaisussa KKO 2019:27 testamentin tekijä taas oli hyväksynyt mahdollisuuden, että omaisuus päättyi toissijaisesti etäisille sukulaisille, vaikka muitakin ratkaisuja oli pohdittu.

²²⁸ LVK 1935:2, s. 89.

²²⁹ SOU 1929:22, s. 211. Lainvalmistelijat korostavat, että edes virheelliseen ilmaisutapaan perustuva sidos tahdon ja testamenttimääräyksen välillä on välttämätön: tulkinnassa ei voida ottaa huomioon tahtoa, joka ei ole saanut minkäänlaista ilmaisua testamentissa.

²³⁰ Boström 2003, s. 77–78. Boströmin mielestä nimenomainen lainsäädännös asiasta on kuitenkin selkeyden vuoksi suotava. Motiivierehdyksen korjaavan tulkinnan osalta säännös, kuten sanottua, puuttuu.

²³¹ Ylöstalo 1954, s. 40, 65.

²³² Lødrup 2003, s. 328. ”Oriktiga förutsättningar kan också vid tolkning av testamente föranleda avvikelser från ordalagen.” Walin – Lind 2016, s. 311.

hänen koko omaisuutensa ja ensin kuolleen sukulaiset jäivät ilman testamenttisaantoa saaden vain perintönsä ensin kuolleen jäämistöstä.

Kiellettyjen lisäysten ja sidoskohdan kannalta erityisen mielenkiintoinen ratkaisu on KKO 2017:49. Tapauksessa puoliset olivat tehneet keskinäisen omistusoikeustestamentin, jossa ei ollut määräystä toissijaissaajasta. Lesken kuoltua ensin kuolleen puolison rintaperilliset väittivät puolisoiden tarkoittaneen, että omaisuus jaettaisiin molempien kuoleman jälkeen sukuhaarojen kesken. Korkein oikeus totesi, että ”[k]un kysymys on testamentista, jonka kirjoitusasu ei ole tulkinnanvarainen ja joka sinällään olisi pantavissa toimeen vaikeuksitta, testamentin tekijöiden testamentin sanamuodosta poikkeavasta tarkoituksesta testamenttia tehtäessä olisi esitettävä vahvaa näyttöä”. Vaikka rintaperillisten ajama tulkinta ei menestynyt, korkein oikeus on kuitenkin pitänyt korjaamista mahdollisena, jos testamentin tekijän tarkoituksesta on saatavissa riittävä varmuus. Motiivierehdyksen tapauksessa testamentti nimenomaan on usein mahdollista panna sellaisenaan toimeen, vaikka testamentin tekijän kontrafaktuaalisen tahdon mukainen tulkinta edellyttäisi sanamuodosta poikkeavan sisällön vahvistamista. Riittävän sidoskohdan vaatimuksen täyttymistä voitaneen siis pitää mahdollisena ottaen huomioon korkeimman oikeuden lausumalla tavalla korkeammat näyttövaatimukset testamentin tekijän tahdon osalta. Ongelmallista toki on kirjoitetusta laista saatavan tuen puuttuminen.

3.3 Motiivierehdys testamentinsaajien välisessä riidassa

Testamentin tekijän lakimääräiset perilliset eivät ole ainoita, joilla voi olla intressi vedota testamentin motiivierehdykseen. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että myös muilla kuin perillisillä on oikeus nostaa kanteen testamentin pätevyyttä koskien, vaikka varsinainen testamentin moitteen nimi on varattu vain perintökaareissa erikseen säädetyille perillisen nostamalle kanteelle.²³³ Testamentin saajien välisiä kanteita nimitetään usein tulkintakanteiksi. Tavallisin tilanne tällöin on, että testamentin tekijä on tehnyt

²³³ Ks. esim. Aarnio – Kangas 2015, s. 1005–1006. – Käsitteistön käyttö ei aina ole täysin loogista, jos aiemman testamentin saaja on samalla testamentin tekijän perintöön oikeutettu sukulainen. Esimerkiksi Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisu 30.1.2003 S 01/979 on nimetty ”testamentin moitteeksi”, vaikka testamentteja oli kaksi ja aiemman testamentin saaja vaati myöhempää testamenttia julistettavaksi pätemättömäksi. Kyseinen testamentin saaja oli testamentin tekijän sisarentytär, jolla oli ainakin yksi sisarus, joten hänen saantonsa koko jäämistöomaisuuteen on perustunut aikaisempaan testamenttiin.

kaksi testamenttia, jolloin aikaisemman testamentin saajalla on intressi saada myöhempi testamentti julistettua pätemättömäksi.²³⁴

Testamentin saajien välisessä oikeudenkäynnissä kantajalla on sama oikeus vedota PK 13:1:n pätemättömyysperusteisiin kuin testamenttia moitivalla perillisellä, lukuun ottamatta testamentin muotovirhettä, johon korkeimman oikeuden omaksuman kannan mukaan voi vedota ainoastaan perillinen moitekanteella.²³⁵ Motiivierehdyksen rasittama testamenttimääräys voi siis käydä vaikutuksettomaksi myös testamentin saajan nostaman kanteen vuoksi.

Vaikutuksettomuus edellyttää tällöin vastaavaa todistelua kuin perillisen moitekanteenkin osalta: kantajan tulee näyttää, että testamentin tekijä on erehtynyt ja että erehdys on ollut testamentin tekijän tahdonmuodostuksen kannalta olennainen. Koska kyse on testamentin tulkintariidasta eikä moiteprosessista eivätkä PK 13 luvun säännökset sovellu suoraan, myös ositaispätemättömyys on riidattomammin toteutettavissa, kunhan sen edellytykset täyttyvät.

Motiivierehdyksen tai muiden pätemättömyysperusteiden roolista testamentinsaajien välisessä riidassa ei ole saatavilla juurikaan oikeuslähteitä. Koska testamentin saajien välisessä oikeudenkäynnissä on kyse testamentin tulkinnasta, voidaan jossain määrin vahvemmin perustella motiivierehdyksen korjaavan tulkinnan käyttämistä.²³⁶ Motiivierehdykselle ei ole tässä oikeussuhteessa säädetty laista johtuvaa seuraamusta, pätemättömyyttä. Toisaalta korjaava tulkinta kohtaa samat käytännön haasteet kuin varsinaisen testamentinmoitteenkin yhteydessä: näyttövaatimukset testamentin tekijän kontrafaktuaalisesta tahdosta sekä riittävän sidoskohdan asettamat rajoitukset tuon tahdon huomioon ottamiselle.

²³⁴ Perillinen ei mitä ilmeisimmin edes pieteettisistä nostamansa kanteen johdosta voi omilla toimillaan estää myöhemmän, selvästikin pätemättömän, testamentin toimeenpanoa, sillä moitteen vaikutuksesta testamentti julistetaan pätemättömäksi ”vain, mikäli se est[ää] kanteen nostanutta perillistä saamasta perintöosuuttaan jäämistöstä”, kuten korkein oikeus lausui ratkaisussa KKO 1948 II 374.

Ylöstalo muotoilee vaikutuksen hieman toisin: ”Testamentin mitättömäksi julistava tuomio saattaa testamentin tehottomaksi vain kantajaperilliseen ja vastaajana olleeseen jälkimmäisen saajaan nähden.” Ylöstalo 1953, s. 291. Ks. aiheeseen liittyen myös KKO 1950 II 72.

²³⁵ Aarnio – Kangas 2015, s. 1011–1012. – Keskustelua herättäneessä ratkaisussa KKO 1991:19 korkein oikeus lausui, että ainoastaan perillisellä on oikeus vedota testamentin muotovirheeseen. Oikeuskirjallisuudessa ratkaisua on kritisoitu, ja on esitetty, että myös testamentin saaja voisi riitauttaa toisen testamentin muotovirheen perusteella. Kritiikistä ks. esim. Aarnio – Kangas 2015, s. 1012 alaviitteinen sekä s. 1010 alaviitteinen.

²³⁶ Tulkintariitana konfliktia voidaan ratkaista myös pesänjakajan johdolla, sillä toisin kuin moitekanteen tapauksessa tuomioistuinprosessi ei ole ainoa ratkaisuvaihtoehto.

4 PERINTÖKAAREN MOTIIVIEREHDYSSÄÄNTÄMÄSSÄ TEOREETTINEN KONTEKSTI

4.1 Tahtoteoria ja testamentin motiivierehdyssääntely

Käsitykset siitä, mihin oikeustoimen sitovuus perustuu, ovat vaikuttaneet perustavanlaatuisesti myös siihen, millaiseksi erehdysten merkitys oikeustoimen sitovuudelle käsitetään. Oikeustoimien sitovuuden opista on versonut erehdysoppi. Myös toiseen suuntaan voidaan väittää, että erehdysoppi paljastaa käsitykset oikeustoimien sitovuuden perusteista. Testamenttioikeuden alalta en ole löytänyt kirjoitusta, joka käsitelisi kattavasti testamenttien sitovuuden taustalla olevaa teoriaa. Yksipuolisten oikeustoimien, kuten testamentin ja lahjan, osalta yleisen varallisuus oikeuden tahtoteoriaa pidetään osuvimpana teoreettisena mallina kuvaamaan oikeustoimen sitovuuden syntymistä, mihin viitataan perintökaaren suomalaisissa ja ruotsalaisissa esitöissä sekä oikeuskirjallisuudessa.²³⁷ Testamentin teoreettisessa pohjassa on toisaalta nähty eräitä, muun muassa motiivierehdyssä koskevia, poikkeuksia, joiden voidaan katsoa menevän jopa pidemmälle kuin sopimusoikeudessa ja yleisessä siviilioikeudessa esitetyn tahtoteorian.²³⁸

Tahtoteorian keskeisyydestä johtuen käyn läpi sen ja siihen liittyvän erehdysopin tässä luvussa lyhyesti sellaisena kuin se yleisessä siviilioikeudessa on esitetty.²³⁹ Tämän jälkeen vertaan tahtoteoreettisen erehdysopin mukaisia ratkaisuja perintökaaren erehdysääntelyyn tarkoituksenani

²³⁷ LVK 1935:2, s. 99; SOU 1929:22, s. 73, 206 ja 320; Aarnio – Kangas 2015, s. 122.

Sopimuskumppanin etua ei ole tarvinnut ottaa huomioon, joten ainoaksi merkitykselliseksi seikaksi on jäänyt testamentin tekijän tahto. Ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa esitelty edellytysoppi havainnollistaa tätä siirtymää: edellytysopin avulla voidaan ratkaista, tuleeko oikeustoimen vaikutuksia ja pätevyyttä arvioitaessa ottaa huomioon virheelliset edellytykset. Varallisuus oikeuden alalla kriteerejä on esitetty kolme: edellytysten on pitänyt olla olennaisia oikeustoimen tekijälle, oikeustoimen vastapuoli on tiennyt tästä, ja katsotaan asianmukaiseksi, että oikeustoimen vastapuoli kantaa riskin siitä, että edellytykset eivät ole täyttyneet. Koska testamenttioikeudessa ei oteta huomioon oikeustoimen vastapuolten käsityksiä tai intressejä, kaksi viimeistä vaatimusta eivät ole testamenttien kannalta olennaisia. Näin ollen ainoaksi vaatimukseksi jää, että edellytys on ollut olennainen oikeustoimen tekijälle. Boström 2003, s. 42–43.

Edellytysoppi ilmenee myös testamentin tulkinnassa siten, että testamentin saajan käsitykselle testamentin sisällöstä ei anneta merkitystä. Testamenttien osalta ei siis voida puhua minkäänlaisesta luottamuksen suojasta. Ks. Agell 2003, s. 12 ja Walin 2000, s. 264.

²³⁸ SOU 1929:22, s. 73 ja 320.

²³⁹ Minun on tarkoituksenmukaisinta käsitellä tahtoteoriaa tässä eräänlaisena keskiarvona, summana tahtoteorian piiriin kuuluvien suuntauksien yhteisistä piirteistä, mikä ei tee oikeutta yksittäisten tahtoteoreetikkojen ajatuksille. Yksityiskohtien osalta eri tahtoteoreetikot eroavat toisistaan.

selvittää, missä määrin perintökaaren erehdyssääntely vastaa tahtoteoreettista oppia erehdysten vaikutuksesta.

Tahtoteoriassa oikeusvaikutusten sitovuuden perustana on vapaus ja ihmisen kyky vapaaseen tahtoon. Mäkelän sanoin tahdonilmaisussa on kyse vapaasta toiminnasta, jossa tahto on suunnattu oikeuksien syntyyn tai lakkaamiseen; lähtökohtana on yksilön tahdon ja itsemääräämisoikeuden korostaminen. Sopimusten sitovuus perustuu vapaasta valinnasta seuraavaan vastuuseen.²⁴⁰ Tahtoteoriaa kritisoinut af Hällström kuitenkin huomauttaa, etteivät itsemääräämisoikeuden periaate ja tahdonvapaus ole tahtoteorian piirissä rajoittamattomia, ja hän kyseenalaistaa tahdonvapauden tahtoteorian tosiasiallisena perustana.²⁴¹

Tahtoteoriassa huomio tahdonilmaisujen tarkastelussa on keskittynyt tahtoon, ei sen ilmaisuun. Tahto ihmisen sisäisenä, psykologisena tilana katsotaan tahdonilmaisun pätevyyden kannalta olennaiseksi seikaksi, kun taas ilmaisulla on pelkkä välittävä funktio: tehtävä saattaa sisäinen tahtotila toisten havaittavaksi. Painotus korostuu erehdystilanteissa, joissa sisäinen tahto ja ulkoinen, toiminnallinen ilmaisu eivät vastaa toisiaan. Tahtoteoriassa erehdyksen rasittaman ilmaisun sitomattomuus perustuu ilmaisua vastaavan tahdon puuttumiseen, ei esimerkiksi erehtymiseen itsessään.²⁴² Tämä näkyy mm. tahdonilmaisun käsitteissä, joissa korostetaan tietyn oikeusseuraamuksen syntyyn tähtäävää tosiasiallista tahtoa ja tietoisuutta siitä, että ilmaisukäyttäytymisen kautta tiedotetaan jotain.²⁴³ Tahtoteoriaa kritisoinut af Hällström on huomauttanut tahtoteoriaan liittyen erikoisesta ristiriidasta siinä, että vaikka tahdonilmaisulla ei katsota olevan mitään itsenäistä merkitystä oikeustoimen syntymisen kannalta, ns. näkymätön eli tyystin ilmaisematta jäänyt tahto ei saa lainkaan oikeudellista merkitystä.²⁴⁴

Varallisuus oikeudellisen erehdysopin osalta tahtoteoriassa on keskeistä jako aitoihin ja epäaitoihin erehdyksiin, jotka vastaavat nykyistä jakoa motiivi- ja ilmaisuerehdyksiin.²⁴⁵ Erehdysten vaikutuksellisuus ja vaikutusettomuus perustuu puhtaasti psykologiseen eroon ilmaisu- ja motiiviereh-

²⁴⁰ Mäkelä 2010, s. 43–44.

²⁴¹ Af Hällström 1931, s. 106–107.

²⁴² Mäkelä 2010, s. 44, 125–126; Telaranta 1960, s. 52–53. Tahtoteorian mukaan siis mikä tahansa erehdys ei ole vaikutuksellinen. Mikäli ilmaisu erehdyksestä huolimatta vastaa tahdonilmaisun antajan tahtoa, tahdonilmaisu on pätevä. Pätemättömyysseuraus kytkeytyy siten vain tilanteisiin, joissa erehdyksen vuoksi ilmaisu ja tahto eivät vastaa toisiaan.

²⁴³ Mäkelä 2010, s. 44–45; Telaranta 1960, s. 231, 344.

²⁴⁴ Toisin sanoen sinänsä täydellinen psykologinenkaan tahto ei saa merkitystä, ellei sitä ole ilmaistu. Af Hällström 1931, s. 101–105.

²⁴⁵ Mäkelä 2010, s. 45, 125.

dysten välillä.²⁴⁶ Tahdonmuodostumisprosessissa erotetaan kolme tasoa: motiivit eli kaikki käsitykset todellisuudesta ynnä muut tosiseikat, jotka vaikuttavat henkilön tahdon muodostumiseen tietynlaiseksi; tahto, joka määrittää usein henkilön haluiksi luoda tai päättää tietyt oikeusvaikutukset; ja (tahdon)ilmaisu, joka on aistein havaittava ilmaus henkilön psyykkiseen maailmaan kuuluvan tahdon sisällöstä.²⁴⁷ Motiivien erottamisella varsinaisesta tahdosta on tahtoteorian piirissä voitu perustella se, ettei motiivierehdyksellä ole vaikutusta oikeustoimen pätevyyteen: erehdyksestä huolimatta oikeustoimelle olennainen tahto on virheetön.²⁴⁸

Verrattaessa perintökaaresta ilmenevää testamenttioikeudellista käsitystä testamenttioikeustoimen sitovuudesta ja erehdysten merkityksestä testamentin pätevyyteen voidaan havaita ilmeisiä yhtäläisyyksiä tahtoteoriaan. Ilmaisun oikeellisuus ei ole olennaista testamentin pätevyyden kannalta: ilmaisuerehdys ei aiheuta testamentin pätemättömyyttä, mutta kokonaan ilmaisematonta tahtoa ei voida panna toimeen. Sen sijaan virheetöntä tahdonmuodostusprosessia turvataan pätemättömyyssäännöksillä.

Olennaisin ero tahtoteorian ja perintökaaren testamenttisääntelyn välillä kohdistuukin motiivierehdykseen ja sen sääntelyyn. Tahtoteoriassa, sellaisena kuin se varallisuusosoikeudessa on esitetty, motiivit kuuluvat oikeustoimen sitovuuden perustavan tahdon ulkopuolelle eikä niiden oikeellisuus tai virheellisyys vaikuta oikeustoimen pätevyyteen. Perintökaaresta taas on omaksuttu selvästi eri lähtökohhta: motiivienkin virheellisyys voi aiheuttaa oikeustoimen pätemättömyyden.

Nähdäkseni erossa on kyse kahdesta erilaisesta tavasta määrittellä oikeustoimen sitovuuden perustava tahto. Varallisuusosoikeudellisessa tahtoteoriassa tahto on määritelty siten, että määritelmä käytännössä sulkee pois motiivierehdysten vaikutuksellisuuden. Motiivit ja tahto ovat erillisiä seikkoja, joista yhden virheellisyys ei vaikuta toisen virheellisyyteen, kuten

²⁴⁶ Mäkelä 2010, s. 127, 138.

²⁴⁷ Jaottelu on Mäkelän mukaan peräisin von Savignyn teoriasta, ks. Mäkelä 2010, s. 125–126. – Suhteessa Savignyn teoriaan hieman erilaisen erittelyn tahdonilmaisuun liittyen on esittänyt Telaranta Ernst Zitelmännin teoriasta. Zitelmänn tarkoittaa tahdolla vain psyykkistä toimintaa, joka aikaan saa ruumiin liikkeen (ilmaisun). Hän siis erottaa ruumiin liikkeen eli ilmaisun, tahdon, joka aikaansaa tietyn ruumiin liikkeen, sekä sen taustalla vaikuttavan motivaatiotoiminnan, joka liittyy siihen, että tietyllä ruumiinliikkeellä saadaan aikaan haluttu seuraus. Zitelmänn erotti myös välittömän tahdon, joka kohdistuu ruumiin liikkeen aikaansaamiseen, ja välittömän tahdon eli tarkoituksen, joka kohdistuu siihen seuraukseen, joka ruumiin liikkeellä on. Telaranta 1960, s. 62–63.

²⁴⁸ Mäkelä 2010, s. 125–126, 129. Telarannan mukaan von Savignylla tahdon virheettömyys perustui siihen, että henkilö on itse vastuussa motiivierehdyksestä: hän itse valitsee, mikä merkitys on niillä tiedoilla, joita sattuu rasittamaan väärä todellisuuskäsitys. Telaranta 1960, s. 51.

ero tahdon ja tahdonilmaisun välillä. Perintökaaresta ilmenevä käsitys sen sijaan on, että testamentin motiiveissa oleva virhe siirtyy virheenä myös testamentintekotahtoon eli että motiivit ja tahto ovat kiinteässä yhteydessä toisiinsa. Tahdon määritelmä on siis erilainen. Tahtoteoriassa virheetön tahto edellyttää, että oikeustoimen tekijä on voinut vapaasti valita, mikä merkitys milläkin seikalla on ollut hänen tahtonsa muodostumisen kannalta. Perintökaaresta ilmenevässä testamenttioikeudessa vapaaseen valintaan sisältyy se, että testamentin tekijän käsitys testamenttiin vaikuttavista seikoista on oikea. Mikäli testamentin tekoon vaikuttaa virhekäsitys eli motiivieredys, testamenttia ei ole tehty vapaasta tahdosta eikä se ole sitova.²⁴⁹

Motiivieredysten lähtökohtainen vaikutuksettomuus vaihdannan kontekstissa on lähestulkoon kaikille oikeusjärjestyksille yhteinen piirre, joten motiivieredysten poissulkemisen voidaan nähdä olleen välttämätöntä, jotta tahtoteoria ylipäätään voidaan nähdä oikeudenmukaiseksi ja hyväksyttäväksi tavaksi jäsentää sopimussuhteita.²⁵⁰ Voidaan kuitenkin kysyä, onko tahdon vapaus, johon tahtoteorian sopimussidonnaisuuden justifikaatio perustuu, todellinen, jos henkilöltä puuttuu olennaista tietoa tahdonmuodostusprosessinsa tueksi – jos hän on siis erehtynyt. Nähdäkseni tahdon vapaus tällaisessa tilanteessa on puutteellinen ja tahdon ja sen muodostusprosessin erottaminen toisistaan vaikuttaa keinotekoiselta sikäli kuin muodostusprosessissa tapahtunut virhe ei siirtyisi myös lopulliseen tulokseen, tahtoon. Tähän näyttää viittaavan myös Ylöstalo: ”[O]n testamenttioikeuden perusteiden mukaista ylläpitää tahdonmuodostuksen virheettömyyteen nähden tiukkoja vaatimuksia.”²⁵¹

Tahtoteorian jako tahtoon ja motiiveihin onkin syntynyt pikemminkin käytännön tarpeesta kuin käsitteenmäärittelyn kautta.²⁵² Joka tapauksessa motiivieredyyksen vaikutuksellisuus testamenttioikeudessa näyttää edellyttävän teorialta laajempaa tahtokäsitteen määrittelyä kuin sopimus-

²⁴⁹ Tätä ilmentää mm. vuoden 1734 laissa käytetty ilmaisu, että testamentti tulee tehdä vapaasta tahdosta, mitä ilmaisutapaa käytettiin myös perintökaaren valmistelun yhteydessä. Vapaa tahto on tällöin käsitetty kattamaan myös vapaus motiivieredyyksistä.

²⁵⁰ Mäkelä 2010, s. 129. – Zimmermannin mukaan kaikissa kehittyneissä oikeusjärjestelmissä täytyy löytää tasapaino tahtoteorian ja ilmaisuteorian ääripäiden väliltä: sopimussuhteissa tahtoteoreettisesta lähtökohdasta huolimatta täytyy jossain määrin suojata myös toisen osapuolen luottamusta. Zimmermann 1996, s. 585. af Hällströmin osoittamat tahtoteorian sisäiset epäloogisuudet ja ”myönnytykset” johtunevat nimenomaan käytännön oikeuselämän vaatimuksista, ks. af Hällström s. 107–124.

²⁵¹ Ylöstalo 1953, s. 147. Samoin Wrede on todennut, että tahdonvapaus tarkoittaa, etteivät ulkoiset vaikuttimet ole vaikuttaneet tahtoon. Tällaisista tahdonvapauden estävistä vaikuttimista Wrede mainitsee sekä pakon että erehdyyksen, mutta ei käsittele erehdystä tätä yksittäistä mainintaa pidemmälti. Wrede 1890, s. 140.

²⁵² Mäkelä 2010, s. 129.

oikeuden puolella.²⁵³ Tähän viitataan myös perintökaaren ruotsalaisissa esitöissä: koska testamentti ei vaikuta päivittäisessä elämässä, voidaan kaupankäynnin intressien vaarantumatta *täysin* pitää yllä vaatimusta, että testamentti tulee tehdä terveellä ja täydellä ymmärryksellä ja vapaasta tahdosta.²⁵⁴

Tämän alaluvun osalta totean tiivistäen, että on ilmeistä, etteivät varallisuusosoikeuden puolella esitetty tahtoteoria ja siihen liittyvä tahtokäsitteen määrittely sellaisenaan tarjoa tyydyttävää teoreettista viitekehystä testamenttioikeuden sääntelyyn erehdysten osalta. Mielenkiintoista on, että testamenttioikeudessa on ilmaisuerehdyksen ja motiivierehdyksen lisäksi nostettu esiin kolmas erehdystyyppi, rauenneet edellytykset eli erehtyminen tulevista tapahtumista. Varallisuusosoikeuden puolella rauenneita edellytyksiä ei ole teoreettisessa kontekstissa nostettu erehdystyyppiksi. Rauenneet edellytykset ja niitä koskeva sääntely tuovat kiinnostavan ja haastavan lisän tarkasteluun testamenttioikeuden oikeustoimen sitovuuden käsityksestä ja erehdyksen merkityksestä. Seuraavassa alaluvussa tarkastelenkin kaikkia kolmea testamenttioikeuden erehdystyyppiä, ilmaisuerehdystä, motiivierehdystä sekä rauenneita edellytyksiä, ja pyrin hahmottelemaan, millainen käsitys tahdosta ja erehdyksestä on perintökaaren sääntelyn taustalla.

4.2 Testamenttioikeudellisen erehdysopin hahmottelua

Edeltävissä pääluvuissa olen käsitellyt motiivierehdystä sekä itsessään että suhteessa ilmaisuerehdykseen ja rauenneisiin edellytyksiin. Tarkasteluiden tuloksena on todettavissa muun muassa, että erehdyslajien kannalta olennaista on testamentin tekijän tahdon, todellisen tai hypoteettisen, selvittäminen. Jos testamentissa ilmaistu tahto ei vastaa testamentin tekijän todellista tai hypoteettista tahtoa, kyseessä on erehdys. Erehdyslaji riippuu siitä, mistä tahdon ja testamentti-ilmaisun vastaamattomuus johtuu.²⁵⁵

²⁵³ Viitataan nyt tahtoteorian kontekstiin. Tahtoteorian ei, kuten edellä on todettu, voida katsoa vastaavan oikeustoimilain sopimuksen syntyä, pätemättömyyttä ja erehdysoppia koskevia ratkaisuja kaikilta osin. Myöskään oikeuskäytäntö ei ole noudattanut tahtoteoreettista ratkaisutapaa.

²⁵⁴ ”Då testamentet icke, på samma sätt som rättshandlingar i levande livet, ingår såsom ett led i den allmänna omsättningen, kan man utan att äventyra säkerheten i handel ochandel *fullt ut* upprätthålla kravet att testamente skall vara gjort med sunt och fullt förstånd och av fri vilja [...]” SOU 1929:22, s. 73. Kursivoinnit omani. – Samansisältöisesti on esittänyt myös Ylöstalo, ks. Ylöstalo 1953, s. 146–147.

²⁵⁵ Ilmaisuerehdyksessä testamentin tekijän todellinen tahto ei vastaa sen ilmaisussa

Erehdyslajeista ilmaisuerehdys ja rauenneet edellytykset korjataan perintökaaren mukaan tulkinnalla, jos testamentin tekijän todellinen tai kontrafaktuaalinen tahto saadaan selville. Jos selvyyttä ei saada, testamenttimääräys jää vaikutuksettomaksi. Erityisesti rauenneiden edellytysten tarkastelu valaisee tässä suhteessa tahtoteoriasta poikkeavaa lähestymistapaa tahdon käsitteeseen. Rauenneiden edellytysten tilanteessa testamentin tekijällä ei ole voinut olla varmaa tietoa tulevaisuuteen kohdistuvasta seikasta: hän on tehnyt oletuksen, joka on osoittautunut vääräksi. Tahtoteorian piirissä tällaiset oletukset vaikuttavat kuuluvan lähinnä ”motiiveihin” eli seikkoihin, jotka edeltävät tahdonmuodostusta, joiden merkityksen oikeustoimen tekijä voi itse vapaasti määrittää ja joista tahto on muodostuttuaan erillinen. Perintökaaren sääntelyssä sen sijaan ratkaisevaa on, onko testamentin toimeenpanon lopputulos sama kuin testamentin tekijän kaikkien oikeiden tietojen pohjalta muodostama tahto. Jos ei ole, testamentti korjataan tulkinnalla vastaamaan tuota tahtoa. Toisin sanoen testamentin kannalta olennaista on kaikkien oikeiden tietojen pohjalta muodostettu tahto. Jos testamentissa annettu ilmaisu ei vastaa tätä selvitettyä tahtoa, korjataan testamentin ilmaisu. Testamentti jää vaikutuksettomaksi vain silloin, jos tahtoa ei saada selville.

Perintökaaren sääntelyssä edellä oleva vaikuttaa kuitenkin koskevan ainoastaan rauenneita edellytyksiä, ei motiivierehdystä. Motiivierehdyksen osalta tarkastelun painopiste on hieman erilainen: olennaista ei ole selvittää kontrafaktuaalisen tahdon sisältöä itsessään, vaan ainoastaan, onko kontrafaktuaalinen tahto eri kuin testamentissa ilmaistu tahto. Jos nämä eroavat toisistaan, testamenttimääräys jää vaikutuksettomaksi pätemättömyyden nimikkeellä.

Vaikka motiivierehdyksen vaikutusmekanismi on erilainen kuin rauenneiden edellytysten, sekin jossain määrin tukee ajatusta, että testamenttioikeudessa olennaista on testamentin sitovuuden osalta testamentin tekijän oikeiden tietojen perusteella muodostama tahto. Tämä tahtokäsitys vaikuttaa olevan yhteinen kaikille Pohjoismaille siitä huolimatta, että motiivierehdys on säädetty testamentin pätemättömyysperusteeksi Suomen lisäksi Ruotsissa, Tanskassa ja Islannissa.²⁵⁶ Itse asiassa, kun tarkastellaan syvemmin syitä, miksi motiivierehdys on Ruotsin laissa otettu pätemättömyysperusteeksi eikä tulkinnalla ratkaistavaksi, kuten muut erehdykset,

käytettyjen sanojen merkitystä. Motiivierehdyksen ja rauenneiden edellytysten osalta tarkastellaan, vastaako testamentissa ilmaistu tahto testamentin tekijän kontrafaktuaalista tahtoa: mitä hän olisi tahtonut, jos hänellä olisi ollut kaikki oikeat tiedot käytettävissään?

²⁵⁶ Lødrup 2003, s. 328.

käy vielä selvemmäksi, että kaikkien erehdysten pohjana on nimenomaan yhtenäinen käsitys tahdosta sitovuusperusteena.

Olennaista erehdysten ratkaisutapojen valinnan kannalta perintökaaresa on mitä ilmeisimmin se, aiheuttaako erehdys lainsäätäjän käsityksen mukaan jokaisessa tapauksessa testamentin jäämisen vaikutuksettomaksi. Ilmaisuerehdys ymmärretään testamentin tulkintakysymykseksi, eikä tulkintakanteen nostamiselle erehdyksen oikaisemiseksi ole asetettu tiettyä määräaika. Ruotsalaisissa esitöissä on otettu kantaa määräajan asettamiseen kanteen nostamiselle, mutta päädytty siihen, ettei määräaika tule asettaa. Perusteluna on todettu, että mahdollisuus vaikutuksettomuuteen on auki aina, kun on mahdollisuuksia tulkintaan ylipäänsä; vaikka ilmaisuerehdys todetaan, se ei väistämättä johda testamentin vaikutuksettomuuteen, joten sitä ei ole perusteltua ottaa kanneajkaan sidottujen moiteperusteiden joukkoon.²⁵⁷

Perintökaaren ruotsalaisissa esitöissä motiivierehdys luetaan rauenneiden edellytysten erityistapaukseksi.²⁵⁸ Motiivierehdys muodostaakin siten tämän näkemyksen mukaan poikkeuksen yleisestä käytännöstä ratkaista rauenneiden edellytysten tilanne tulkinnan avulla. Tulkintaan rauenneiden edellytysten ratkaisumallina on päädytty siksi, ettei minkään ulkoisten olosuhteiden ole katsottu kaikissa tapauksissa väistämättä muodostavan perustetta testamentimääräyksen jättämiselle vaikutuksetta. Rauenneiden edellytysten on siten nähtykin lähinnä antavan hyviä perusteita tietynsisältöiselle tulkintaratkaisulle, mutta niitä koskien ei ole katsottu voitavan muodostaa erityistä vaikutuksettomuusperustetta.²⁵⁹

²⁵⁷ ”[E]nligt beredningens förslag frågan om testaments verksamhet står öppen i samma mån som möjlighet föreligger för testamentstolkning överhuvud. Klanderskyldighet har nämligen funnits böra föreskrivas allenast i sådana fall då en befogad talan leder till att testamentet blir utan verkan. Vid viljefel av förevarande slag är det emellertid icke uteslutet, att det föreliggande förordnandet kan, i trots av felet, upprätthållas genom tolkning, som ingriper uppbyggande och föranleder, att förordnandet får gälla med ett annat innehåll än ordalydelsen utvisar. Möjligheten till tolkning står öppen i alla fall, då testamente genom felskrivning eller eljest till följd av misstag fått annat innehåll än testator åsyftat, och misstag av denna art hava sålunda icke upptagits bland de viljefel, som utgöra grund för testamentets ogiltighet och enlignt särskild föreskrift skola göras gällande genom testamentsklander.” Kursivointi omani. SOU 1929:22, s. 212.

²⁵⁸ ”Frågan om verkan av villfarelse i bevekelsegrunderna utgör en särskild del av det mera omfattande spörsmålet om den rättsliga betydelsen av brister i förutsättningarna för ett testaments verkställande.” SOU 1929:22, s. 321.

²⁵⁹ ”Det är nämligen icke klart, att de yttre förhållanden, som sålunda angivas, i alla förekommande fall verkligen innefatta en brist i förutsättningarna för förordnandet. Man kan svårigen nå längre än att fastslå, att det under särskilda omständigheter finnes grund för en tolkning, enligt vilken testamentets överksamhet må anses överesstämma med testators avsikter.” Kursivointi omani. SOU 1929:22, s. 321–322.

Motiivierehdyksen osalta ruotsalaisen lainsäätäjän näkemys on, että motiivierehdystapauksissa ei tulkinnalla voida saada selville ja vahvistaa testamentin tekijän kontrafaktuaalista tahtoa.²⁶⁰ Kun mahdollisuus korjataan tulkintaan on poissuljettu, ainoa ratkaisu motiivierehdykselle on testamentin jääminen vaikutuksettomaksi. Motiivierehdys on mitä ilmeisimmin otettu moiteperusteeksi siksi, että riittävän olennaisen motiivierehdyksen on katsottu aina aiheuttavan testamenttimääräyksen jäämisen vaikutuksettomaksi.

Toisin sanoen testamentin sitovuus perustuu kaikissa erehdystapauksissa testamentin tekijän oikeisiin tietoihin pohjautuvaan tahtoon. Jos tämä tahto saadaan selville, testamentti toteutetaan aina sen mukaisesti. Jos sitä ei saada selville, testamentti jää vaikutuksettomaksi eli sitomattomaksi. Motiivierehdyksen näennäisesti erilainen ratkaisutapa johtuu lainsäätäjän käsityksestä, ettei testamentin kannalta olennaista tahtoa voida vahvistaa.²⁶¹ Kun ainoa mahdollinen seuraus motiivierehdyksestä on siten testamentin vaikutuksettomuus, on motiivierehdys sijoitettu pätemättömyysperusteiden joukkoon.

Valitun lainsäädäntöratkaisun tätä perustetta ei tosin ole selvästi sanoitettu.²⁶² Guldbergin mukaan ratkaisevat syyt sille, että motiivierehdys on erotettu rauenneista edellytyksistä moiteperusteiden joukkoon, ovat ensinnäkin, että oikeusvarmuuden vuoksi mahdollisimman moni pätemättömyyden potentiaalisesti aiheuttava seikka on haluttu ottaa määrääjässä ratkaistavien moiteperusteiden joukkoon, ja toiseksi, että motiivierehdyksestä, toisin kuin rauenneista edellytyksistä, on aina mahdollista saada tieto moiteajan kulumisen puitteissa – edellytykset voivat raueta vielä moi-

²⁶⁰ ”Såsom testamente kan icke fastställas, vad testator skulle hava förordnat, om någon sådan villfarelse ej förelegat; *mången gång kan icke ens fastslås, att han då överhuvud skulle hava upprättat testamente.*” Kursivointi omani. SOU 1929:22, s. 211.

²⁶¹ Rautiala on esittänyt eri selitystä: hänen mukaansa motiivierehdys on otettu varsinaisten moiteperusteiden joukkoon – vertailukohtina ilmaisuerehdys ja rauenneet edellytykset –, sillä se on näistä erehdystapauksista käytännössä tärkein. Rautiala 1956, s. 137. Itse pidän tätä selitystä epäuskottavana ottaen huomioon perintökaaren 11 lukuun sijoitetut useat rauenneista edellytyksiä koskevat tulkintaohjeet sekä korkeimman oikeuden ratkaisukäytännön, jossa rauenneilla edellytyksillä ja ilmaisuerehdyksillä on huomattavasti näkyvämpi osa kuin motiivierehdyksellä.

²⁶² Lainvalmistelukunta on verrannut perintökaareen valittua ratkaisua oikeustoimilain säännöksiin ja todennut, että ero testamenttilain ja oikeustoimilain välillä koskien motiivierehdyksen vaikutuksia johtuu siitä, että elävien kesken tehtyjen oikeustoimien osalta tiettyjä olennaisia virheitä toimijan tahdossa täytyy jättää sääntelyn ulkopuolelle johtuen vastapuolen luottamuksen suojasta. Lisäksi on todettu, että testamenttien osalta voidaan kaupankäynnin intressien vaarantumatta pitää täysin yllä vaatimusta, että testamentti tulee tehdä terveellä ja täydellä ymmärryksellä ja vapaasta tahdosta. SOU 1929:22, s. 73, 319–320. Perustelussa voidaan nähdä tahtoteorian suuntaisen ajattelutavan vaikutus.

teajan kulumisen jälkeenkin, kun taas motiivierehdys on olemassa jo testamentin tekohetkellä. Nämä perusteet eivät itsessään sulje pois mahdollisuutta, että motiivierehdyksiin voi sisältyä ”korjauskelpoisiakin” erehdyksiä, joiden ei tule aiheuttaa pätemättömyyttä, kuten Guldberg on esittänytkin asian olevan.²⁶³

Mainittuihin perusteisiin sisällyttää motiivierehdys moiteperusteeksi täytynee joka tapauksessa sisältyä taustavaikuttimena oletus, että motiivierehdystä ei voida korjata tulkinnalla. Muutoin pitää kysyä, miksi ilmaisuerehdys, joka myös voi aiheuttaa testamentin vaikutuksettomuuden, jos oikeaa tarkoitusta ei saada selville, ja joka on olemassa testamentin tekemisestä lähtien, ei ole motiivierehdyksen ohella moiteperusteiden joukossa, jotta tällaiset tapaukset saataisiin oikeusvarmuuden vuoksi karsittua mahdollisimman nopeasti pois. Myöskään rauenneista edellytyksistä ei ole luettu moiteperusteiden joukkoon tapauksia, joissa edellytysten raukeaminen on tapahtunut ennen moiteajan päättymistä ja joissa oikeaksi seuraukseksi arvioidaan testamentin jääminen vaikutuksetta. Oikeusvarmuus ei siis ole ollut niin painava peruste, että kaikki mahdolliset vaikutuksettomuuden aiheuttavat seikat tulisi lukea moiteperusteiksi, vaan syynä motiivierehdysten erottelemiselle muista erehdyksistä täytyy olla se käsitys, ettei motiivierehdyksiä voida korjata tulkintateitse.

Yhteenvetona voin todeta, että testamenttioikeudessa on perusteiltaan ja tahtokäsitykseltään yhtenäinen erehdysoppi, joka eroaa varallisuus oikeuden tahtoteoriasta: testamentin sitovuuden perustana on testamentin tekijän oikeiden tietojen perusteella muodostama todellinen tai hypoteettinen tahto, ja jos testamentissa ilmaistu tahto poikkeaa erehdyksen vuoksi tästä tahdosta, tulee testamentin sisällöksi vahvistaa kontrafaktuaalinen tahto, jos sen sisältö saadaan selville, tai jättää testamenttimääräys vaikutuksettomaksi, jos tahtoa ei saada selville. Motiivierehdyksen erilainen ratkaisutapa verrattuna muihin erehdyslajeihin johtuu ruotsalaisen lainsäätäjän kielteisestä käsityksestä kontrafaktuaalisen tahdon selvittämismahdollisuudesta, mitä käsitystä on perustellusti kritisoitu.

²⁶³ Guldberg 1931, s. 199–203.

5 JOHTOPÄÄTÖKSET

Kautta tämän artikkelin on käynyt selväksi, että suomalainen oikeuslähteistö motiivierehdyksiä koskien on niukkaa tai joidenkin kysymysten osalta puuttuu kokonaan. Olen nostanut tutkimuksessani esiin useita motiivierehdyksiin ja motiivierehdyssääntelyyn liittyviä ongelmakohtia. Motiivierehdyistä on joskus vaikeaa tai mahdotonta erottaa muista erehdyksistä, ilmaisuerehdyksestä ja rauenneiden edellytysten tilanteesta. Kuitenkin motiivierehdykset tulee perintökaaren mukaan ratkaista testamentin pätemättömyyskysymyksinä, vaikka muut erehdykset ratkaistaan tulkinnan kautta. Testamentin pätemättömyys aiheuttaa joskus tilanteen, jossa testamentin tekijän kontrafaktuaalisen tahdon toteutuminen on mahdotonta. Tilanteita, joissa testamentin pätemättömyyttä ei ole tutkittu, mutta motiivierehdyksen sisältävä testamentti joudutaan silti toimeenpanemaan, ei ole säännelty lainkaan, eikä niiden ratkaisemiseksi ole saatavissa suoraa tukea muistakaan oikeuslähteistä. Motiivierehdyksen säätäminen testamentin moiteperusteeksi eikä tulkintakysymykseksi on johtunut lainsäätäjän näkemyksestä, jota on Ruotsissa kritisoitu oikeuskirjallisuudessa muun muassa lainvalmistelijoiden itsensä taholta, ja högsta domstolen on ratkaisukäytännössään noudattanut laista poikkeavaa ratkaisumallia.

Tutkimukseni pohjalta on aiheellista kysyä, onko lainsäätäjä oikeassa katsoessaan, ettei motiivierehdyksistä kontrafaktuaalista tahtoa voida saada selville eikä motiivierehdyistä siten voida ratkaista testamenttia tulkitsemalla. Olen alaluvussa 3.2.4 käsitellyt ruotsalaisen oikeuskirjallisuuden ja oikeuskäytännön suhtautumista motiivierehdyksiin ja todennut, että Ruotsissa vakiintuneen näkemyksen mukaan motiivierehdys voidaan korjata testamentin tulkinnalla näyttö- ja sidoskohtavaatimuksia kunnioittaen. Sama käytäntö vaikuttaa vallitsevan kaikissa Pohjoismaissa.

Itse asiassa jo motiivierehdyksen toteaminen edellyttää, että testamentin tekijän kontrafaktuaalinen tahto voidaan suurelta osin saada selville.²⁶⁴ Motiivierehdyksen olennaisuus edellyttää, että testamentin tekijä ei olisi tehnyt kyseisen sisältöistä testamenttia, jos hän ei olisi erehtynyt. Tällöin täytyy voida riittävällä varmuudella vahvistaa, että testamentin tekijän kontrafaktuaalinen tahto on eri sisältöinen kuin testamentissa ilmaistu tahto. Mielestäni on vaikea osoittaa, että testamenttimääräys ei vastaa testamentin tekijän tahtoa ilman, että mainitun tahdon sisältöä saadaan selville. Usein kontrafaktuaalisen tahdon sisältö lienee, kuten lainsäätäjänkin on arvioinut, että testamentin tekijä ei olisi lainkaan tehnyt kyseistä testamentti-

²⁶⁴ Guldberg 1931, s. 201–202.

määräystä. Tahdon sisältö on kuitenkin myös tällöin voitu vahvistaa: testamentin tekijä olisi halunnut noudattaa lakisääteistä perimysjärjestystä tai aiemman testamentin määräyksiä. Lisäksi ruotsalainen oikeuskäytäntö on nostanut esiin tilanteita, joissa testamentimääräyksen vaikutuksettomuus ei vastaa kontrafaktuaalista tahtoa, milloin testamentimääräys tulee voida korjata kontrafaktuaalisen tahdon sisältöiseksi.

Koska mielestäni motiivierehdys – siinä missä muutkin erehdykset testamentissa – voidaan korjata tulkinnalla, olisi loogista siirtää motiivierehdykset rauenneiden edellytysten yhteydessä käsiteltäviksi. Motiivierehdyksen osalta tulee huomata erityisesti, että näyttökynnys testamentin tekijän kontrafaktuaalisesta tahdosta on kohtuullisen korkea, että uuden tulkinnan tulee olla sanarajaperiaatteen mukainen ja että vaikutuksettomuus on usein motiivierehdyksen seuraus. Testamentin moite on joutamaton ratkaisukeino: testamentimääräyksen voimaan jääminen tai kumoaminen ovat ainoat vaihtoehdot, ja tuomioistuimien saattaa joutua toteamaan, että kumoaminen vastaa *paremmin* testamentin tekijän tahtoa, vaikka kumpikaan ratkaisu ei vastaa sitä kovin hyvin. Lisäksi määräajassa nostettu moitekanne on perillisen ainoa oikeussuojakeino, eikä pesänjakaja voi ratkaista kysymystä motiivierehdyksen vaikutuksesta testamentin toimeenpanoon, vaan perinnönjaossa tulee odottaa moiteoikeudenkäynnin lopputulosta. Tulkinnalla motiivierehdyksen rasittama määräys olisi monipuolisemmin korjattavissa vastaamaan testamentin tekijän tahtoa. Tällöin välttyttäisiin myös siltä, että testamentin toimeenpanon lopputulos vaihtelee perusteettoman paljon johtuen suhteellisen satunnaisesta aikakriteeristä, joka erottaa rauenneita edellytyksiä motiivierehdyksestä. Samalla hankala kysymys osittaispätymättömyydestä poistuisi, kun testamentin kokonaisuus sisältö ratkeaisi tulkinnan kautta. Lisäksi voitaisiin välttyä kaksinkertaisen oikeudenkäynnin rasituksilta, kun perillisen oikeussuojakeinoksi riittäisi pesänjakajan tekemän perinnönjakopäätöksen moittiminen. Tällainen ratkaisumalli edistäisi myös lainsäädännön yhtenäisyyttä Pohjoismaiden kesken.

Toki ehdottamani kaikkien erehdysten yhtenäisen ratkaisumallin toteuttamiseen liittyy myös haasteita. Kun ero motiivierehdyksen ja rauenneiden edellytysten välillä poistuisi, saattaisi tulla ratkottavaksi muita haastavia rajanvetoja. Jouduttaisiin esimerkiksi pohtimaan, tulisiko erehtymisen ja testamentin tekijän erehdyttämisen välille tehdä eroa – nykyisessä lainsäädännössä petos ja erehtyminen kuuluvat molemmat motiivierehdykset päätymättömyysperusteen piiriin eikä niitä ole ollut tarpeen eritellä. Samaten haasteita voisi syntyä siitä, että tietoinen erehdyttäminen tai erehdyksen hyväksikäyttö saattaa esiintyä esimerkiksi taivuttelun osana. Toisaalta

uskon itse, että tyydyttävä lopputulos voitaisiin saavuttaa ottamalla asianmukaisesti huomioon testamenttia sekä moitittaessa että tulkittaessa testamentin tekijän kontrafaktuaalinen tahto sekä tuon tahdon osalta riittävän korkea näyttökynnys ja vaatimus riittävästä sidoskohdasta testamentin sanamuotoon.

Joka tapauksesta pidän suotavana suomalaista oikeustieteellistä keskustelua motiivierehdyksen ja testamentin tulkinnan välisestä vuorovaikutuksesta. Olkoonkin, että motiivierehdystapaukset vaikuttavat olevan suhteellisen harvinaisia käytännön oikeuselämässä, testamentin tekijän tahdon tulkinnalla on perustavanlaatuinen merkitys testamentin erehdysten ratkaisemisessa. Tämän artikkelin puitteissa minulla on ollut mahdollisuus esittää vain alustava hahmotelma testamenttioikeudellisesta erehdysopista. Kattavamman kuvan saaminen testamenttieroehdyksistä edellyttää laajempaa tutkimusta, jossa myös ilmaisuerehdykset ja rauenneiden edellytysten tilanteet ovat tasapainoisesti mukana.

LÄHTEET

Kirjallisuus

- Aarnio, Aulis, Erehdyksen ja vastuun kohtalonyhteys. *Lakimies* 2/2002, s. 219–223.
- Aarnio, Aulis, Testamentin tekijän taivuttelusta. *Defensor Legis* 4/2004, s. 559–574.
- Aarnio, Aulis – Kangas, Urpo, Suomen jäämistöoikeus II: Testamenttioikeus. 5., uudistettu painos. Talentum 2015.
- Aarnio, Aulis – Kangas, Urpo, Suomen jäämistöoikeus I: Perintöoikeus. 6., uudistettu painos. Talentum 2016.
- Adlercreutz, Axel, Verkan av felaktiga förutsättningar vid testamente. *SvJT* 1/1959, s. 65–82.
- Agell, Anders, Testamentsrätt: en lärobok om rättshandlingar för dödsfalls skull. 3. upplagan. Iustus 2003.
- Aho, Matti L., Varallisuusoikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 1968.
- Boström, Viola, Tolkning av testamente. Juridiska institutionen, Umeå Universitet 2003.
- Ekeberg, Birger – Guldberg, Harry, Den nya testamentslagen jämte dithörande författningar med förklaringar. Norstedt 1931.
- Guldberg, Harry, Om bristande förutsättningar vid testamente. Några anteckningar i anslutning till testamentslagens ogiltighetsregler. I ”Festskrift tillägnad Presidenten Juris doktor Herr Friherre Erik Marks von Württemberg den 11 maj 1931 av nordiska jurister”. *Svensk juristtidning*, Stockholm 1931.
- Guldberg, Harry: Några spörsmål rörande testamenterisk ändamålsbestämmelse. *SvJT* 1/1934, s. 113–126.
- Hakulinen, Y. J., Lain tai hyvän tavan vastainen ehto testamentissa, s. 104–112 teoksessa Erma, Reino – Heikonen, A. R. – Ikkala, A. K. – Rekola, Aarne (toim.), Toivo Mikael Kivimäki 1886-5/6-1956: Juhlajulkaisu. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 1956.
- Kolehmainen, Antti – Rabinä, Timo, Jäämistösuunnittelu. Talentum 2012.
- Hyvönen, Katja, KKO 2018:78 – Keskinäisen testamentin toissijaismääräyksen raukeaminen avioeron johdosta. *Lakimies* 2/2019, s. 267–279.
- af Hällström, Erik, Om villfarelse såsom divergens mellan vilja och förklaring vid rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Helsingfors 1931.
- Kangas, Urpo, Lahja. *Suomen lakimiesliiton kustannus* 1993.
- Kangas, Urpo, Testamentin tekijän taivuttelu testamentin moiteperusteena. *Defensor Legis* 2/2015, s. 264–280.
- Kivimäki, T. M. – Ylöstalo, Matti, Suomen siviilioikeuden oppikirja: yleinen osa. 4., lyhennetty painos. WSOY 1981.
- Lenkkeri, Roope, Testamentin kielifilosofisesta tulkinnasta. *Oikeustiede–Jurisprudentia* XXXV 2002, s. 343–408.
- Lohi, Tapani, Legaatinsaajan oikeusasemasta. Talentum 2011.
- Lohi, Tapani, Koskeeko testamentin tulkintakannetta kohtuullisen ajan sääntö? – KKO 2017:49. *Lakimies* 1/2018, s. 131–142.

- Lødrup, Peter, Nordisk arverett. Nordisk Ministerråd 2003.
- Mahkonen, Sami, Testamentti ja leskelle suojeva tulkinta-asetus. *Lakimies* 5/1987, s. 513–528.
- Mikkola, Tuulikki, Dynaaminen testamentti osana kansainvälisen perittävän jäämistösuunnittelua. *Defensor Legis* 6/2014, s. 868–880.
- Mäkelä, Juha, Sopimus ja erehdys: Sopimusoikeudellinen tutkimus oikeuserehdyksestä valinnanvapauden teorian näkökulmasta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2010.
- Norri, Matti, Perittävän tahdon tulkinnasta. *Defensor Legis* 2/2005, s. 341–348.
- Norri, Matti, Perintö ja testamentti. Käytännön käsikirja. 7., uudistettu painos. Alma Talent 2017.
- Rautiala, Martti, Testamentin tekemisestä ja pätemättömyydestä. Perintökaaren uusitun 16 luvun selitykset. Suomen lakimiesliiton kustannus 1956.
- Rautiala, Martti, Uusi perintökaari pääpiirteittäin. 4. painos. Suomen lakimiesliiton kustannus 1971.
- Saarenpää, Ahti, Edunvalvonta, jäämistö ja jäämistösuunnittelun mahdollisuudet, s. 305–328 teoksessa Tepora, Jarno – Tulokas, Mikko – Vihervuori, Pekka – Halila, Heikki, Juhlajulkaisu Juhani Wirilander 1935 – 30/11 – 2005. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2005.
- Salminen, Sakari, Testamentin tulkinta; yleistestamentin raukeaminen avioliiton purkamisen johdosta. *Oikeustieto* 1/2005, s. 11–15.
- Tammi-Salminen, Eeva, Muutosäännösten tulkinta ja KKO 2011:32 – yhden ongelman täsmäratkaisu vai laajempi linjaus? *Lakimies* 6/2012, s. 839–860.
- Telaranta, K. A.: Erehdys oikeustoimiopin perusongelmana. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1960.
- Timonen, Pekka, Väittämis- ja todistustaakkasäännösten merkitys testamentin tulkintaprosessissa. *Oikeustiede–Jurisprudentia* 1988, s. 327–372.
- Walén, Gösta, Kommentar till Ärvdabalken. Del 1 (1–17 kap.) Arv och testamente. 5. upplagan. Norstedts Juridik 2000.
- Walén, Gösta – Lind, Göran, Ärvdabalken. En kommentar. Del 1 (1–17 kap.) Arv och testamente. Sjunde upplagan. Wolters Kluwer 2016.
- Wrede, Axel, Anteckningar i civilrätt enligt professor R. A. Wredes föreläsningar öfver ärfda balken. Helsingfors 1890.
- Ylöstalo, Matti, Testamentinmoitteesta. WSOY 1953.
- Ylöstalo, Matti, Testamentin tulkinnasta. WSOY 1954.
- Zimmermann, Reinhard, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Clarendon Press 1996.
- Ämmälä, Tuula, Avioliitto. Omaisuuden ositus. Perintö. Perinnönjako. Erehdys. *Defensor Legis* 11–12/1991, s. 91–105.
- Ämmälä, Tuula, Sopimuksen pätemättömyyden korjaantumisesta: oikeustoimilain pätemättömyysperusteita koskeva tutkimus. Suomen lakimiesliiton kustannus 1993.
- Virallislähteet
- HE 94/1952 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi perintökaaren 16 luvun muuttamisesta.
- HE 6/1964 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle perintölainsäädännön uudistamisesta.

KM 1962 N:o 7 / Perintölakitoimikunnan mietintö.

Lakivaliokunnan mietintö 5/1953. Lakivaliokunnan mietintö N:o 5 hallituksen esityksen johdosta laiksi perintökaaren 16 luvun muuttamisesta.

LVK 1935:2. Ehdotus perintö- ja testamenttilainsäädännön uudistamiseksi perusteluineen.

LVK 1938:5. Ehdotus hallituksen esitykseksi eduskunnalle perintölaiksi sekä siihen liittyvä lainvalmistelukunnan mietintö.

LVK 1952:4. Ehdotus hallituksen esitykseksi eduskunnalle laiksi perintökaaren 16 luvun muuttamisesta.

LVK 1955:1. Ehdotus hallituksen esitykseksi eduskunnalle perintö- ja testamenttilaiksi.

Lagberedningens förslag till revision av ärvdabalken III. Förslag till lag om testamente m.m. SOU 1929:22.

Tuomioistuinten työtilastoja vuodelta 2014. Oikeusministeriön julkaisu 23/2015. Tekijät Raimo Ahola, Ari Pajuniemi ja Sami Pajukangas. <http://urn.fi/URN:ISBN:978-952-259-449-5>, haettu 28.6.2021.

Tuomioistuinten työtilastoja vuodelta 2015. Oikeusministeriön julkaisu 10/2016. Tekijät Raimo Ahola, Ari Pajuniemi ja Sami Pajukangas. <http://urn.fi/URN:ISBN:978-952-259-502-7>, haettu 28.6.2021.

Tuomioistuinten työtilastoja vuodelta 2016. Oikeusministeriön julkaisu 19/2017. Tekijät Raimo Ahola, Ari Pajuniemi ja Sami Pajukangas. <http://urn.fi/URN:ISBN:978-952-259-579-9>, haettu 28.6.2021.

Tuomioistuinten työtilastoja vuodelta 2017. Oikeusministeriön julkaisu 11/2018. Tekijät Raimo Ahola, Ari Pajuniemi ja Sami Pajukangas. <http://urn.fi/URN:ISBN:978-952-259-686-4>, haettu 28.6.2021.

Tuomioistuinten työtilastoja vuodelta 2018. Oikeusministeriön julkaisuja, Toiminta ja hallinto 2019:8. Tekijät Raimo Ahola, Ari Pajuniemi ja Sami Pajukangas. <http://urn.fi/URN:ISBN:978-952-259-745-8>, haettu 28.6.2021.

Tuomioistuinten työtilastoja vuodelta 2019. Oikeusministeriön julkaisuja, Toiminta ja hallinto 2020:4. Tekijät Ari Pajuniemi, Sami Pajukangas ja Satu Korpela. <http://urn.fi/URN:ISBN:978-952-259-912-4>, haettu 28.6.2021.

Tuomioistuinlaitoksen vuositilastot 2020. Tuomioistuinviraston sähköinen julkaisu. <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjc3ZjhmYzMtNTY1ZC00MDQ3LTk2MT-UtNzd1MjIyYyVWVmMTY2IiwidCI6IjdlMTRkZmE0LWMwZmMtNDcyN-S05ZjAOLTc2YTQ0M2RIYjA5NSIsImMiOjh9>, haettu 28.6.2021.

OIKEUSTAPAUKSET

Korkein oikeus

KKO 1929 II 52	KKO 1982 II 24
KKO 1934 II 492	KKO 1982 II 43
KKO 1934 II 540	KKO 1985 II 58
KKO 1936 II 72	KKO 1987:37
KKO 1938 II 28	KKO 1991:8
KKO 1938 II 551	KKO 1991:19
KKO 1939 I 33	KKO 1992:24
KKO 1940 II 189	KKO 1992:84
KKO 1940 II 225	KKO 1992:197
KKO 1945 I 31	KKO 1993:2
KKO 1946 II 276	KKO 1993:64
KKO 1947 II 184	KKO 1997:156
KKO 1948 II 244	KKO 2000:121
KKO 1948 II 374	KKO 2002:23
KKO 1950 II 72	KKO 2004:8
KKO 1950 II 156	KKO 2010:54
KKO 1961 II 83	KKO 2011:32
KKO 1961 II 139	KKO 2011:57
KKO 1968 II 33	KKO 2012:103
KKO 1969 II 77	KKO 2014:18
KKO 1969 II 105	KKO 2016:60
KKO 1972 II 66	KKO 2017:49
KKO 1978 II 49	KKO 2018:78
KKO 1978 II 96	KKO 2019:27

Korkein hallinto-oikeus

KHO 2009:104

Hovioikeudet

Helsingin hovioikeuden ratkaisu tuomio nro 530 asianro S 94/ 2034 antopäivä 1.2.1996.

Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisu tuomio nro 131 asianro S 01/979 antopäivä 30.1.2003.

Kouvolan hovioikeuden ratkaisu tuomio nro 74 asianro S 90/222 antopäivä 29.1.1992.

Rovaniemen hovioikeuden ratkaisu tuomio nro 0900 asianro S 98/265 antopäivä 23.12.1999.

Högsta domstolen

NJA 1930 s. 78
 NJA 1932 s. 502
 NJA 1935 s. 1
 NJA 1935 s. 316
 NJA 1937 s. 345
 NJA 1937 s. 401
 NJA 1940 s. 88
 NJA 1940 s. 174
 NJA 1940 s. 302
 NJA 1940 s. 615
 NJA 1942 s. 265
 NJA 1947 s. 457
 NJA 1948 s. 317
 NJA 1948 s. 768
 NJA 1949 s. 672
 NJA 1950 s. 483
 NJA 1950 s. 488
 NJA 1951 s. 732
 NJA 1957 s. 764
 NJA 1963 s. 11
 NJA 1963 s. 526
 NJA 1985 s. 597
 NJA 1991 s. 152

LYHENTEET

DL	Defensor Legis
HD	högsta domstolen, Ruotsin korkein oikeus
HE	hallituksen esitys
HO	hovioikeus
KKO	korkein oikeus
KM	komiteamietintö
LM	Lakimies
LVK	lainvalmistelukunta
NJA	Nytt juridiskt arkiv
OikTL	laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista, oikeustoimilaki (228/1929)
OK	oikeudenkäymiskaari (4/1734)
PK	Suomen perintökaari (40/1965)
SOU	statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
ÄB	ärvdabalk (1958:637), Ruotsin perintökaari

ERROR IN MOTIVIS IN TESTAMENTS

The study examines three central aspects of *error in motivis* in testaments in the Finnish Code of Inheritance. These three themes form the structure of the study, and determine the methods used.

Firstly, I examine how *error in motivis* can be defined and recognized. In the Code of Inheritance *error in motivis* is described as "the testator had in other respects erred in a manner that had decisively influenced his or her wishes" (Code of Inheritance, chapter 13, section 1). *Error in motivis* concerns the formation of the testator's will or volition: the testator has a false impression of a fact that has decisive importance to the testator, and this false impression influences the testamentary provisions. Due to this false impression, the execution of the testament will not correspond with the outcome the testator would have preferred if they had not erred.

I also compare *error in motivis* to two other kinds of mistakes recognized by the Code of Inheritance, namely, to erroneous expression and to situations when the testator has made wrong assumptions about future occurrences (e.g. a designated beneficiary has not outlived the testator). I describe the challenges of recognizing and separating the different types of mistakes in a testament. The difference between *error in motivis* and an erroneous expression is that, in the latter, the mistake only concerns an incorrect expression of the testator's will, which can be caused by a variety of reasons ranging from typographical errors to confusing the meaning of legal phrases. *Error in motivis* also differs from other kinds of false assumptions in that *error in motivis* exists from the moment the testament is made (i. e. the false impression is of a past or present fact), whereas false assumptions concern future events and can be proven false only after the testament is made. In theory, these three types of mistakes can be clearly defined but recognizing them and differentiating between them in practice may prove difficult or impossible. Deciding which mistake is present may depend on who is assessing the situation.

Secondly, I examine how *error in motivis* affects the execution of a testament in three different scenarios: when a testament is contested by heirs, when a valid testament is construed, and when beneficiaries disagree on the validity of a testament or some of its provisions. A testament can be, according to the Code of Inheritance, declared invalid if it contains an *error in motivis*. For this to happen, the heirs must prove that the error has decisively influenced the will of the testator: the testator would have made a different will if the *error in motivis* had not occurred. It is vital to prove that the testator's impression has been false and provide evidence of its

contents. If the testator, at a later point after the testament is made, becomes aware of the *error in motivis*, the testator's actions concerning the testament, or possible changes made thereto, may have crucial importance.

Error in motivis can affect the construing of a testament especially if the testament has not been contested e.g. because the period for contesting has expired. This scenario is similar to a dispute between beneficiaries. However, there is no legislation nor legal praxis in Finland concerning the matter, and it has not been discussed in legal scholarship. In Sweden, legislation and legal praxis are contradictory on this matter, but scholars in general seem to agree with legal praxis on that *error in motivis* can be remedied through the construing of the testament, and that the testament should be executed in accordance with what the testator would have wished in the absence of the *error in motivis*. In Sweden, *error in motivis* is seen as a case of false assumptions, and it should be solved similarly. I agree with the Swedish scholars and suggest adopting a similar doctrine in Finland.

Thirdly, I analyse the theoretical context of the legislation of *error in motivis* in the Code of Inheritance and compare it to the doctrines of error developed in property law and especially to the theory of volition. The theory of volition, originally developed in property law, has been generally regarded as the theoretical context for testaments as well. However, the doctrine of error in the theory of volition differs from the legislation of *error in motivis* in the Code of Inheritance, particularly in that in the Code of Inheritance, *error in motivis* is a cause for invalidity of a testament, whereas in the theory of volition *error in motivis* should have no impact on the validity of a contract. Against this background, I briefly outline a doctrine of error in a testament based on a definition of the will of the testator differing from the notion of will present in the theory of volition.

In conclusion, I analyse the findings of the study and present some suggestions on how to solve the legal problems discovered. In general, I would prefer removing *error in motivis* as a legal cause for contesting a testament and combining all the types of errors discussed as problems that are to be solved through construing the testament.

Eeva-Maija Kalkela – Kai Kotiranta

**TODENNÄKÖISESTI JA
VÄLINPITÄMÄTTÖMÄSTI –
SEURAUSTAHALLISSUUDEN
MÄÄRITTELYÄ SUOMALAISEN
JA RUOTSALAISEN
OIKEUSKÄYTÄNNÖN VALOSSA**

Sisällys

1	JOHDANTO	233
2	TAHALLISUUSTEORIAM NYKYMUODOSSAAN.....	235
2.1	Todennäköisyystahallisuus Suomessa	235
2.2	Välinpitämättömyystahallisuus Ruotsissa	239
2.3	Teorioiden lähentyminen	247
3	TEORIOISTA KÄYTÄNTÖÖN.....	248
3.1	Teräaseella tehdyt teot	248
3.1.1	Teräaseet ja todennäköisyystahallisuus.....	249
3.1.2	Teräaseet ja välinpitämättömyys	254
3.1.3	Yhteenvetoa teräaseella tehtyjen tekojen arvioinnista	258
3.2	Ampuma-aseella tehdyt teot.....	259
3.2.1	Ampuma-aseet ja todennäköisyys.....	261
3.2.2	Ampuma-aseet ja välinpitämättömyys.....	263
3.2.3	Yhteenvetoa ampumistapausten arvioinnista	265
3.3	Muita tekotapoja	266
3.3.1	Todennäköisyys ilman tekovälinettä	267
3.3.2	Välinpitämättömyys ilman tekovälinettä.....	274
3.3.3	Yhteenvetoa muiden tekotapojen arvioinnista	280
4	KOKOAVIA HAVAINTOJA OIKEUSTAPAUKSISTA	281
4.1	Todennäköisyystahallisuus	284
4.2	Välinpitämättömyystahallisuus.....	287
4.3	Kysymys affektista	289
5	JOHTOPÄÄTÖKSET	292
	LÄHTEET.....	296
	OIKEUSTAPAUKSET.....	297
	LYHENTEET.....	299
	ABSTRACT.....	299

Todennäköisesti ja välinpitämättömästi – seuraustahallisuuden määrittelyä suomalaisen ja ruotsalaisen oikeuskäytännön valossa

1 JOHDANTO

Tahallisuus on rikosoikeuden keskeisimpiä ja tärkeimpiä subjektiivisia tunnusmerkistöelementtejä. Teko on rangaistava rikoksena vain, jos se on tehty tahallisesti, ellei kriminalisointi kata myös tuottamuksellista teko-muotoa. Tahallisuuden määrittely on sekä suomalaisen että ruotsalaisen rikosoikeustieteen ydinkysymyksiä.

Suomalaisia ja ruotsalaisia tahallisuusmalleja vertailtaessa on tavallises-ti kiinnitetty huomiota mallien painotuseroihin. Kotimaiseen lainsäädän-töön kirjattu tahallisuuden määritelmä painottaa ihmiskäyttäytymiseen liittyviä tiedollisia elementtejä. Ruotsissa oikeuskäytännössä ja oikeus-kirjallisuudessa kehittynyt tahallisuusmääritelmä keskittyy ennemminkin ihmiskäyttäytymistä ohjaaviin tahdonmuodostuksellisiin seikkoihin ja tekijän suhtautumiseen. Erilaisista painotuksista huolimatta Suomen ja Ruotsin rikoslainsäädännön tahallisuuskäsitteiden eroja ei ole pidetty ko-vinkaan suurina. Se, että tekijä on pitänyt seurauksen syntymistä varsin todennäköisenä ja toiminut tästä huolimatta, voi viitata siihen, että tekijä on suhtautunut seurauksen syntymiseen välinpitämättömästi. Tekijän käsi-tys seurauksen syntymisen todennäköisyydestä ei kuitenkaan yksin osoita tekijän suhtautuneen seuraukseen välinpitämättömästi, vaan välinpitämät-tömyydestä vaaditaan lähtökohtaisesti muutakin näyttöä.¹

* Artikkelin perustuu OTM Eeva-Maija Kalkelan osalta Lapin yliopistossa hyväksytyyn maisteritutkielmaan Eeva-Maija Kalkela, Todennäköisyys ja välinpitämättömyys. Seuraus-tahallisuuden alin aste suomalaisessa ja ruotsalaisessa oikeuskäytännössä, Lapin yliopisto 2020, joka on julkaistu yliopiston sähköisessä julkaisuarkistossa <https://lauda.ulapland.fi/handle/10024/64541>.

¹ Ks. Ulväng 2008, s. 643, 664.

Tässä kirjoituksessa tarkastellaan seuraustahallisuuden määrittymistä erityisesti Suomen ja Ruotsin oikeuskäytännön ja siitä tehtävien johtopäätösten valossa. Metodisesti tarkastelu on suoritettu analysoimalla ja vertailemalla kummankin maan tarkastelun aihepiirin kannalta merkityksellistä oikeuskäytäntöä. Vertailua on tehty pääasiassa henkeen ja terveyteen kohdistuvien rikosten tyyppitapausten avulla. Lähdeaineistona on käytetty erityisesti hovioikeustasoisia ratkaisuja vuosilta 2014–2019. Tällöin tarkasteluajanjakson alusta on kulunut noin vuosikymmen Suomen rikoslain kokonaisuudistuksen voimaan tulemisesta ja vastaavasti Ruotsin korkeimman oikeuden (Högsta Domstolenin) ratkaisuksista, joilla muutettiin tahallisuuden alarajan tulkintaa. Tässä ajassa molemmissa maissa on ehtinyt muodostua riittävästi vertailuaineistoa mielekkään analyysin perustaksi.

Vaikka hovioikeustasoisien ratkaisujen oikeuslähdeopillinen asema on muodollisesti (ja perinteiseksi mielletyn oikeuslähdeopin mukaisesti) korkeimman oikeuden ennakkoratkaisuja heikompi, muodostavat ne tosiasiallisesti valtaosan lainvoimaiseksi jäävistä ratkaisuksista, ja siksi hovioikeustasoisien ratkaisuiden tosiasiallinen asema ja merkitys oikeuslähteenä sekä niiden tosiasiallinen ohjausvaikutus ovat usein lainkäytössä muodolliseksi miellettyä asemaansa merkittävämpiä.

Kirjoituksen tarkoituksena on analysoida, onko seuraustahallisuuden arviointi Suomessa ja Ruotsissa lähentynyt käytännöntasolla, vaikka tahallisuusmallien lähtökohdat ovat erilaiset, ja mitkä – jos mitkään – ovat todennäköisyystahallisuuden ja välinpitämättömyystahallisuuden merkittävimmät erot. Yhtäläisyyksiä ja eroja tarkastelemalla pyritään myös arvioimaan, millaiseksi mallien tulkinta on käytännössä muodostunut ja olisiko malleissa vielä kehittämisenvaraa.

Kirjoitus muodostuu viidestä pääluvusta. Johdantoluvun jälkeen käsitellään tahallisuusteorioita. Kolmannessa luvussa tahallisuusteorioita arvioidaan sovellettavan oikeuskäytännön perusteella. Neljännessä kappaleessa esitetään täsmennetysti oikeuskäytännön perusteella tehtäviä kokoavia havaintoja. Kirjoituksen lopuksi esitetään johtopäätöksiä.

2 TAHALLISUUSTEORiat NYKYMUODOSSAAN

2.1 Todennäköisyystahallisuus Suomessa

Rikoslain (19.12.1889/39) 3 luvun 6 § ilmaisee suomalaisen todennäköisyystahallisuuden määritelmän. Sen mukaisesti:

”Tekijä on aiheuttanut tunnusmerkistön mukaisen seurauksen tahallaan, jos hän on tarkoittanut aiheuttaa seurauksen taikka pitänyt seurauksen aiheutumista varmana tai varsin todennäköisenä.”

Lain esitöissä ilmaisun ”varsin todennäköisen” sisältöä täsmennettiin seuraavasti:

”[...] seuraus X on varsin todennäköinen, milloin tekijä pitää sitä kahdesta vaihtoehdosta (X ja ei-X) uskottavampana eli lähtee siitä, että pikemmin X kuin ei-X.”²

Edellä mainitun lisäksi ilmaisun ”varsin todennäköinen” vahvistettiin tarkoittavan samaa kuin korkeimman oikeuden prejudikaateissa.³ Toisaalta termi valikoitui, koska parempaakaan ei ollut käytettävissä. Kritiikki tahallisuusvastuun objektivoitumisen riskeistä otettiin hallituksen esityksessä vakavasti, mutta samalla korostettiin, että todennäköisyydellä tarkoitetaan subjektiivista eikä objektiivis-tilastollista arviota⁴. Todennäköisyys ei tahallisuutta arvioitaessa ole tilastomatematiikkaa, vaan sillä tarkoitetaan tekijän arkista käsitystä siitä, kuinka uskottavana tämä on seurauksen syntymistä pitänyt. Kyse on tekijän näkökulmasta tekohetken tilanteessa tehdystä arviosta, ja tekijällä tulee olla asiasta todellinen käsitys. Riittävää ei siis ole se, että tekijän *olisi pitänyt tietää* tunnusmerkistön täyttymisen todennäköisyydestä.⁵ Käytettävissä olevista termeistä *uskottavuuden* tunnustettiin olevan ainakin jossain määrin todennäköisyyttä parempi, mutta koska tätä pidettiin syyksiluettavuuspohtiskelujen kannalta outona ja koska

² Ks. HE 44/2002 vp, s. 85. Ilmaisulla on tarkoitus kytkeä tahallisuusvastuu alkavaksi pisteestä, jossa tekijä pitää seurauksen syntymistä todennäköisempänä kuin sen syntymättä jäämistä. Jos molemmat vaihtoehdot ovat tekijälle yhtä uskottavia, tekoa ei voida pitää tahallisenä. Tekijä, joka lähtee mielessään siitä, että seuraus pikemmin syntyy kuin jää syntymättä, ottaa tällaisen seurauksen tekosuunnitelmassaan siinä mielessä vakavasti, että myös tuohon seuraukseen liitetty ankarampi tekijän motivointiin tähtäävä rangaistusuhka on kriminaalipoliittisesti perusteltavissa.

³ Ks. HE 44/2002 vp, s. 87.

⁴ Ks. HE 44/2002 vp, s. 84.

⁵ Ks. HE 44/2002 vp, s. 87–88.

pohjoismainen oikeuskäytäntö oli jo omaksunut todennäköisyysilmaisun ongelmitta, ei termiä muutettu.⁶

Rikoslakikomitea ei mietinnössään perustanut tahallisen teon moittivuutta tekijän suhtautumiseen vaan totesi, että laki tulisi laatia sellaiseksi, että se rankaisee tekijää yksinomaan *tämän käyttäytymisen moittivuuden* perusteella. Käyttäytyminen puolestaan voitaisiin katsoa sitä moittavamaksi, mitä varmemmin sen voitiin olettaa johtavan kiellettyyn seuraukseen. Teon paheksuttavuutta arvioitaessa tulisi huomioida myös tekijän tosiasiallinen valinnanvapaus ja tämän yksilökohtainen kyky säädellä käyttäytymistään. Komitea katsoi, että oikeusturvan ja siihen liittyvän ennustettavuuden vaatimuksen nojalla jokaisen on voitava tietää ja päätellä, min-kälaisesta käyttäytymisestä saattaa seurata yhteiskunnan virallinen paheksunta ja haitallisia oikeusseuraamuksia.⁷

Ennen lainsäädännön uudistushankkeita tahallisuuden alin aste perustui positiiviseen tahtoteoriaan, joka on kirjallisuudessa yleensä esitetty nk. *Frankin*⁸ *toisen kaavan* avulla: ”Olkoonpa, että tekoni johtaa mieltämäni oikeudenloukkaukseen, ryhdyn siihen kuitenkin.” Hyväksyvä tai välinpitämättömän suhtautuminen viittasi tahalliseen tekoon, torjuva asenne puolestaan tuottamukselliseen. Suhtautumisen laadun selvittämisessä saatettiin käyttää hypoteettiseen tahtoteoriaan omaksuttua nk. *Frankin ensimmäistä kaavaa*: olisiko tekijä tehnyt, kuten teki, jos olisi ollut varma oikeudenloukkauksen syntymisestä? Tähän hypoteettiseen kokeeseen vastaus saatiin tekijän aiemmasta käyttäytymisestä. Rikoslakikomitea katsoi kuitenkin positiivisen tahtoteorian vaarantavan oikeusvarmuutta, sillä siihen liittyi liikaa päättelyä ja oletamia tekijän teonhetkisistä ajatuksista.⁹

Rikoslakiprojektin viimeiseen, rikoslain yleistä osaa koskeneeseen ehdotukseen sisältyi tahallisuuden määritelmä, jossa yhdistettiin yksinkertainen todennäköisyystahallisuus ja positiivinen tahtoteoria. Sen mukaisesti tahallisuusvaatimus täyttyy, milloin rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen vastaa sitä, mitä tekijä teon hetkellä on 1) tarkoittanut, 2) pitänyt varmana tai varsin todennäköisenä tai 3) pitänyt varteenotettavana mahdollisuutena, milloin menettelyn on katsottava osoittavan hänen hyväksyneen tunnusmerkistön toteutumisen.

⁶ Ks. HE 44/2002 vp, s. 85.

⁷ Ks. KM 1976:72, s. 49, 59–60, 97.

⁸ Reinhard Frank (1860–1934) oli saksalainen oikeustieteilijä.

⁹ Ks. KM 1976:72, s. 110. Komitea piti arveluttavana sitä, että tekijän voitaisiin todeta aiheuttaneen tahallaan sellaisen seurauksen, jota hän ei ole tavoitellut tai jonka toteutumista hän on pitänyt erittäin epätodennäköisenä.

Pykäläehdotuksen 3 kohdan suurimpana ongelmana pidettiin näyttökysymyksiä. Korkein oikeus huomautti lausunnossaan, että koska pelkkä menettelyn jatkaminen ei perustelujen mukaan riittäisi vaadittavan tahdonsuuntauksen näyttämiseen vaan hyväksymisellä olisi itsenäinen merkitys, olisi tekijän teonhetkisten mielenliikkeiden toteennäyttäminen mahdotonta muutoin kuin tekijän toiminnasta tehtävin johtopäätöksin. Vaihtoehdoisen kriteerin soveltamistilanteita ei perusteluissa myöskään ollut yksilöity, ja ehdotettu säännös voisi korkeimman oikeuden lausunnon mukaan johtaa näyttö- ja soveltamisalaongelmien lisäksi ratkaisukäytännön yhtenäisyyden hajoamiseen.¹⁰

Todennäköisyystahallisuuden määritelmää kritisoiitiin rikoslain yleisten oppien uudistamisen yhteydessä siitä, että tahallisuuden arviointi muodostuisi täysin erilaiseksi kuin mitä säännöksessä on tarkoitettu. Lain mukaan arvioinnin tulisi perustua subjektiiviseen aineistoon, mutta koska luotettavaa tietoa tekijän mieltämisestä ja tahdonsuuntauksesta ei ole saatavilla, on arvioinnissa tukeuduttava objektiivisesti havaittavissa oleviin seikkoihin, kuten teon laatuun tai tekijän käyttäytymiseen. Lainkäytön näkökulmasta parempana olisi pidetty säännöstä, jossa olisi selvitetty tahallisuuden arvioinnin näkökulmaa ja arvioinnissa huomioonotettavia seikkoja realistisesti.¹¹

Myös Matikkala on huomauttanut, että oikeuskäytännössä ”varsin todennäköisen” on katsottu tukevan kulloinkin valittua sisältöä ja ettei siitä ole takeita, että ”varsin todennäköisellä” olisi aiemmassa prejudikatuurissa tarkoitettu juuri yksinkertaista todennäköisyystahallisuutta. Matikkalan mukaan lainsäätäjän viittaus vanhaan prejudikatuuriin voisi tarkoittaa todennäköisyystahallisuuden ymmärtämistä ilman sen sisällölle annettuja konkreettisia määreitä.¹²

Nuutila on puolestaan katsonut, ettei hallituksen esityksessä mainituilla prosenttiluvuilla ole käytännössä merkitystä, sillä tahallisuudessa on kyse käyttäytymisen syistä ja perusteista, eikä prosenttimatematiikasta. Jos tekijä uskoo, ettei seurausta synny, ei hän myöskään miellä sitä varsin todennäköiseksi. Jos taas tekijä lähtee siitä, että seuraus syntyy tai ei ainakaan sitä epäile, ei liene kaukaa haettua sanoa, että hän on mieltänyt seurauksen varsin todennäköiseksi. Näyttökysymyksissä ongelmaksi muodostuu tekijän mieltämisen osoittaminen, ja näyttö perustuukin usein aihetodisteisiin.

¹⁰ Ks. korkeimman oikeuden lausunto 5.3.2001.

¹¹ Ks. OMLS 2002/7, s. 30.

¹² Ks. Matikkala 2005, s. 243. Matikkala kiinnitti huomiota myös siihen, että todennäköisyystahallisuuden ”varsin” on epämääräinen kvalifikaatio ja että ratkaisuja, joissa sillä operoidaan, voidaan pitää kontrolloimattomina.

Koska merkitystä on ainoastaan tekijän omalla tilanearviolla, sisältyy todennäköisyystahallisuuteen myös riski tekijärikosoikeuden heräämisestä. Kun kyse on yksilöllisestä arvioinnista, ei voida pohtia, olisiko kuka tahansa mieltänyt aiheuttavansa seurauksen. Tällöin arvioinnissa olisi periaatteessa mahdollista kiinnittää huomiota esimerkiksi tekijän menneisyyteen. Lain esitöiden perusteella on kuitenkin selvää, että merkitystä on ainoastaan teolla ja teonhetkellä vallinneilla olosuhteilla.¹³

Sittemmin oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että todennäköisyystahallisuus koostuu sekä objektiivisesta että subjektiivisesta todennäköisyydestä. Teoriassa ”varsin todennäköisen” on katsottu merkitsevän sitä, että seurauksen syntymisen objektiivisen todennäköisyyden tulisi olla yli 50 prosenttia. Objektiivisen todennäköisyyden tarkka määrittäminen ei kuitenkaan yleensä ole mahdollista, joten arvioinnissa joudutaan turvautumaan kokemussääntöihin, joita voidaan kutsua myös ennakoitavuuskriteereiksi. *Ennakoitu* on tietylle teolle tyypillinen vahinkoseuraamus, joka tekijän on tekohetkellä täytynyt ottaa huomioon oman erityistietämyksensä tai yleisen elämäkokemuksen nojalla.¹⁴ Objektiivisen todennäköisyyden arviointi ei perustu matemaattiseen laskelmaan, vaan ulkoisesti havaittavien ja todennettavissa olevien seikkojen arviointiin. Tekijän subjektiivinen käsitys seurauksen syntymisen todennäköisyydestä voi poiketa merkittävästikin siitä, mitä seurauksen syntymisen todennäköisyys objektiivisesti arvioituna on ollut, mutta todennäköisyystahallisuuden täyttymisen arvioinnissa merkitystä ei ole tekijän *yksilöllisillä* käsityksillä, vaan se perustuu siis puhtaasti ulkoisesti todennettavissa oleville seikoille. Subjektiivinen todennäköisyys sekoittuu siis väistämättä objektiiviseen arviointiin.¹⁵ Myös tekijän käsitystä arvioidaan ensisijaisesti yleisen elämäkokemuksen perusteella, sillä useimpien ihmisten voidaan katsoa käsittävän samansuuntaisesti tiettyyn toimintatyyppiin kuuluvat seuraukset.¹⁶ Erityisesti päihytyneenä tehtyjen tekojen tahallisuuden arvioinnissa on nojaututtu kokemussääntöihin.¹⁷ Todennäköisyysarvio kiinnittyy siis kaikilta osin

¹³ Ks. Nuutila 1997, s. 223–224. Toisaalta riittävän vahva itsepetos viittaa siihen, että tekijä on mieltänyt seurauksen varsin todennäköiseksi, kun hän on jättänyt varmistamatta, miten tapahtumat etenevät.

¹⁴ Korkka-Knuts ym. 2020 pitävät kuitenkin epäselvänä, tarkoittaako seurauksen pitäminen ennakoitavana samaa kuin seurauksen pitäminen varsin todennäköisenä. Heidän näkemyksensä on, että ennakoitavuuskäsite ei ole tarpeellinen tahallisuusarvioinnissa, sillä todennäköisyyskäsitettä voidaan hyvin käyttää sekä objektiivisessä että subjektiivisessä arvioinnissa. Ks. Korkka-Knuts ym. 2020, s. 200 ja alaviite 548.

¹⁵ Ks. Tapani ym. 2019, s. 278–279.

¹⁶ Ks. Korkka-Knuts ym. 2020, s. 199. Esimerkiksi toisiin ihmisiin kohdistuvan terä- tai ampuma-aseen käytön johtaminen vakaviin vahinkoseurauksiin on yleisesti tunnettua.

¹⁷ Ks. HE 44/2002 vp. s. 93. Melko vahvassakin humalassa olevan henkilön on katsottu

mahdollisimman uskottavina pidettäviin kokemussääntöihin tiettyjen ilmiöiden syy-seuraussuhteesta.¹⁸

Vaikka hallituksen esityksessä painopiste on tekijän subjektiivisen käsityksen arvioinnissa, on tuomarin arvioitava tahallisuuskysymystä samojen objektiivisesti havaittavien tosiseikkojen valossa, joiden perusteella hän arvioi myös teon tunnusmerkistön mukaisuutta.¹⁹ Tekijät harvoin tekevät teonhetkellä todennäköisyysarvioita, ja vaikka tekijällä olisikin halua, aikaa ja kykyä tällaiseen, ei hän välttämättä kykene luokittelemaan seikkoja todennäköisiin tai epätodennäköisiin (oikeudellisesti merkityksellisellä tavalla).²⁰ Tuottamusvastuun kaltaista huolellisen toimijan mallia ei tahallisuuden määritelmään sisälly.²¹ Objektiivisilla todennäköisyyksillä ope-roimisen onkin katsottu johtuvan todennäköisyystahallisuuden sisältämästä mahdottomasta todistusteemasta.²²

2.2 Välinpitämättömyystahallisuus Ruotsissa

Ruotsissa lainsäätäjät ei ole ryhtynyt toimiin tahallisuuden määritelmän kirjaamiseksi lakiin, vaikka sitä koskevia ehdotuksia on laadittu jo viime vuosituhannen alkupuoliskolta lähtien. Aikaisemmin tämän katsottiin johtuvan siitä, ettei tahallisuuden määritelmää pidetty riittävän vakiintuneena²³, nyttemmin syynä on pidetty sitä, että lainsäätäjällä ei ole selkeää kuvaa kausaliteetin käsitteestä eikä toisaalta myöskään siitä, miten toiminta nähdään suhteessa laiminlyöntiin. Toisaalta on katsottu, ettei myöskään tahallisuuden alakäsitteistä, syyllisyydestä, kognitiivisesta tilasta, tahdosta ja asenteesta olisi selkeää käsitystä, jolloin tahallisuuden käsite helposti jää ontoksi.²⁴ Tahallisuuden määritelmä onkin Ruotsissa kehittynyt vuosikymmeniä kestäneen oikeustieteen ja lainkäytön välisen yhteistyön myötä. Oikeustieteilijät ovat muodostaneet rationaalisia ja yhtenäisiä yleiskäsitteitä ja rakennelmia, kuten rikoskäsitteitä ja yleisiä oppeja,²⁵ ja tuomioistuinten

ymmärtävän, että toista keskivartaloon puukolla lyötäessä kuoleman mahdollisuus on teon varsin todennäköinen seuraus.

¹⁸ Ks. Tapani ym. 2019, s. 279.

¹⁹ Ks. Hyttinen 2015, s. 60.

²⁰ Ks. esim. Matikkala 2005, s. 461.

²¹ Ks. esim. Nuutila 1997, s. 224.

²² Ks. Matikkala 2005, s. 463–464.

²³ Ks. SOU 1923:9, s. 131–132.

²⁴ Ks. Ulväng 2007, s. 337–338.

²⁵ Erityinen merkitys rikosoikeuden yleisten oppien, erityisesti tahallisuuden osa-alueella on ollut Johan Thyrénin työllä, joka johti siihen, että tahallisuuden arvioinnissa ryhdyttiin painottamaan tekijän yhteiskuntavaarallisuutta.

tehtävänä on ollut soveltaa oikeustieteilijöiden työn tuloksia.²⁶ Varsinaista oikeudellista kehittämistyötä tuomioistuimet ovat tehneet harvemmin ja silloinkin vallitsevan järjestyksen rajoissa.²⁷

Tahallisuuden alimman asteen täyttyminen arvioitiin Ruotsissa pitkään hypoteettisen kokeen avulla. Käytännön ratkaisutilanteessa päättely tapahtui kahdessa vaiheessa: ensimmäisessä vaiheessa tuomioistuimen tuli selvittää, oliko tekijä pitänyt seurauksen syntymistä mahdollisena, toisessa vaiheessa suoritettiin hypoteettinen koe, jolla kysyttiin, olisiko tekijä toiminut kuten toimi, jos olisi pitänyt seurauksen syntymistä varmana.²⁸ Mallia kritisoitiin jo sen aktiivisen soveltamisen aikaan sen spekuloiivasta ja mielivaltaisista lopputuloksiin johtavasta luonteesta.²⁹ Arvioinnissa painopiste oli teon sijaan tekijän henkilössä, jolloin tämän rikollinen historia ja elämäntavat johtivat teon tuomitsemiseen tahallisena (taparikollinen ei olisi hypoteettisesti toiminut toisin silloinkaan, kun hän olisi ollut varma seurauksen syntymisestä).³⁰ Myös humalan ja raivon yhdistelmän katsottiin johtavan samaan lopputulokseen.³¹ Oma kysymyksensä oli myös, toteutuiko oikeusturva, kun tuomioistuimessa arvioitavaksi tuli tapahtumainkulkua, jota ei tosiasiaassa ollut koskaan tapahtunutkaan. Hypoteettiselle kokeelle löytyi kuitenkin myös puolustajia, joiden mukaan hypoteesin soveltamiseen liittyvistä todisteluvaikeuksista huolimatta se esitti kysymyksen, johon oli löydettävissä yksinkertainen ”kyllä” tai ”ei” -vastaus. Arviointiin ei katsottu sisältyvän mielivaltaa, sillä myöntävälle vastaukselle oli esitettävä vahvat perusteet.³²

Pitkään jatkunut kritiikki hypoteettista koetta kohtaan vakuutti kuitenkin lopulta Ruotsin korkeimman oikeuden ja tahallisuuden alimman asteen määritelmä linjattiin ratkaisuissa NJA 2002 s. 449 ja NJA 2004 s. 176 välinpitämättömyystahallisuuden (likgiltighetsuppsåt) kriteerein. Välinpitämättömyystahallisuus edellyttää rikoksentekijältä tietynasteista tietoisuutta sekä tietynlaista suhtautumista suhteessa tekonsa seuraukseen. Pääpaino välinpitämättömyystahallisuudessa on kuitenkin (ainakin teoriassa) tahdon-

²⁶ Toisaalta on arveltu, että oikeudellinen ratkaisukäytäntö on tahallisuuskysymyksissä perustunut enemmänkin maalaisjärkeen ja valmiilla teorioilla olisi lähinnä koeteltu perustelujen oikeudellista pitävyyttä, ks. SOU 1996:185, s. 83.

²⁷ Ks. Ulväng 2007, s. 338.

²⁸ Ks. Jareborg 1994, s. 205. Tahallisuuskäsite tarkoittaa, että tekijän tieto siitä, että seuraus tulee syntymään, riittää aina tahallisuuden toteamiseksi.

²⁹ Ks. esim. Träskman 1985, s. 68.

³⁰ Ks. Träskman 1985, s. 67.

³¹ Ks. Jareborg 1994, s. 209.

³² Ks. Strahl 1976, s. 118. Esimerkiksi tapauksessa, jossa rattijuoppo on ajanut jalankulkijan yli, voisi hypoteettisen kokeen soveltaminen johtaa päätelmään, jonka mukaan tekijä tuskin olisi ajanut kuten ajoi, jos olisi ollut varma, että ajaa jalankulkijan yli.

muodostuksellisissa seikoissa, ja ratkaisevaa on tekijän suhtautuminen teon seuraukseen.³³ Ratkaisussa NJA 2004 s. 176 Högsta Domstolen luonnehti tekijän suhtautumista siten, että seurauksen syntyminen ei teko-hetkellä muodostanut tekijälle relevanttia syytä pidättäytyä teosta. Riittävää on, että tekijä on tosiasiansa ottanut kantaa seuraukseen ja valinnut toimia välittämättä seurauksen syntymisestä. Itse kannanotto ei ole niinkään todistustositseikka välinpitämättömyydestä, vaan se on seurausta välinpitämättömyydestä. Kannanotto tai asennoituminen seuraukseen voidaan muotoilla siten, että tekijä on tyytynyt siihen, että seuraus syntyy, ”ottanut seurauksen kaupanpäälle” (*”tagit med effekten på köpet”*) tai hyväksynyt seurauksen.³⁴ Ratkaiseva merkitys on nimenomaan tekijän suhtautumisella tekonsa seuraukseen. Jos tekijä suhtautuu välinpitämättömästi vain tietäänsä riskiin, jää teko tuottamuksen asteelle.³⁵

Välinpitämättömyystahallisuuden ydinajatuksena on, että tekijän *tavoitteena* ei ole esimerkiksi tappaa toista henkilöä, vaan hän *suostuu siihen* tai *hyväksyy sen*, että uhri kuolee. Teko ilmentää tekijän asennetta, sillä uhrin kuoleman aiheutuminen ei vaikuta siihen, valitseeko tekijä teon suorittamisen vai suorittamatta jättämisen. Välinpitämättömyys ei siis välttämättä ole positiivista suhtautumista seurauksen syntymiseen. Asenteella ei myöskään tarkoiteta tekijän yleistä asennoitumista (jolloin arvioitavaksi tulisi, kuten hypoteettisessa kokeessakin, tekijän persoonallisuus ja elämäntavat), vaan tekijän asennoitumista konkreettiseen tilanteeseen.³⁶ Välinpitämättömyys ei välttämättä merkitse myöskään tunteettomuutta tai sitä, ettei tekijä olisi pahoillaan seurauksen syntymisestä.³⁷ Toisaalta välinpitämättömyys ulottuu myös tilanteisiin, jotka aiemmin kuuluivat tarkoitustahallisuuden alaan: jos tekijä ainoastaan uskoo, että seurauksen syntyminen on käytännössä mahdollista, mutta seuraus on kuitenkin tarkoitettu tai aiottu, on välinpitämättömyys todettavissa tekijän vihamielisestä suhtautumisesta seurauksen syntymiseen.³⁸

Välinpitämättömyystahallisuudessa myös tahallisuuden tiedollisilla elementeillä on merkittävä osuus, sillä tekijän on vähintäänkin pitänyt epäillä, että seuraus saattaa syntyä. Tämän vähimmäisvaatimuksen on katsottu vastaavan tietoista tuottamusta tai välinpitämättömyyttä suhteessa

³³ Ks. Ulväng 2016, s. 118.

³⁴ Ks. Ulväng 2005, s. 6–7.

³⁵ Ks. Ulväng, 2005, s. 3. Hypoteettisella kokeella kysyttiin tätä samaa: olisiko tekijä toiminut samoin, jos olisi ollut varma seurauksen syntymisestä?

³⁶ Ks. NJA 2004 s. 176 ja Ulväng 2005, s. 4–5.

³⁷ Ks. Asp – Ulväng – Jareborg 2010, s. 322.

³⁸ Ks. Ulväng 2005, s. 4.

seurauksen syntymisen riskiin.³⁹ Jos riski seurauksen syntymisestä on tekijän näkemyksen mukaan ollut hyvin korkea (*mycket hög*), voidaan tekijän välinpitämätön suhtautuminen seurauksen syntymiseen todeta yksin tällä perusteella. Jos riski on tekijän käsityksen mukaan ollut vain huomattavalla tasolla, on arvioitava erikseen, onko tekijä suhtautunut seuraukseen välinpitämättömästi. Riskin ollessa huomattavaa tasoa alemmilla tasoilla tahallisuusvastuu ei enää voi täytyä, vaan kyse on tuottamusvastuuseen perustuvasta teosta. Tuottamusvastuun puolelle jäädään myös, kun tekijä on luottanut siihen, että seuraus jää syntymättä, ja luonnollisesti silloin, kun välinpitämättömyyttä ei ilman kohtuullista epäilyä kyetä näyttämään toteen.⁴⁰

Täysin uudesta linjauksesta välinpitämättömyystahallisuudessa ei ole kyse, sillä Ruotsin korkein oikeus on viitannut tekijän välinpitämättömyyteen tahallisuusperusteluissaan jo 1970-luvulta lähtien tilanteissa, joissa tekotapa oli ollut hyvin häikäilemätön, tekijä oli ollut hyvin kiihtyneessä mielentilassa tai tekijällä oli ollut tekoon liittyvä hyvin voimakas intressi.⁴¹ Tahallisuuden määritelmä tai alaraja itsessään ei ratkaisun myötä muuttunut, vaan Ruotsin korkeimman oikeuden tulkittiin ainoastaan selventäneen vallitsevaa asiointilaa sekä asettaneen tahallisuuden alimmalle asteelle korkeammat näyttövaatimukset ja kaventaneen näiden myötä tahallisuuden soveltamisalaa.⁴²

Vaikka välinpitämättömyystahallisuuden tarkoituksena oli helpottaa hypoteettisen kokeen soveltamiseen liittyneitä käytännön ongelmia⁴³, ovat tekijän asenteeseen liittyvät näyttövaikeudet ja epäilyt hypoteettisen kokeen paluusta uudelleenmuotoiltuna herättäneet keskustelua⁴⁴. Välinpitämättömyystahallisuuden sisällön onkin katsottu olevan kaikkea muuta kuin selvä.⁴⁵

2000-luvun alun ratkaisujen jälkeen keskustelu tahallisuuden alimmasta asteesta jatkui Ruotsissa oikeustieteilijöiden keskuudessa. Ulväng katsoi, että tahallisuuden tulisi perustua ennemminkin kokoavaan arvioon muista

³⁹ Ks. Ulväng 2016, s. 119.

⁴⁰ Ks. NJA 2002 s. 449. Esimerkiksi tekijän kevytmielisyyttä ei voida katsoa välinpitämättömyydeksi.

⁴¹ Ks. NJA 1975 s. 594; NJA 1985 s. 757; NJA 1990 s. 210; NJA 1996 s. 509.

⁴² Ks. Ulväng 2016, s. 116–117.

⁴³ Ks. Asp – Ulväng – Jareborg 2010, s. 320.

⁴⁴ Eräissä kannanotoissa on esitetty, että hypoteettisen kokeen avulla voitaisiin todeta välinpitämättömyys hankalissa näyttötilanteissa kysymällä, olisiko tekijä tehnyt, kuten teki, jos olisi ollut varma seurauksen syntymisestä. Ks. esim. Ulväng 2005, s. 10 ja Borgeke 2015, s. 385.

⁴⁵ Ks. esim. Ulväng 2016, s. 117.

teko-olosuhteista kuin yksin välinpitämättömyyteen.⁴⁶ Tahallisuuden todentamisen tulisi Ulvängin mukaan perustua tekijän käsitykseen tai tietämykseen seurauksen syntymisen todennäköisyydestä, sillä tietyn asenteen omaksuminen teon seuraukseen nähden edellyttää, että henkilöllä on tietty käsitys siitä, millä todennäköisyydellä teko johtaa tiettyyn seuraukseen. Tekijän suhtautuminen on välinpitämätöntä, jos hän (tietyissä määrin) uskoo tekonsa johtavan tiettyyn seuraukseen.⁴⁷ Ulväng ei ole pitänyt täysin poissuljettuna sitä, etteikö asenteesta olisi saatavilla näyttöä itse tekoa tutkimalla, mutta oleellista hänen mukaansa on, ettei pelkästä teosta voida päätellä, kohdistuuko välinpitämättömyys seurauksen syntymisen riskiin vai seuraukseen.⁴⁸

Cavallinin näkemys poikkesi Ulvängin näkemyksestä, sillä hänen mukaansa tahallisuus voitaisiin todeta suoraan itse teosta, tarkemmin sanottuna teon tarkoituksesta.⁴⁹ Tekijän sisäiset seikat muodostavat Cavallinin mukaan mahdottoman todistusteeman, mikä johtaa siihen, että varsinkin rutiinitapauksissa todistusosiseikkoina pidetään vain tiettyjä ulkoisesti havaittavia seikkoja. Todistusteeman mahdottomuuden ongelma saatetaan ratkaista madaltamalla syyttäjän todistustaakkaa ja/tai näyttövaatimusta, mutta myös uudelleenmuotoilemalla tahallisuusvaatimusta ja madaltamalla sitä tuottamuvastuun tasolle. Tällöin tahallisuusvaatimus voidaan muotoilla esimerkiksi tietoisuudeksi tietystä todennäköisyydestä tai riskistä tai jopa siten, että tietyn tarkoituksen tai tietoisuuden olisi pitänyt olla käsillä. Cavallin tähdensi kuitenkin, että tekijän ”sisäisistä” psyykkisistä toiseikoista, henkilökohtaisista valinnoista, tietoisuudesta, tarkoituksista ja subjektiivisista seikoista voidaan silti puhua arvioinnin yhteydessä, sillä usein nämä ovat käsitteinä käytännöllisempiä kuin teon kohdentuminen tai merkitys. Todistusteeman tulisi kuitenkin liittyä tiettyihin ulkoisiin ilmiöihin, joista puolestaan voidaan päätellä näitä sisäisiä ilmiöitä.⁵⁰

Tahallisuuteen liittyvistä peruskäsitteistä *tekijän usko* on ollut *Jareborgin* huomion kohteena. Hän käsitteli käsitettä jo väitöskirjassaan vuonna 1969 todeten mm., että jos henkilö uskoo jotakin, hän pitää tätä totena. Todellisuudessa väite tai seikka, johon henkilö uskoo, voi tietenkin olla kaikkea muuta kuin totta ja tekijän perustelut uskomalleen seikalle voivat

⁴⁶ Ks. Ulväng 2008, s. 661, myös Jareborg 2005, s. 327.

⁴⁷ Ks. Ulväng 2008, s. 661–662. Ulväng katsoi teorian vastaavan Jareborgin ”avsiktlighetsuppsåt”-teoriaa.

⁴⁸ Ks. Ulväng 2008, s. 660. Vrt. Ulväng 2005, s. 10.

⁴⁹ Näkemys perustui Antony Duffin teoriaan, jonka mukaan tekoa (kehonliikkeitä) ja tahallisuutta ei tulisi tarkastella erikseen, vaan tekoa tulkitaan sen tarkoituksesta ja teon tarkoitusta siitä, miten teko ilmenee ulospäin.

⁵⁰ Ks. Cavallin 1999, s. 16 – 17.

olla huonot (tai jopa väärät) siitäkin huolimatta, että hänellä olisi uskomi-seensa hyvä syy.⁵¹ Toiminta on kuitenkin oire siitä, mitä sen toteuttaja us-koo, joskaan selvää näyttöä tekijän uskosta ei ole saatavilla muutoin kuin kysymällä siitä tekijältä itseltään.⁵²

Henkilön käsityksien, uskomuksien ja ymmärtämisen arvioimisessa voi-daan käyttää kokemussääntöjä ja inhimillisen käyttäytymisen yleistyksiä, mutta asenteen arvioimisen sanotaan olevan paljon vaikeampaa.⁵³ Ulvängin mukaan välinpitämättömyys on ymmärrettävä normatiivisena käsitteenä, joka yhdistää henkilöitä, jotka toimivat tahallaan. Näyttöä välinpitämättö-mästä asenteesta ei pitäisi etsiä tietystä henkisestä tilasta, vaan enemmän tekijän tiedollisesta asennoitumisesta ja vähemmän tahtoon perustuvista ele-menteistä. Jos tekijän asenteesta yritetään saada näyttöä, on vaarana, että todisteluvaatimukset jäävät kevyiksi. Tämän välttämiseksi todennäköisyys tai usko voisivat toimia apukäsitteinä välinpitämättömyystahallisuuden ke-hittämisessä.⁵⁴ Myös rikosvastuuselvityksestä annetussa mietinnössä todet-tiin ihmisten yleensä toimivan intuition perustuvan käsityksen varassa siitä, mitä heidän tekonsa merkitsevät, ja siksi tahallisuuteen liitettävän tietoisuus-vaatimuksenkin tulisi perustua tälle tietoisuuden tasolle.⁵⁵

Toisaalta Ulväng huomauttaa, ettei tekijän uskonkaan todentaminen ole yksinkertaista. Tekijän käyttäytymisestä teon aikana tai teosta sinällään ei varmuudella voida päätellä, mitä tekijä on uskonut. Tekijän käyttäytymistä voidaan kuitenkin pitää lähtökohtana, kun arvioidaan, mitä tekijä on tilan-teesta käsittänyt. Tilanteessa, jossa silminnäkijöitä ei ole ollut, voidaan ar-viointia täydentää tekijän omalla kertomuksella siitä, mitä hän on uskonut tai mistä ollut tietoinen. Tekijän oman kertomuksen rationaliteettia tulee puolestaan arvioida suhteessa esitettyihin vaihtoehtohypoteeseihin.⁵⁶ Toi-saalta tekijän oma kuvaus ja selvitys toiminnastaan on aina oleellinen osa välinpitämättömyystahallisuuden arviointia riippumatta siitä, löytyykö teolle silminnäkijöitä.⁵⁷

Borgeke ehdotti ratkaisuksi välinpitämättömyyden toteamiseksi riittä-vän tietoisuuden tason madaltamista. Jos välinpitämättömyyden puolesta ja sitä vastaan puhuvien seikkojen välille (riittävän matalalle) vedettäisiin

⁵¹ Ks. Jareborg 1969, s. 177–178. Hyvä syy voi olla esim. oma kokemus tai auktoriteetilta saatu tieto.

⁵² Ks. Jareborg 1969, s. 185–186. On kuitenkin muistettava, ettei ole suinkaan tavatonta, että tekijä valehtelee tai käyttää käsitettä väärin.

⁵³ Ks. Ulväng 2008, s. 662.

⁵⁴ Ks. Ulväng 2008, s. 667–668.

⁵⁵ Ks. SOU 1996:185, s. 113–114.

⁵⁶ Ks. Ulväng 2008, s. 665.

⁵⁷ Ks. Ulväng 2016, s. 239.

selkeä raja, välttyttäisiin välinpitämättömyyden erilliseltä todentamiselta. Tekijän tahallisuus voitaisiin siis todeta jo siinä vaiheessa, kun hän on uskonut, tai lähtenyt siitä, että seuraus syntyy tai olettanut sen syntyvän. Todennäköisyys olisi tällöin subjektiivisesti korkea, muttei kuitenkaan hyvin korkea (mikä aiemmin on ollut välinpitämättömyyden toteamisen edellytys).⁵⁸

Ruotsin korkein oikeus palasi välinpitämättömyystahallisuuden määritelmään ratkaisussaan NJA 2016 s. 763 (Mopedmannen-tapaus). Tapaus oli impulsiivinen väkivaltarikos, jollaisia tyypillisesti arvioidaan tahallisuuden alimman asteen edellytysten näkökulmasta.

B oli uhannut A:ta sanallisesti, jolloin A oli iskenyt tätä veitsellä selkään. A oli jo ennen tekoaan pelännyt B:tä, joka oli häntä huomattavasti kookkaampi ja jonka A tiesi olevan aggressiivinen ja arvaamaton. A kuvaili toimineensa vaistoimensa varassa ja yllättyneensä teostaan ja siinä käyttämästään voimasta. A:n mukaan hänellä ei ollut käsitystä, että B voisi kuolla, eikä hän ollut harkinnut sitä, mihin veitseniskun kohdisti tai olisiko isku vaarallinen. Vasta kuultuaan ambulanssin äänet ollessaan jo kotonaan A oli ymmärtänyt, että B:lle oli saattanut käydä huonosti. Kun A oli poliisin kyydissä kuullut B:n kuolleen, hän oli kertomansa mukaan mennyt shokkitilaan eikä ollut kyennyt uskomaan kuulemaansa todeksi. Vasta tuolloin hän oli käsittänyt oikeasti, mitä oli tapahtunut, ja hän ajatteli B:n läheisiä. A:n kertomus sai tukea todistajien havainnoista ja teknisestä näytöstä. Ratkaisevaksi välinpitämättömyystahallisuuden kannalta muodostuivat A:lla oikeuspsykiatrisen tutkimuksen mukaan olleet useat lievemmat psyykkiseen tilaan vaikuttavat häiriöt.

Ratkaisun perustelujen mukaan välinpitämättömyystahallisuus rakentuu kaksivaiheiselle päättelylle. Ensimmäiseksi on kysyttävä, onko tekijä ollut tietoinen seurauksen syntymisen riskistä. Yleisesti ottaen riskin on tekijän käsityksen mukaan oltava huomattava, mutta tekijän tietoisuus seurauksen syntymisen hyvin korkeasta todennäköisyydestä riittää tavallisesti tahallisuuden toteamiseen. Mikäli riski on ollut huomattava mutta todennäköisyys jää alle vaaditun rajan, on päättelyn toisessa vaiheessa selvitettävä tekijän suhtautuminen tekonsa seuraukseen. Toinen ja ratkaiseva kysymys onkin, onko seurauksen syntyminen muodostanut tekijälle teon hetkellä relevantin syyn pidättäytyä teosta. Korkeimman oikeuden mukaan tämä vastaa ilmaisuja ”funnit sig i att effekten förverkligas” (sopeutunut ajatukseen, että

⁵⁸ Ks. Borgeke 2015, s. 388.

seuraus syntyy), ”tagit med effekten på köpet” (ottanut seurauksen kaupan päälle) tai ”godtagit effekten” (hyväksynyt seurauksen).

Korkein oikeus huomautti, että tekijän arvioimaa riskiä kuvaavan ilmaisan monitulkintaisuus vaikeutti arviointia ja aiheutti tiettyä epävarmuutta oikeuskäytäntöön. Ilmaisun ”huomattava riski” katsottiin sijoittuvan melko korkealle todennäköisyysasteikolla ja siten viittaavan ”suureen” tai ”merkittävään”. Korkein oikeus katsoi, että erityistä huomiota tulisi kiinnittää seikkoihin, jotka tekevät tahallisesta teosta tuottamuksellista tekoa moitittavamman, ja tämän vuoksi ratkaiseva merkitys on sillä, mitä tekijä tekohetkellä uskoi eli mistä hän lähti tai mitä hän oletti seurauksen suhteen. Korkeimman oikeuden mukaan yksilön tuskin on yleisesti ottaen mahdollista erottaa tilannetta, jossa tämä on varma seurauksen syntymisestä, tilanteesta, jossa tämä ei ole varma, mutta uskoo seurauksen syntyvän. Näin ollen tilanteiden välisellä erolla ei myöskään normaalisti ole merkitystä sen kannalta, miten tekijä tulee toimimaan. Korkein oikeus katsoi perustelluksi, että se, joka tekee teon siitä huolimatta, että uskoo seurauksen syntyvän, on suhtautunut seurauksen syntymiseen vähintäänkin välinpitämättömästi (tällöin seuraus ei ole merkinnyt tekijälle relevanttia syytä pidättäytyä teosta). Käänteisesti ajatellen tekijän ei voida normaalisti katsoa suhtautuneen seuraukseen välinpitämättömästi, jos tämä on tehnyt teon uskoen, että seurausta ei synny.

Näyttövaatimus tekijän välinpitämättömyyden suhteen tulee kuitenkin Ruotsin korkeimman oikeuden mukaan asettaa samalle tasolle kuin rikosasioissa yleensäkin, eli syyllisyydestä ei saa jäädä järkevää epäilyä. Todistelun lähtökohtana toimivat tekohetken olosuhteet. Välinpitämättömyyttä osoittaa tekijän käsittämä seurauksen syntymisen hyvin korkea todennäköisyys ja lisäksi tämän usko siihen, että seuraus syntyy. Tekijän häikäilemättömän käyttäytymisen, kiihtyneen mielentilan tai tekoon liittyvän intressin korkein oikeus edelleen korosti muodostavan vain arviota tukevia todistustositseikkoja, joita tulee käyttää varovasti ja harkiten. Arvioinnin kannalta merkitykselliset olosuhteet vaihtelevat tapauskohtaisesti. Impulsiivisissa väkivaltarikoksissa erityinen merkitys on tekotyypillä ja siitä tyypillisesti aiheutuvalla seurauksella.

Tapauksessa A:n psyykkisillä häiriöillä ei ollut merkitystä arvioinnin ensimmäisessä vaiheessa, vaan tekijän katsottiin olleen tietoinen seurauksen syntymisen huomattavan korkeasta riskistä jo veitseniskun voiman ja osumakohdan perusteella. Psyykkiset häiriöt vaikuttivatkin vasta välinpitämättömyysarviointiin, sillä korkein oikeus katsoi tekijän psyykkisen tilan ja tämän oman kertomuksen perusteella, ettei tämä tapahtumahetkellä käsittänyt, että uhrin kuoleman todennäköisyys oli hyvin korkea, eikä

välinpitämättömyyttä siten voitu todeta suoraan seurauksen syntymisen todennäköisyyden nojalla. Viimeiseksi kysymykseksi jäikin, oliko tekijä uskonut (olettanut tai lähtenyt siitä), että uhri kuolee. Siihen, että tekijä oli uskonut uhrin kuolevan, viittasi se, että hän oli iskenyt suuren veitsen kovalla voimalla uhrin selkään, mutta korkein oikeus katsoi A:n psyykkisen tilan viittaavan siihen, ettei A tosiasiaassa ollut uskonut B:n kuolevan.

2.3 Teorioiden lähentyminen

Mopedmannen-tapauksen jälkeen yhtäläisyydet todennäköisyystahallisuuden ja välinpitämättömyystahallisuuden välillä ovat lisääntyneet Ruotsissa. Sekä tekijän käsitys seurauksen syntymisen todennäköisyydestä, että se, mitä tekijä on uskonut, voidaan lukea suoraan tämän menettelystä. Lisäksi tekijän usko, joka kytkeytyy vahvasti myös todennäköisyystahallisuuteen, vaikuttaa nyt olevan yksi välinpitämättömyystahallisuuden arviointikriteereistä. Todennäköisyystahallisuuden yhteydessä voidaan sanoa, että mitä todennäköisempänä tekijä pitää tekonsa seurauksen syntymistä, sitä selvemmin hänellä on ollut perusteet myös uskoa, että seuraus syntyy.⁵⁹

Toisaalta todennäköisyystahallisuuteen liitetty usko ei täysin vastaa sitä, millaisena se välinpitämättömyystahallisuudessa ymmärretään, sillä tekijän uskon on todennäköisyystahallisuuden yhteydessä katsottu vastaavan yli 50 prosentin todennäköisyyttä.⁶⁰ Jareborg puolestaan on todennut, että usko on jotain henkilökohtaisempaa kuin todennäköisyys, jolloin näitä ei voisi rinnastaa toisiinsa. Tekijän uskolla operoimisen etuna on, että virheellisiltä mielleyhtymiltä numeerisiin laskelmiin vältytään, mikä viittaa myös siihen, ettei käsitteitä pitäisi käyttää samassa yhteydessä.⁶¹ Tekijän uskoon viittaamalla Ruotsin korkein oikeus on lisäksi voinut asettaa todennäköisyysvaatimuksen subjektiivisesti korkealle, mikä ei vastanne suomalaisen todennäköisyystahallisuuden vaatimusta.

Ruotsalaisessa rikosoikeudessa on pyritty johdonmukaisesti välttämään teon arvioimista objektiivisesti tai matemaattisten laskelmien perusteella. Käytäntö on kuitenkin osoittanut, että näyttöä, joka saattaa asian ratkaistuksi vailla epäilyksiä ja mielivaltaa, on käytännössä mahdotonta saada seikoista, joita ei todellisuudessa ole tapahtunut tai jotka ovat tapahtuneet henkilön pään sisällä. Ainoa luotettava näyttö tekijän välinpitämättömyydestä voi

⁵⁹ Ks. Nuotio 2017, s. 972.

⁶⁰ Ks. Matikkala 2005, s. 26.

⁶¹ Ks. Jareborg 1969, s. 321.

olla seurauksen syntymisen todennäköisyys. Viimeaikaisen kehityksen valossa vaikuttaakin siltä, että Ruotsissa on vaihtoehtoisin termein luotu malli, joka yhdistää sekä tiedolliset että tahtoon liittyvät seikat, mutta joka ei perustu yksin seurauksen syntymisen todennäköisyydelle. Tekijän tietoon liittyvät seikat voidaan näyttää toteen yleisesti tunnettujen kokemussääntöjen avulla, jolloin mielivaltaisia ajatuskokeita ei tarvita.

Vaikka tahallisuuden tiedollisten elementtien korostuminen on ainakin näennäisesti tehnyt todennäköisyys- ja välinpitämättömyystahallisuuden määritelmistä yhdenmukaisia, on välinpitämättömyystahallisuuden sisällön ympärillä käyty teoreettinen pohdinta niin runsasta ja monimutkaista, että todellisen yhdenmukaistumisen arvioiminen edellyttää myös oikeuskäytännön lähempää tarkastelua.

3 TEORIOISTA KÄYTÄNTÖÖN

3.1 Teräaseella tehdyt teot

Tahallisuuden alarajoilla liikkuvat henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset ovat pääosin niin sanottuja impulsiivisia väkivaltarikoksia, joista kenties merkittävimässä osassa tekovälineenä on jonkinlainen teräase. Vaikka luotettavaa ja täsmällistä tietoa veitseniskun kuolettavuudesta ei ole, katsotaan tekijän ymmärtävän, että veitsenisku varsin todennäköisesti johtaa uhrin kuolemaan, jos se kohdistetaan tietyllä voimalla tiettyyn kehonosaan.⁶² Jopa päihtyneen tekijän katsotaan tietävän, mitä esimerkiksi vatsan alueelle kohdistetusta veitseniskusta seuraa.⁶³

Välinpitämättömyyden osoittamisessa on kysymys ei-sallitun riskinoton laadusta, ja teräaseella tehdyissä tyyppitapauksissa riskinottoa on kuvailtu häikäilemättömäksi. Häikäilemättömyyttä on kuitenkin erityisen vaikeaa arvioida, sillä vaikka itse teosta voidaan päätellä seurauksen olleen käytännössä väistämätön, ei häikäilemätön riskinotto itsessään viittaa tekijän välinpitämättömyyteen. Koska aina ei ole varmaa, onko tekijä ehtinyt käsittää tekonsa seurauksia, on tutkittava sekä riskinoton astetta että myös tekoa kokonaisuudessaan. Välinpitämättömyyttä arvioitaessa tärkeää on se, mihin tekijän välinpitämättömyyden voidaan osoittaa kohdistuneen. Tekijä on varmasti suhtautunut välinpitämättömästi kipuun tai vaikean ruumiinvamman aiheuttamiseen, mutta tapon tai tapon yrityksen kannalta

⁶² Ks. Tapani ym. 2019, s. 284.

⁶³ Ks. HE 44/2002 vp, s. 88.

ratkaisevaa on, onko tekijä suhtautunut välinpitämättömästi siihen, että veitseniskun kohde kuolee.⁶⁴

3.1.1 Teräaseet ja todennäköisyystahallisuus

Tahallisuuden alimman asteen arviointi todennäköisyystahallisuuden kriteerein perustuu varsin yksiselitteisesti yleiseen elämäkokemukseen perustuviin kokemussääntöihin. Puukotustapauksissa tekijän käsitys seurauksen syntymisen todennäköisyydestä päätellään iskujen osumakohtien, määrän ja voimakkuuden perusteella. Korkein oikeus on linjannut, että yksikin teräaseella lyöty isku aiheuttaa varsin todennäköisesti uhrin menehtymisen, jos isku on ollut voimakas ja se on kohdistettu hengenvaaralliseen kohtaan kehoa.⁶⁵ Perinteisesti hengenvaarallisena kohtana ihmiskehossa on pidetty keskivartalon aluetta.

Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisu R 15/1610 osoittaa hyvin, miten tekijän subjektiivinen käsitys seurauksen todennäköisyydestä kytkeytyy tosiasiassa teosta objektiivisesti havaittavissa oleviin seikkoihin. Tekijän käsityskyvyn yksilöllisellä poikkeavuudella ei ole arvioinnissa merkitystä.

A vaati hovioikeudessa, että syyte tapon yrityksestä hylätään ja hänen katsotaan syyllistyneen ainoastaan törkeään pahoinpitelyyn. A katsoi, ettei hän ollut tekohetkellä riittävässä määrin selvillä siitä, että hänen tekonsa varsin todennäköisenä seurauksena voisi olla B:n kuolema. A oli lyönyt B:tä kerran keittiöveitsellä selkään tarkoituksenaan häätää B pois A:n asunnolta. A vetosi hovioikeudessa siihen, että lapaluun päälle osunut isku ei ole ollut erityisen vaarallinen, eikä iskun täsmällisestä syvyydestä ollut esitetty selvitystä. Isku ei ollut yltänyt isoihin verisuoniin eikä keuhkoputkeen tai ruokatorveen. A vetosi myös siihen, että hänen sairautensa ja päihtymystilansa olivat heikentäneet hänen ymmärryskykyään. Seurauksen syntyminen ei A:n mukaan ollut tässä tapauksessa objektiivisesti arvioituna todennäköisempää kuin sen syntymättä jääminen.

A:n ymmärryskyvyille ei annettu painoarvoa tekijän subjektiivisen käsityksen arvioinnissa käräjä- tai hovioikeudessa. A:n katsottiin käsittäneen, että hänen lyödessään kyseiselle kehon alueelle hänen menettelynsä varsin todennäköinen seuraus oli B:n kuolema. Käräjäoikeus oli kiinnittänyt huomiota siihen, että B oli tekohetkellä ollut liikkeessä, mikä oli jättänyt iskun osumakohdan sattuman varaan. Hovioikeus ei katsonut

⁶⁴ Ks. Ulväng 2005, s. 9.

⁶⁵ Ks. KKO 2012:98, kohta 8.

B:n liikkeellä olleen ratkaisevaa merkitystä arvioitaessa sitä, oliko A syyllistynyt menettelyllään tapon yritykseen vai törkeään pahoinpitelyyn.

Kaulan aluetta ei välttämättä voida pitää keskikehon alueena,⁶⁶ mutta siihen kohdistuvien veitseniskujen hengenvaarallisuuden voi sanoa olevan yleisesti tiedossa. Korkein oikeus totesi ratkaisussaan KKO 2009:48, että herkästi vioittuvat sisäelimet sijaitsevat kaulalla lähellä toisiaan pääosin pelkästään kaulan pehmytkudoksen suojaamana ja että erityisesti valtimo- ja laskimosuonet kulkevat lähellä ihon pintaa. Riski niiden vioittumisesta on suuri, vaikka puukonisku ei olisikaan voimakas.⁶⁷ Tappotahallisuuden kannalta merkitystä voi kuitenkin olla sillä, onko kyse suoranaisesta iskusta vai viiltämisestä ja minkälaista voimaa viiltämisessä on käytetty.

Turun hovioikeuden ratkaisussa R15/272 viillon osumakohdalla oli ratkaiseva merkitys. Tekijän subjektiivinen käsitys kävi ilmi tekijän itsensä kertomana.

Ottaen huomioon yleisesti tiedossa olevan seikan päävaltimoiden sijainnista kaulalla sekä myös A:n lausuman hovioikeudessa tietoisuudestaan valtimoiden sijainnista hovioikeus katsoi, että A:n oli täytynyt käsittää, että hänen viiltäessään B:tä linkkuveitsellä kaulaan B:n kuolema on ollut teon varsin todennäköinen seuraus. A oli menettelyllään tahallaan yrittänyt tappaa B:n, ja teko täytti tapon yrityksen tunnusmerkistön.

Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisussa R 14/344 huomiota kiinnitettiin tekijän käyttämään voimaan ja hovioikeus päätyi käräjäoikeuden tapaan tuomitsemaan A:n tapon yrityksen sijaan törkeästä pahoinpitelystä.

Kyseessä ei ollut isku kaulaan, vaan päästä kiinni pitäen tehty viilto. Viilto kaulaan on sinänsä vaarallinen, koska kaulan alueella kulkevat elintärkeät suuret verisuonet lähellä ihon pintaa. Muun muassa haavan pinnallisuus tuki käsitystä, että A oli ainakin jossain määrin ymmärtänyt, mitä oli tekemässä, eikä halunnut B:n kuolemaa tai edes pitänyt B:n kuolemaa viillon todennäköisenä seuraamuksena. Vaaraa B:n kuolemasta ei ollut siten vältetty vain satunnaisesta syystä.

Teräseen kokoon on usein kiinnitetty huomiota, mutta lyöntien voimakkuus yhdistettynä osumakohdan hengenvaarallisuuteen voi viitata tappo-

⁶⁶ Ks. Matikkala 2005, s. 169.

⁶⁷ Ks. KKO 2009:48, kohta 9.

tahallisuuteen silloinkin, kun teräase on kooltaan vaatimaton. Näin totesi myös *Vaasan hovioikeus ratkaisussaan R 15/975*.

Huomioon ottaen juustoveitsellä A:lle aiheutetun haavan syvyys, hovi-oikeus katsoi, että lyönnin oli täytynyt olla voimakas. B:lle aiheutunut vamma oli ollut hengenvaarallinen. Näin ollen A:n oli lyödessään kysymyksessä olevalla veitsellä B:ta ylävartaloon täytynyt ymmärtää, että hänen menettelynsä varsin todennäköisenä seurauksena voi olla B:n kuolema.

Tuomioistuimia on kritisoitu siitä, että ne vaikuttavat siirtyvän syyllisyys-arvioinnissa liian helposti arvioimaan tahallisuutta sen alimman asteen kriteerein, kun niiden pitäisi ennemminkin selvittää, täytyvätkö tarkoitus-tahallisuuden edellytykset. Tapanin, Tolvasen ja Hyttisen mukaan teon motiivin ja tarkoituksen selvittämisen sekä teolle mielekkään selityksen antamisen ei pitäisi olla yhtään vaikeampaa tai helpompaa kuin todennäköisyysarvioinninkaan. Korkka-Knuts, Helenius ja Frände toteavat, että myös tarkoitustahallisuus edellyttää jonkinlaista todennäköisyysarviota. Tarkoitustahallisuuden täyttymiseen riittää kuitenkin, ettei tekijä ole pitänyt seurausta täysin poissuljettuna.⁶⁸

Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisu R 16/1351 on hyvä esimerkki siitä, miten tarkoitustahallisuuden perustelut voidaan rakentaa kestäväällä tavalla, vaikka teon varsinainen motiivi jäisi hämärän peittoon. Ratkaisussa oli kysymys siitä, täyttikö A:n menettely tapon vai hänen myöntämänsä törkeän pahoinpitelyn ja törkeän kuolemantuottamuksen tunnusmerkistön.

A oli kertonut menneensä B:n asunnolle varustautuneena lihanuijalla ja leipäveitsellä. B:n kieltäydyttyä avaamasta ovea A oli murtautunut asuntoon ja välittömästi lyönyt B:tä lihanuijalla oikeaan käteen ja oikean olkapään takaosaan ja heti tämän jälkeen leipäveitsellä kaksi kertaa vasempaan jalkaan. Reisivaltimoon osunut haava oli ollut niin mittava, että B:n verenpaineet olivat romahtaneet muutamissa kymmenissä sekunneissa ja hän oli lääkärin arvion mukaan kuollut viiden–kymmenen minuutin kuluessa.

A oli tapahtumayönä ilmoittanut C:lle lähettämässään viesteissä lähtevänsä kohta istumaan (eli vankilaan) ja lähtevänsä puukottamaan ja tappamaan ”jonkun jätkän”. C:n mukaan A oli myös kerran aikaisemmin esittänyt samankaltaisen uhkauksen puhelinkeskustelun yhteydessä. A:n soittaman hätäpuhelun katsottiin tapahtuneen vasta yli tunnin

⁶⁸ Ks. Tapani ym. 2019, s. 266–269, Korkka-Knuts ym. 2020, s. 193.

kuluttua hänen B:hen kohdistamastaan menettelystä. A kertoi hakeneensa teon jälkeen kotoaan vaate- ja muita tavaroita, joita hän tarvitsi mukanaan kiinnioton jälkeen ja mahdollisesti vankilassa. Tekonsa tarkoitusta tai motiivia hän ei osannut selittää, mutta asunnolle menon syyksi hän kertoi halunneensa saada alkoholia B:n luota.

A vetosi siihen, ettei hän ollut kohdistanut lyöntejä sellaiselle kehon alueelle, jolla sijaitsee ihmiselle elintärkeitä elimiä, ja katsoi, etteivät hänen uhkausviestinsä osoittaneet tappamistarkoitusta. Myöskään sillä, että hän oli teon jälkeen valmistautunut vankilaan lähtemiseen, tai sillä, että hän oli lyöntien jälkeen havainnut B:n saaneen kuolettavan vamman ja olevan verenvuodon vuoksi kuolemanvaarassa, ei A:n mukaan ollut merkitystä tahallisuusarvioinnin kannalta. Jos hän olisi mieltänyt B:n kuolleen, hänen puhelunsa hätäkeskukseen olisi ollut tarpeeton.

Sekä käräjäoikeus että hovioikeus katsoivat, että A:n tarkoituksena oli ollut B:n tappaminen. Hovioikeus katsoi sekä tarkoitus- että todennäköisyystahallisuutta vastaan puhuvaksi seikaksi sen, ettei A ollut suunnannut veitsen iskuja B:n ylävartalon alueelle, vaan suunnilleen reiden puoliväliin, minne suuntautuneesta lyönnistä kuoleman seuraaminen on sattumanvaraista. Sen puolesta, että A:n suoranainen tarkoitus oli B:n tappaminen, puhuivat A:n lähettämät viestit aikomuksestaan tappaa joku henkilö. A oli toiminut tämän jälkeen määrätietoisesti ennalta uhkaamalla tavalla ottamalla mukaansa tappamiseen soveltuvat välineet, tunkeutumalla B:n asuntoon ja kohdistamalla heti asuntoon päästyään ensin lihanuijalla ja sen jälkeen veitsellä vakavaa väkivaltaa itseään fyysisesti huomattavasti heikompaan, huonosti liikkuvaan B:hen. Hovioikeus katsoi, ettei asiassa ollut ilmennyt mitään muuta uskottavaa syytä asuntoon tunkeutumiselle kuin väkivallan käyttäminen B:tä kohtaan. Näiden seikkojen hovioikeus katsoi tukevan käsitystä, että A:n aikomus tappaa joku oli jo alun perin ollut todellinen ja että kysymys ei ollut esimerkiksi pilanpäiten tai suuttumuksen vallassa esitetystä aiheesta. A oli tapahtuman jälkeen kiinni otettaessakin kertonut poliisille tarkoituksenaan olleen tappaa joku. A:n tapahtumanjälkeisen käyttäytymisen sekä sen, ettei A ollut pyrkinyt hankkimaan heti apua B:lle, hovioikeus katsoi osoittavan A:n suhtautuneen välinpitämättömästi B:n kuolemaan, mikä osaltaan tuki käsitystä, että A:n tarkoituksena oli jo alun perin B:n tappaminen.

Jos A:n tahallisuus olisi poissuljettu yksinomaan veitseniskun osumakohdan perusteella, olisi oleellinen osa tappamistarkoituksen puolesta puhuneista seikoista sivuutettu. Jos tappamisenhalusta viestittely, lihanuijalla ja veitsellä heikomman kimppuun käyminen, hätäpuhelun viivyttelyminen ja

vankilatuomioon valmistautuminen eivät kerro tappamistarkoituksesta, voidaan perustellusti kysyä, mitä lisäperusteluja vielä tarvitaan.⁶⁹

Vihriälä on huomauttanut, että tuomioistuimet käyvät perusteluissaan läpi uhrille aiheutuneita vammoja sellaisella tarkkuudella, joka on usein epäolennaista tietoa tekijän näkökulmasta tehtävän tahallisuusarvion kannalta. Tekijällä ei ilman lääketieteellistä koulutusta voi olla mitään käsitystä siitä, mitä puukon iskusta aiheutuu, eli siitä aiheutuvan kuoleman tarkasta mekanismista. Sama koskee myös veitsen kokoa ja iskukulmaa. Nopeasti etenevissä tilanteissa ja humalatilassa veitsen laatu ei yleensä olekaan harkinnan tulosta, vaan käteen sattuu useimmiten se, mikä sattuu lähimpänä olemaan.⁷⁰ On kieltämättä vaikeaa nähdä yhteyttä yksityiskohtaisen lääketieteellisen selvityksen ja tekijän arkisen käsityksen välillä. Jos lääketieteellinen selvitys jotain tarjoaa, niin lähinnä tuomarille suunnattua asiantuntijatietoa, jolla voi pidemmällä aikavälillä olla merkitystä arvioitaessa yleisesti tiedossa olevia kokemussääntöjä teon ja seurauksen välisestä suhteesta. Tavallisia kansalaisia koskettavia kokemussääntöjä tällaisista selvityksistä ei kuitenkaan kohtuudella voida muodostaa. Veitsen koon ja iskukulman yhteys teon tahallisuuteen on sen sijaan selvempi. Nopeastikin etenevissä tilanteissa tekijällä on mahdollisuus havaita veitsen koko, ja iskukulmasta pystytään päättelemään mm., onko isku jo sinällään ollut tahallinen.⁷¹

Matikkalan mukaan kausaaliproposition muodostaminen pitäisi rakentaa veitsen laadun, iskujen voiman ja kohdistumisen lisäksi arvioon siitä, kuinka nopeasti puukotettu pääsee hoitoon.⁷² Vihriälä puolestaan katsoo, ettei uhrin hoitoon pääsyn mahdollisuus vaikuta teon moitittavuuteen, joten tekijöiden tulee tässä suhteessa saada sama kohtelu.⁷³ Vastaus tähän kysymykseen ei välttämättä ole yksiselitteinen, sillä yhtäältä tahallisuusarvioinnin tulisi kohdistua nimenomaan tekohetkeen, mutta toisaalta

⁶⁹ Vastaavaa pohtivat myös Tapani, Tolvanen ja Hyttinen kritisoidessaan ratkaisua KKO 1993:5, jossa A oli lyönyt B:tä noin 25–30 senttimetrin pituisella ja kahden senttimetrin paksuisella metallisella ratanaulalla useita kertoja päähän. A oli lyöntien välillä kuristanut B:tä voimakkaasti kurkusta niin, että tämä oli saanut päähänsä useita verta vuotaneita haavoja. Menettelystä ei kuitenkaan aiheutunut hengenvaaraa. Korkeimman oikeuden enemmistön mukaan ”A:n lyöntitilanteessa tai sen jälkeen päähtyneenä ollessaan esittämät tappouhkaukset eivät yksin riitä osoittamaan, että hän olisi tavoitellut B:n henkeä. A:n menettely ei ole ollut sellaista, että hänen on täytyntä sen varsin todennäköiseksi seuraukseksi mieltää B:n kuolema.” Syyte tapon yrityksestä hylättiin ja A tuomittiin törkeästä pahoinpitelystä. Ks. Tapani ym.2019, s. 269–270.

⁷⁰ Ks. Vihriälä 2012, s. 215.

⁷¹ Ks. esim. KKO 2014:78.

⁷² Ks. Matikkala 2005, s. 93. Samoin Tapani ym. 2019, s. 285.

⁷³ Ks. Vihriälä 2012, s. 197.

tekijän käsitykseen uhrin kuoleman todennäköisyydestä voi hyvinkin vaikuttaa myös se, tiesikö tekijä uhrin pääsevän pikaisesti hoitoon. Lähinnä kyse voisi kuitenkin tällöin olla tahallisuutta vastaan puhuvasta seikasta. Esimerkiksi sairaalan hätäpäivystyksen ovien edessä tapahtuneessa puukotuksessa tekijä on uskottavasti voinutkin ottaa huomioon sen, että uhri saa hoitoa lähes välittömästi. Vaikeammin perusteltavissa voisi olla pitkien välimatkojen huomioon ottaminen tappotahallisuuden puolesta puhuvana seikkana. Tällöin tahallisuus saattaisi saada jopa alueellisia piirteitä, mikä ei olisi millään tavalla perusteltua.

3.1.2 Teräaseet ja välinpitämättömyys

Myös välinpitämättömyystahallisuuden arvioinnissa merkitystä on tekovälineen koolla, iskun voimalla ja osumakohdalla, kuten myös Ruotsin korkein oikeus on viimeksi ratkaisussaan NJA 2016 s. 763 todennut. Nämä seikat liittyvät kuitenkin ennen kaikkea seurauksen syntymisen riskiin ja todennäköisyyteen, jolloin välinpitämättömyys tulee (ainakin matalamman riskin tilanteissa) päätellä muista seikoista. Teoriassa on kuitenkin katsottu, ettei välinpitämättömyyden toteamisessa pitäisi olla merkittäviä ongelmia, jos tekijä on kohdistanut useita iskuja hengenvaaralliselle alueelle (esim. rintakehään), sillä näissä tapauksissa seuraus on käytännössä varma.⁷⁴

Skånen ja Blekingen hovioikeuden ratkaisussa B 680-17 hovioikeus katsoi tekijä A:n toimineen tarkoitustahallisuuden edellyttämällä tavalla lyödessään B:tä veitsellä suoraan sydämeen. Ratkaisun mukaan:

”Händelseförloppet i samband med själva knivhugget synes ha varit mycket kortvarigt. Vad som framkommit om A:s agerande ger starkt intryck av att han agerat på ett bestämt och kontrollerat sätt samt att knivhugget för B:s del kommit helt utan förvarning. Redan dessa omständigheter talar enligt hovrättens mening med styrka för att A:s syfte med hugget var att beröva B livet. Till detta kommer att gärningen i någon mån synes ha varit planerad genom att A tagit med sig kniven till platsen och även dolt den för B, vilket också talar emot att det varit fråga om en impulshandling från A:s sida. Sammantaget anser hovrätten att omständigheterna har varit sådana att det är visat att syftet med hugget har varit att beröva B livet och att A också uppfattat det som praktiskt möjligt att så skulle ske. A har således dödat B med s. k. avsiktssuppsåt.”

⁷⁴ Ks. Ulväng 2005, s. 9.

Tarkoitustahallisuuden puolesta puhui tässä tapauksessa teon suunnitelmallisuus. A:lla oli ollut veitsi mukanaan, kun hän tuli tapaamaan B:tä, ja hän myös piilotteli veistä B:ltä. Myös edellä selostetussa Mopedmannen-tapauksessa tekijällä oli veitsi mukanaan, kun hän kohtasi uhrinsa, mutta toisin kuin edellä mainitussa hovioikeuden tapauksessa, tekijällä oli siihen syy, jonka ei katsottu osoittavan B:n tappamiseen liittyvää suunnitelmallisuutta.

Myös *Götan hovioikeuden ratkaisussa B2334-17* tekijällä oli pätevä syy kantaa veistä mukanaan, koska hänellä oli jalassaan samat housut, joita hän käytti työssään, ja veitsi oli jäänyt niiden taskuun työpäivän jäljiltä. Teon suunnitelmallisuus ei noussut ratkaisussa merkittävimmäksi kysymykseksi, vaikka kyse oli hengenvaarallisesta veitseniskusta kaulaan. Tässä tapauksessa hovioikeus katsoi A:n tähänneen iskun B:n kaulan alueelle tarkoituksella, mutta koska isku ei ollut voimakas, arvioitiin A:n tahallisuutta välinpitämättömyystahallisuuden kriteerein. A oli kertonut iskeneensä B:tä veitsellä saadakseen tämän poistumaan, mikä viittasi siihen, että A oli ollut tietoinen myös B:n kuolemaan liittyvästä riskistä. Ratkaisevaksi muodostuikin, oliko A suhtautunut B:n kuolemaan välinpitämättömästi. Käytännössä riittävän voimakas isku suurehkollla veitsellä kaulan alueelle riitti osoittamaan tekijän olleen tietoinen tekoonsa liittyvistä riskeistä, jolloin muille seikoille jäi vain näyttöä tukeva merkitys. Tahallisuuden kannalta ratkaiseva seikka oli teon hengenvaarallisuus. A:n äidin mukaan A:lla oli psyykkisiä häiriöitä, jotka vaikuttivat mm. A:n kykyyn käsittää tekojensa seurauksia, mutta tällä ei katsottu olevan merkitystä A:n tahallisuuden kannalta. Perusteluista käy ilmi, että vaikka hovioikeus päätyi arvioimaan tekoa välinpitämättömyystahallisuuden kriteerein, se ei lopulta arvioinut *tekijän suhtautumista* veitseniskun seuraukseen. Sen sijaan hovioikeuden huomion kohteina olivat itse teko ja sen vaikutus tekijän käsittämään tietoisuuteen B:n kuoleman riskistä. Tekotyyppiä voidaan pitää eräänlaisena tyyppitapauksena, jonka seuraus on yleisesti ja näin ollen myös tekijän tiedossa. Tämä selittää myös sen, miksi tekijän psyykkisille häiriöille ei annettu asiassa merkitystä.

Svean hovioikeuden ratkaisussa B2830-18 veitseniskut eivät olleet suuntautuneet tyyppillisesti hengenvaarallisiksi katsottuihin kehonosiin mutta B:lle oli aiheutunut neljä kuolettavaa pistovammaa sekä vakavia ruhjevammoja takaraivoon ja kasvoihin. Tahallisuusperustelut nojasivatkin pitkälti tyyppitapauksissa merkittäviin seikkoihin:

”När det sedan gäller frågan om A varit likgiltig inför förverkligandet av effekten konstaterar hovrätten att han visserligen inte synes ha utdelat

våldet med kniv mot vad som typiskt sett betraktas som vitala delar, som t.ex. halsen eller bålen. Det är dock allmänt veterligt att pulsådorr finns även i armar och ben samt att döden typiskt sett kan orsakas av förblödning efter våld med kniv. Den skadebild som framgår av utredningen visar att A har utsatt B för ett närmast besinningslöst våld i form av ett mycket stort antal hugg med kniv, som är ett livsfarligt vapen, i kombination med kraftigt våld mot huvudet, vilket måste ha skett med tillhugge. Dessa omständigheter leder enligt hovrätten till slutsatsen att A måste ha haft insikt om att det förelåg en mycket hög sannolikhet för att B skulle dö till följd av våldet. I fall av detta slag anses gärningsmannen normalt handla med uppsåt.

Det har inte framkommit någon omständighet som talar emot att A var likgiltig inför att B dog. Att han fortsatt sitt våld med kniv även efter det att B legat medvetslös på marken tyder också på att förverkligandet av effekten inte utgjorde ett relevant skäl för honom att avstå från gärningen. Hovrätten anser alltså att det är ställt utom rimligt tvivel att A varit likgiltig inför att B skulle avlida. Den omständigheten att A i efterhand agerat på ett sätt som synes innefatta ånger medför inte någon annan slutsats. Tvärtom tyder det, liksom att han omedelbart efter gärningen dels gömt undan kniven, dels velat skylla det inträffade på okända gärningsmän, på att han i hög grad varit medveten om sitt handlande. Inte heller det förhållandet att A enligt det rättspsykiatriska utlåtandet lider av en antisocial personlighetsstörning och nedsatt begåvning med låg förmåga till logiskt tänkande samt bristande impuls kontroll leder enligt hovrättens uppfattning till någon annan slutsats i uppsåtsfrågan. I utredningen har inte framkommit några tecken på sviktande verklighetskontakt eller förvirring. Att A kan ha brustit i omdöme på grund av självförvållat rus av alkohol och/eller narkotika saknar också betydelse.”

Yleisesti tiedossa olevat seikat (valtimoiden sijainti käsivarsissa ja jaloissa sekä verenhukan aiheutuminen veitsellä kohdistetun väkivallan seurauksena), A:n väkivallan voimakkuus ja B:lle aiheutuneet vammat, tekovälineen hengenvaarallisuus sekä voimakas väkivalta pään alueelle osoittivat tekijän olleen tietoinen B:n kuoleman hyvin korkeasta todennäköisyydestä.

Merkittävin välinpitämättömyyden puolesta puhuva seikka oli hovi-oikeuden mukaan se, että A oli jatkanut tekoaan senkin jälkeen, kun B jo makasi tiedottomana maassa. Veitsen piilottaminen ja syyn vierittäminen tuntemattoman tekijän niskoille viittasivat ennemminkin siihen, että tekijä oli ollut hyvin tietoinen menettelystään, kuin siihen, että tämä olisi katunut tekoaan. Tekijän persoonallisuushäiriöt tai kyvyttömyys loogiseen ajatteluun eivät vaikuttaneet tahallisuusarviointiin, eikä tutkimuksissa ollut

tullut esille, että tekijä olisi häiriintynyt tai että hänen todellisuudentajusaan olisi puutteita. Myöskään sillä seikalla, että tekijä oli alkoholin ja päihteiden vaikutuksen alaisena, ei ollut asiassa merkitystä.

Tahallisuusperusteluja voidaan luonnehtia todennäköisyystahallisuuden ja välinpitämättömyystahallisuuden yhdistelmäksi. Se yksityiskohta, että tekijän käsittämää riskiä ei mainita lainkaan, voi liittyä siihen, että tekijän käsittämän riskin katsottiin sisältyvän tekijän käsittämään todennäköisyyteen.

Götan hovioikeuden ratkaisussa B1187-16 tekijän käsitystä uhrin kuoleman riskistä sen sijaan käytiin läpi varsin seikkaperäisesti.

”Enligt rättsintyget avseende A skadade knivhugget i buken Bs vänstra njure/njurkapsel. Denna skada har inte varit livshotande. Dock framgår att viktiga strukturer såsom bl.a. de stora njurkärnen, mjälten och nedre delen av lungsäcken ligger nära denna skada, och att skador på dessa strukturer och djupare skador i njuren kan vara livshotande. Typiskt sett kan de hugg som A utdelade anses ha inneburit en avsevärd risk för att B skulle avlida. Utredningen visar nämligen tydligt att det varit fråga om kraftigt och besinningslöst våld mot buken. A har uppgett att han medvetet högg B i sidan av buken och att han var ganska säker på att B inte skulle dö. Utifrån vad som framgår av den återopade filmen står det dock klart att såväl A som B var i rörelse då huggen mot buken utdelades, varför det givetvis varit helt omöjligt för A att närmare avgöra var huggen skulle träffa. Det har inte framkommit något i utredningen som tyder på att As förmåga till insikt om risken som hans hugg innebar skulle vara särskilt begränsad. Han har alltså varit medveten om våldets farlighet.”

Veitseniskun osumakohtan katsottiin *voivan olla hengenvaarallinen*, mutta *tyypillisesti katsottuna huomattavan riskin B:n kuolemalle* muodosti voimakas, vatsaan kohdistunut veitsenisku. Kumpikaan ilmaisu ei viittaa suoraan siihen, mitä tekijä on käsittänyt seurauksen syntymisen riskistä, mutta varsinkin jälkimmäisessä viitataan yleisesti tiedossa olevaan kokeussääntöön, josta myös tekijä on ollut tietoinen. A itse tosin kertoi veitseniskun olleen tietoisesti suunnattu ja olleensa varma, että B tämän seurauksena kuolee. Sattumanvaraisuus jätti kuitenkin A:n kertomuksen vaille merkitystä, sillä hovioikeus katsoi, ettei tekijällä ollut tosiasiaissa voinut olla mahdollisuutta kontrolloida iskun osumakohtaa tilanteessa, jossa molemmat osapuolet olivat liikkeessä. Koska seurauksen syntyminen oli ollut tekijän kontrollin ulottumattomissa, hänen oli täytynyt olla tietoinen siihen

liittyvästä riskistä, mutta toisaalta hän ei ollut voinut olla seurauksesta varma. A:n välinpitämättömästä suhtautumisesta B:n kuolemaan kertoi hovi-oikeuden mukaan hänen häikäilemätön toimintatapansa, sillä A oli määrätietoisesti ja ilman että häntä provosoitiin, hyökännyt B:tä kohtaan sekä kohdistanut useita suoria iskuja tämän vatsaan. A:n kiihtynyt mielentila puolestaan ilmeni A:n vakavasta vihasta B:tä kohtaan. Lisäksi Götan hovi-oikeus katsoi, että teon jatkaminen sen jälkeenkin, kun B jo makasi maassa, osoitti A:n suhtautuneen välinpitämättömästi B:n kuolemaan.

Ratkaisua voidaan pitää tyyppiesimerkkinä välinpitämättömyystahallisuudesta sellaisena, kuin se oikeustieteellisessä tutkimuksessa yleensä esitetään. Tekijän käsittämä riski perustuu teosta ilmeneviin, yleisesti tiedossa oleviin seikkoihin, kun taas tekijän välinpitämätön suhtautuminen perustellaan ennen kaikkea tekijän toimintatavan ja kiihtymyksen nojalla.

3.1.3 Yhteenvedoa teräaseella tehtyjen tekojen arvioinnista

Kun teräaseella isketään tiettyyn kehonosaan tietyllä voimalla, on seuraus eli uhrin kuolema riittävän todennäköinen, jotta sen voidaan katsoa olevan jokaisen tiedossa. Näin ollen myös tekijän katsotaan olleen tästä tietoinen. Todennäköisyystahallisuuden kriteerit ovat teräaseella tehtyjen tekojen arvioinnissa varsin mekaanisia ja keskittyvät yksiselitteisesti teosta ilmeneviin seikkoihin. Seurauksen ennakoitavuus määritellään veitseniskun osumakohdan ja voimakkuuden perusteella, ja myös tekijän katsotaan käsittävän tämän. Tekijän subjektiiviselle käsitykselle on annettu merkitystä lähinnä silloin, kun se on puoltanut tahallisuutta, eikä esimerkiksi kiihtyneen mielentilan tai mielenhäiriöiden ole katsottu vaikuttavan tekijän kykyyn ymmärtää veitseniskun seurauksia. Tarkoitustahallisuuden arvioinnissa seurauksen todennäköisyys ei ole yhtä merkittävässä asemassa kuin todennäköisyystahallisuuden arvioinnissa. Esimerkiksi veitseniskun osumakohdalla ei olekaan ratkaisevaa merkitystä silloin, kun muut yksittäiset seikat viittaavat yksiselitteisesti tappamistarkoitukseen. Seurauksen ennakoitavuuden osalta riittää, ettei seuraus ole ollut täysin poissuljettu.

Tekokeskeisyys näkyy myös välinpitämättömyystahallisuuden arvioinnissa, kun kyse on niin sanotuista tyyppitapauksista. Tekovälineen koolla, iskun osumakohdalla ja voimakkuudella sekä iskujen määrällä on merkitystä ennen kaikkea arvioitaessa tekijän käsitystä seurauksen syntymisen riskistä tai todennäköisyydestä. Esimerkiksi kaulan alueelle suunnattuun kontrolloituun ja riittävän voimakkaaseen veitseniskuun liittyy niin suuri riski uhrin kuoleman suhteen, ettei tekijän suhtautumista erikseen arvioida. Myös välinpitämättömyyden arvioinnissa merkitystä on annettu teosta

ilmeneville seikoille, kuten teon hengenvaarallisuudelle. Merkittävimpanä välinpitämättömyyttä osoittavana seikkana on pidetty teon jatkamista vielä sen jälkeenkin, kun uhri on jo maassa ja puolustuskyvytön. Teon jatkaminen ei kuitenkaan yksin riitä välinpitämättömyyden osoittamiseksi, vaan arvioinnissa otetaan huomioon myös muita, lähinnä tekijästä ilmeneviä seikkoja.

Mopedmannen-tapauksessa tekijän kiihtynyt mielentila poissulki tekijän tahallisuuden, mutta edellä käsitellyissä hovioikeuden ratkaisuisa tekijän mielentilaan liittyvät seikat ovat puhuneet lähinnä tahallisuuden puolesta. Merkitystä on niin tekohetkellä ilmenneillä vihamielisillä tunnekuohuilla kuin pidempiaikaisellakin uhuriin kohdistuvalla vihanpidolla. Persoonallisuushäiriöillä tai puutteellisilla kyvyillä käsittää omien tekojen seurauksia ei ole ollut merkitystä tahallisuuden kannalta, mutta mahdolliset puutteet todellisuudentajussa tai häiriintyneisyys saatettaisiin ottaa arvioinnissa huomioon. Vaikka häiriintyneisyyttä ja puutteellista todellisuudentajua ei näissä ratkaisuisa ole tarkemmin määritelty, voidaan tulkitta, että niillä viitataan erityisesti Mopedmannen-ratkaisun kaltaisiin tilanteisiin.

Ratkaisuista voidaan päätellä, että Ruotsissa ainakin tietty suunnitelmallisuus mutta myös voimakas isku esimerkiksi kaulan alueelle voivat puhua tarkoitustahallisuuden puolesta. Käytännössä suunnitelmallisuuden kynys on varsin matalalla ja perustuu lähes täysin tekijän oman kertomuksen uskottavuuteen esimerkiksi siitä, miksi tällä on ollut veitsi mukanaan.

3.2 Ampuma-aseella tehdyt teot

Yleisen elämäkokemuksen mukaan ampuminen suoraan toista kohti ainakin lähietäisyydeltä on yksi varimmista ”varsin todennäköisistä” tavoista aiheuttaa kuolema. Vihriälä onkin katsonut, että yleensä toista henkilöä ampuva henkilö olisi perusteltua tuomita taposta tai tapon yrityksestä, jollei toisenlaista päätelmää voida tehdä aseeseen liittyvien erityisominaisuuksien perusteella.⁷⁵

Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä tahallisuus ampuma-aseella tehdyissä teoissa edellyttää ensinnäkin sitä, että laukaus varsin todennäköisesti osuu kohteeseensa, ja toiseksi sitä, että osuman seurauksena varsin todennäköisesti on kohteen kuolema. Tähän viitattiin jo ratkaisussa KKO 1997:108, jossa B oli ampunut (omien sanojensa mukaan pelottelutarkoi-

⁷⁵ Ks. Vihriälä 2012, s. 195–196.

tuksessa) kadulta noin 10 metrin etäisyydeltä järeällä revolverilla kuusi laukausta kohti A:n omakotitaloa, jonka sisällä ei ollut valoja. Korkeimman oikeuden mukaan merkitystä oli sillä seikalla, tiesikö B ampuessaan, missä A tai joku muu henkilö talossa olisi voinut olla. B:n kertomusta laukausten ampumisesta tähtäämättä ja summittaisesti pelottelutarkoituksessa pidettiin uskottavana, ja sitä tuki selvitys luotien osumisesta laajalle alueelle eri puolille taloa. Vaikka neljä luodeista oli osunut asuinhuoneisiin, ei luodin osuminen A:han B:n tietien ollut olosuhteet kokonaisuudessaan huomioon ottaen korkeimman oikeuden mielestä varsin todennäköistä. Korkein oikeus jatkoi samaa perustelulinjaansa myös rikoslain kokonaisuudistuksen jälkeen ratkaisussa KKO 2004:16.

Vihriälän mukaan tahallisuuden arvioinnissa ei tulisi lähteä siitä, että ensin arvioitaisiin, millä todennäköisyydellä laukaus osuu, ja tämän jälkeen vielä osumisen seurauksen todennäköisyyttä, sillä tämä saattaisi johtaa siihen, ettei osumisen ja kuoleman yhteinen todennäköisyys ylittäisi 50:tä prosenttia, ja ettei tekijää voitaisi tuomita taposta eikä edes tapon yrityksestä, vaikka uhri kuolisi (jollei tarkoitustahallisuutta pystyttäisi osoittamaan).⁷⁶ Rikoslain tahallisuusnormi ei perustu tilastollisiin todennäköisyyksiin, mutta laukauksen osumisen todennäköisyyttä on välttämättömä arvioida, kun halutaan selvittää, mikä on tekijän käsitys seurauksen syntymisen todennäköisyydestä. Jos osuma ei ole varsin todennäköinen, ei myöskään laukauksen kohteen kuolema voi olla varsin todennäköinen. Tähdätty lähilaukaus osuu kohteeseensa täydellä varmuudella, joten laukauksen kohteen kuoleman todennäköisyyteen vaikuttaa enää se, mihin kohtaan kehoa laukaus oli tähdätty. Kymmenien metrien päästä ammutun summittaisen laukauksen osuminen on sen sijaan pääteltävä tapauksen olosuhteista. Jos osuminen ei ole ollut varsin todennäköistä, on vaikea löytää perusteluja sille, että tekijä olisi tästä huolimatta käsittänyt laukausten kohteen kuoleman ampumisensa varsin todennäköiseksi seuraukseksi.

Toisaalta teon hengenvaarallisuuden vuoksi intuitio ohjaa arvioimaan tekoa tahallisena riippumatta siitä, millä todennäköisyydellä seurauksen arvioidaan syntyvän. Kun tilanteessa on mukana ampuma-ase, vaara on ilmeinen ja tekijän painaessa liipaisinta hän tekee sen, mitä seurauksen syntyminen edellyttääkin. Intuitio teon tahallisuuden suhteen ei siis välttämättä seuraa intuitiota todennäköisyystahallisuuden kynnyksen ylittämisen suhteen, sillä siihen vaikuttaa myös tilanteen hallinta, jonka voidaan ajatella olevan ainakin lähes täydellinen sillä, joka asetta käsittelee.⁷⁷

⁷⁶ Ks. Vihriälä 2012, s. 195–196.

⁷⁷ Ks. Nuotio 2017, s. 985–987.

Venäläistä rulettia, jota myös korkein oikeus on ratkaisussaan KKO 2013:82 arvioinut, pidetään Ruotsissa tyyppiesimerkkinä tekijän häikäilemättömästä käyttäytymisestä. Häikäilemättömän käyttäytymisen voidaan puolestaan katsoa puhuvan tahallisuuden puolesta silloinkin, kun seurauksen syntymisen todennäköisyys ei ole ollut hyvin korkea.⁷⁸ Kyse on tällöin tietoisesta riskinotosta, jota ei yleensä toteuteta, jos ei olla valmiita hyväksymään myös seurauksia. Vaikka riski on pieni, ovat vammat toteutuessaan erityisen vakavia, ennakoimattomia ja lopullisia.⁷⁹ Ruotsissa omaksutun käsityksen mukaisesti ampuma-asetta käyttävän tekijän hallinnassa on oikeastaan vain se, lähtekö laukaus aseesta vai ei, sillä laukauksen seurauksiin tekijä ei enää voi vaikuttaa.⁸⁰

3.2.1 *Ampuma-aseet ja todennäköisyys*

Seurauksen syntymisen todennäköisyyttä voidaan myös ampuma-aseella tehdyissä teoissa arvioida samankaltaisten kokemussääntöihin perustuvien seikkojen nojalla kuin teräaseella tehdyissä teoissa. *Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisussa R 16/433* laukauksen osumakohdan merkitys oli ratkaiseva.

Lääkärintalouden mukaisesti asianomistajan vammat olivat olleet potentiaalisesti hengenvaaralliset. A ei ollut suunnannut laukaustaan asianomistajan keskikehon helposti vioittuvien sisäelinten alueelle. Asiassa esitetyn selvityksen perusteella katsottiin näytetyksi, että A:n tarkoituksena oli ollut tappaa uhri tai että hänellä olisi ollut tahallisuuden edellyttämä tietoisuus siitä, että hänen uhrin reiteen suuntaamansa isokaliiperisen ilmakiväärinlaukauksen varsin todennäköinen seuraus olisi tämän kuolema. Tekoa ei syyksiluettu A:lle tapon yrityksenä.

Ampuma-aseiden ominaisuudet ovat kuitenkin sen kaltaisia, että niihin voidaan yhdistää myös puhtaan matemaattisia laskelmia. Ampuma-aseen vaarallisuudelle ja teon moitittavuudelle ei korkeimmassa oikeudessa ole annettu merkitystä, kun seurauksen syntymisen todennäköisyys on ollut mitattavissa. Venäläistä rulettia koskeneessa ratkaisussa KKO 2013:82 korkein oikeus ei arvioinut seurauksen tilastomatemattista todennäköisyyttä suojeltavan oikeushyvän painavuutta vasten, vaan totesi yksiselitteisesti, että

⁷⁸ Ks. mm. NJA 2004 s. 176 ja NJA 2002 s. 449.

⁷⁹ Ks. Ulväng 2005, s. 9–10.

⁸⁰ Ks. Jareborg 2016, s. 53–54. Sama tosin pätee monista muistakin tekotavoista aiheutuviin seurauksiin.

seurauksen syntymättä jääminen oli tapauksessa ollut selvästi todennäköisempää kuin sen syntyminen.

Tapauksessa A:n ja B:n välinen riita oli kärjistynyt siihen, että A laukaisi pienessä wc-tilassa metrin etäisyydeltä revolverin kohti B:n otsaa kahdesti pyöräyttäen patruunarullaa sattumanvaraisesti ennen kumpaa-kin laukaisua. Lisäksi A oli laukaissut aseensa kohti omaa ohimoaan kahden eri pyöräytyksen jälkeen. Lopuksi A oli tietoisesti siirtänyt patruunarullan siten, että patruuna oli iskurin kohdalla ja osoittanut aseella B:n päätä kohti. Ase oli lauennut, kun A oli ollut laskemassa sitä ja vapauttamassa iskuria, jolloin luoti oli osunut seinään ja siitä kimmonnut palanen oli aiheuttanut B:lle lievän vamman. Korkein oikeus totesi, että teko olisi varsin todennäköisesti aiheuttanut B:n kuoleman, jos aseessa ollut panos olisi ollut iskurin kohdalla A:n laukaistessa aseensa kohti B:tä. Tahallisuuden alimman asteen kriteerien täytyminen riippui siis siitä, kuinka suurella todennäköisyydellä panos oli iskurin kohdalla sekä tekijän käsityksen mukaan että objektiivisesti tarkastellen. Tekijän käsitykseen vaikutti korkeimman oikeuden mukaan se, että A:n käyttämässä revolverissa oli ollut yksi panos ja että hän oli erikseen pyöräyttänyt lipasta ennen kumpaa-kin laukausta. Objektiivisesti tarkasteltuna seurauksen syntymisen todennäköisyyteen vaikutti se, kuinka todennäköistä oli ollut, että panos oli pyöräytyksen jälkeen ollut iskurin kohdalla.

Tilastomatematiikkaa ei voida kuitenkaan täysin sivuuttaa, kun tahallisuutta arvioidaan rikoslain 3 luvun 6 §:n kriteerein. Jos kuuden patruunan revolverin patruunalippaaseen asetetaan yksi patruuna, on seurauksen syntymisen todennäköisyys jokaisella laukauksella noin 16,7 prosenttia olettaen, että lipasta pyöräytetään kunkin laukauksen välissä. Jos taas lipasta ei pyöräytetä laukausten välillä, kasvaa seurauksen syntymisen todennäköisyys jokaisella laukauksella. Tekijää, joka pyöräyttää patruunalipasta laukausten välissä, ei lähtökohtaisesti voitaisi tuomita tapon yrityksestä tai tahallisesta henkirikoksesta todennäköisyystahallisuuden nojalla. Kokonaan toinen asia on kuitenkin se, onko tekijällä voinut olla jopa suoranainen tarkoitus tappaa.⁸¹

Teon moitittavuuden kannalta punninta seurauksen tilastomatematiittaisen todennäköisyyden ja suojeltavan oikeushyvän välillä olisi yllä viitatus korkeimman oikeuden ennakkoratkaisun osalta ollut perusteltua. Pelissä oli uhrin henki, ja laukauksen lähtiessä aseensa piipusta uhrin menehtyminen olisi ollut lähes varmaa. Pienessä tilassa uhrilla ei olisi ollut mitään mahdollisuutta väistää lähietäisyydeltä ammuttua luotia. Jos taas tekijällä ei

⁸¹ Ks. Hyttinen 2012, s. 92.

ollut mitään mahdollisuutta nähdä patruunan sijaintia patruunarullassa, ei hänellä ole voinut olla realistista käsitystä siitä, millä todennäköisyydellä laukaus lähtee ja uhri kuolee. Voidaan perustellusti todeta, että seuraus jäi tässä tapauksessa syntymättä vain sattumanvaraisista syistä.

Toisaalta silloinkin, kun tekijä väittää, ettei tarkoitus ole ollut tappaa, vaan ainoastaan pelotella uhria, tulisi tuomioistuimen todennäköisyys tahallisuuden lisäksi arvioida, onko tappamistarkoitus tullut näytetyksi.⁸² Edellä mainitussa ratkaisussa KKO 1997:108 tekijän kertomusta pidettiin uskottavana, koska laajalle levinneet luodit viittasivat summittaiseen ampumiseen eivätkä tarkasti tähdätyihin laukauksiin.

Turun hovioikeuden ratkaisussa R 14/1443 oli kysymys tilanteesta, jossa A oli ampunut pistoolilla muutamien metrien päässä ollutta B:tä kohti. B oli onnistunut väistämään luodin siten, että luoti osui lopulta B:n takana sijainneen auton ikkunaan. A itse väitti, ettei hänen tarkoituksenaan ollut osua B:hen, vaan että hän oli tähdännyt B:n lähelle pelottelutarkoituksessa. Käräjäoikeus luki teon A:n syyksi todennäköisyystahallisuuden kriteerein, mutta hovioikeus katsoi tarkoitustahallisuuden edellytysten täyttyvän. Viitaten korkeimman oikeuden ratkaisun KKO 2003:115 perusteluihin hovioikeus totesi mm. seuraavaa:

”A ei ole voinut pakoan juoksemassa ollutta B:tä lähietäisyydeltä ampuessaan lähteä siitä, ettei laukauksen osuminen B:hen olisi ollut mahdollista. Päinvastoin A:n on täytynyt pitää luodin osumista B:hen ja tämän kuolemista sen seurauksena varteenotettavana mahdollisuutena.”

Tarkoitustahallisuuden täytyminen edellyttää, että seurauksen syntyminen ei tekijän näkökulmasta katsottuna ole täysin poissuljettu. Laukaus oli tähdätty ja ammuttu läheltä, joten sen osuminenkin oli ollut mahdollista. Koska tekijän tappamistarkoitus tuli näytetyksi, ei osumisen todennäköisyyttä tarvinnut arvioida enemmälti.

3.2.2 Ampuma-aseet ja välinpitämättömyys

Riski ampumisen kohteeksi joutuvan henkilön kuolemasta on (laukauksen osumakohdasta riippuen) niin yleisesti tiedossa, että ampujankin katsotaan olevan tästä riskistä tietoinen. Koska tekijän välinpitämätön suhtautuminen on todettava tekohetken perusteella, on välinpitämättömyyden arvioinnissa tarkasteltava sitä silmänräpäystä, jolloin tekijä laukaisee aseensa.

⁸² Ks. Tapani ym. 2019, s. 266.

Svean hovioikeuden ratkaisussa B2901-18 oli kysymys useiden laukausten ampumisesta. Hovioikeus hyväksyi Västmanlandin käräjäoikeuden perustelut tahallisuuden osalta. Perusteluiden mukaan:

”När som i detta fall någon med vapen avlossar flera skott, särskilt när ett av skotten är riktat mot överkroppen och i brösthöjd, får risken för att den skjutne ska avlida till följd av skotten anses vara betydande, avsevärd och höggradig. Detta är ett handlande som typiskt sett är förenat med livsfara och detta måste A ha insett. Det har ändå inte hindrat honom från att skjuta. A har därmed i gärningsögonblicket, dvs. när skotten avlossats, haft likgiltighetsuppsåt att döda B.”

Merkittävä, huomattava ja korkea riski sille, että B kuolee, pääteltiin A:n ampumien laukausten määrästä ja erityisesti siitä, että yksi laukauksista oli suunnattu hengenvaaralliseen kohtaan B:n kehoa. Perustelujen muotoilusta on pääteltävissä, että myös yleisesti tiedossa oleva kokemussääntö toisen henkilön ampumisen hengenvaarallisesta luonteesta perustuu näihin seikoihin. Toisin kuin puukotustapauksissa, välinpitämätöntä suhtautumista osoittavana tekijänä ei pidetty teon jatkamista, vaikka tekijä ampui useampia laukauksia.

Hovioikeuden mukaan näyttö ei kuitenkaan riittänyt tarkoitus- tai tietoisuustahallisuuden toteamiseen. Perusteluiden mukaan:

”A har visserligen gått ut till mötet med B med ett skarpladdat vapen men sagt att han tog med sig det för att kunna försvara sig. Utöver detta finns det inget som tyder på att A planerat att döda B, eller att detta varit hans direkta eller indirekta avsikt.”

Kuten aiemmin esitellyissä puukotustapauksissa, myös tässä tapauksessa hovioikeus päätyi pohtimaan syytä sille, miksi tekijällä oli ase mukanaan. Erityistä tappamiseen liittyvää suunnitelmallisuutta ei kyetty toteamaan, sillä A kertoi ottaneensa aseensa mukaansa itsesuojelutarkoituksessa. Kyse oli lisäksi nopeasti edenneestä provokaatiotilanteesta, sillä B oli hyökännyt A:ta kohti veitsen kanssa juuri ennenkuin A ampui häntä kohti. Hovioikeus ei ottanut kantaa siihen, olisiko A voinut puolustautua tilanteessa ampuamalla B:tä vähemmän hengenvaaralliseen kohtaan kehossa.

Myös *Götan hovioikeuden ratkaisemassa tapauksessa B3348-17* laukauksia oli ammuttu useita, mutta niistä ei ollut aiheutunut välitöntä hengenvaaraa, sillä vain yksi oli osunut uhuriin ja sekin vasempaan pakaraan ja yläreiteen. Loput viisi laukausta A oli ampunut asfalttiin siinä yhteydessä, kun asetta oltiin ottamassa häneltä pois. Myös tässä tapauksessa A:lla oli

ollut ladattu pistooli mukanaan hänen tavatessaan B:n, mutta A ei ollut kertonut tälle syytä. Hovioikeus katsoi, ettei teko jäänyt tahallisuuden alimmalle asteelle, vaan se täytti tarkoitustahallisuuden edellytykset. Perusteluiden mukaan:

”A har således på kort avstånd från B avlossat ett skott mot hennes bröst. A har när han avlossade skottet varit medveten om att det skulle kunna döda henne. I sammanhanget kan inte bortses från att han redan den 18 mars 2017 sagt till dottern C att han skulle ha dödat B dagen innan om inte barnen varit hemma. Hovrätten finner därmed ställt utom rimligt tvivel att A handlade med avsiktssuppsåt när han sköt B.”

Hovioikeus ei arvioinut A:n käsitystä B:n kuoleman riskistä, vaan katsoi tämän olleen tietoinen, että ammuttu laukaus *voisi* tappa B:n. Tarkoitustahallisuuteen riittääkin, että kuolema on teon *mahdollinen* seuraus. Tarkoitustahallisuuden puolesta puhuivat tekoa edeltäneet olosuhteet sekä tekijän käyttäytyminen tekohetkellä. Käytännölle vieraalta tuntuisikin päätellä, että B:n kuolema ei muodostanut A:lle syytä pidättäytyä teosta, kun tämä oli jo aikaisemmin todennut tyttärelleen aikoneensa tappa B:n.

3.2.3 Yhteenvetoa ampumistapausten arvioinnista

Ampuma-aseella tehdyissä teoissa seurauksen syntymisen todennäköisyyden kannalta oleellinen seikka on ensinnäkin se, onko kyse lähilaukauksesta vai kauempaa ammutusta laukauksesta. Summittainen ampuminen kauempaa ei välttämättä johda teon tuomitsemiseen tapon yrityksenä. Jos laukaus on puolestaan läheltä ammuttu, on siirryttävä arvioimaan osuman seurauksen todennäköisyyttä. Jos laukaus on tähdätty uhrin jalkaan, voidaan perustellusti todeta, että tekijä on pitänyt uhrin henkiinjäämistä todennäköisempänä kuin tämän menehtymistä. Etenkin lähilaukauksen suuntaaminen hengenvaarallisiin kehonosiin viittaa jo tarkoitustahallisuuteen. Kun tällainen tähdätty lähilaukaus on ammuttu päähän, on tappamistarkoitus varmuudella osoitettu.⁸³

Ampuma-aseen käyttöön liittyy huomattava hengenvaara ja sen myötä myös erityinen moitittavuus. Jos tekijä esimerkiksi väittää ampuneensa vain pelottelutarkoituksessa, ei tahallisuuden arvioinnissa siirrytä pohtimaan, oliko tekijä pitänyt seurausta varsin todennäköisenä. Tekijän tarkoitus ei ole merkityksellinen seikka todennäköisyystahallisuuden arvioinnissa,

⁸³ Ks. esim. KKO 2004:57, kohdat 22–23.

ja toisaalta tarkoitus voidaan näyttää toteen kuten mikä tahansa muukin todistusteema.⁸⁴ Kun laukaus on läheltä ammuttu, riittää pelkkä laukauksen kohteen kuoleman mahdollisuus tappamistarkoituksen toteamiseen.

Ruotsissa tarkoitustahallisuus edellyttää, että tekijän toiminnasta on luettavissa tappamiseen liittyvää suunnitelmallisuutta, eivätkä ampumistapaukset muodosta tästä poikkeusta. Tappamistarkoitusta ei siten päätellä tekovälineen hengenvaarallisuuden perusteella, vaan merkitystä on ennen kaikkea sillä, miksi tekijä on kantanut asetta mukanaan. Myös tekoa edeltäneet tapahtumat, uhkailut ja provosointi uhrin taholta voivat viitata niin tappamistarkoitukseen kuin sen puuttumiseenkin. Tahallisuuden alimmalle asteelle jääneissä tapauksissa tekijän välinpitämätöntä suhtautumista ei ole erikseen arvioitu, kun laukaukset on suunnattu kehon hengenvaaralliselle alueelle. Tekijän käsittämä riski seurauksen syntymisestä on sen sijaan päätelty ampumiseen liittyvistä kokemussäännöistä, joista myös tekijän on katsottu olleen tietoinen. Toisen henkilön ampumiseen liittyy niin suuri kuoleman riski, että tekijän toiminta riskistä huolimatta osoittaa jo sinällään välinpitämätöntä suhtautumista.

3.3 Muita tekotapoja

Korkein oikeus on ratkaisussaan KKO 2012:98 todennut, että tapon edellyttämän todennäköisyystahallisuuden täyttymistä arvioidaan yleensä tarkastelemalla niitä seikkoja, joiden pohjalta tekijä on voinut teon aikana arvioida tekonsa seurauksia. Näitä ovat muun muassa tekijän mahdollisesti käyttämä tekoväline, käytetyn väkivallan voimakkuus ja kesto sekä se, mihin kohtaan uhrin kehoa teko on kohdistettu. On selvää, että tekovälineen vaarallisuus tekee vakavan seurauksen syntymisestä todennäköisempää, ja myös tekijän katsotaan tämän käsittäneen. Kun tekovälineen vaarallisuus ei ole yksiselitteisesti todettavissa tai sellaista ei ole lainkaan käytetty, on seurauksen syntymisen todennäköisyyttä arvioitava ennen kaikkea väkivallan voimakkuuden, keston ja kohteen perusteella. Toisaalta todennäköisyystahallisuuden arviointiin voi pahoinpitelytapauksissa liittyä monia muitakin seikkoja, jotka eivät välttämättä ole pääteltävissä teosta tai edes tekohetken tilanteesta. Välinpitämättömyystahallisuuden puolesta puhuvana argumenttina on usein esitetty, että tahallisuus voidaan sen avulla osoittaa myös niissä tilanteissa, joissa seurauksen syntymisen todennäköisyys jää tekijän näkökulmasta huomattavaa alemmalle tasolle.

⁸⁴ Ks. Korkka-Knuts ym. 2020, s. 191.

3.3.1 Todennäköisyys ilman tekovälinettä

Kun pahoinpitely tehdään ilman terä- tai ampuma-asetta, tekijälle jää enemmän aikaa harkintaan ja mahdollisuus lopettaa tekonsa ennen kuin siitä aiheutuu vakavin mahdollinen seuraus. Periaatteessa tekijällä on mahdollisuus tehdä joitain päätelmiä jo siitä, miten uhri reagoi teon aikana. Yleisenä kokemussääntönä on pidetty sitä, että riittävän voimakkaasta ja pitkään kestävästä potkimisesta erityisesti pään alueelle varsin todennäköisesti seuraa kuolema.⁸⁵

Korkein oikeus on kuitenkin ratkaisun KKO 2012:98 perusteluissa katsonut, ettei voimakaskaan pään ja kehon elintärkeille alueille kohdistuva väkivalta suoraan johda päätelmään, että pahoinpitely varsin todennäköisesti johtaa uhrin kuolemaan, vaan arviointi tulee perustaa kokonaisharkintaan, jossa otetaan huomioon tapauksesta ilmenevät seikat. Koska seurauksen ennakoitavuutta ei pahoinpitelytapauksissa voida tarkkaan määrittellä, korostuu tahallisuusarvioinnissa tekijän subjektiivisen käsityksen merkitys. Tekijän katsotaan voivan arvioida tekonsa seurauksia ottamalla huomioon erityisesti oman voimankäyttökykynsä, uhrin fyysiset ominaisuudet, ne kehon kohdat, joihin tekijä oli uhria lyönyt, lyöntien voimakkuuden ja määrän, pahoinpitelyn keston sekä havainnot uhrille pahoinpitelystä aiheutuneista vammoista.

Rovaniemen hovioikeuden ratkaisu R14/988 muistuttaa olosuhteiltaan ja lopputulokseltaan edellä mainittua korkeimman oikeuden ratkaisua. Tapauksessa A oli pahoinpidelty häntä heikommassa kunnossa ollut, pyörätuolissa istunut B:tä voimakkaasti nyrkein eri puolille vartaloa ja päätä sekä lyönyt tätä päähän noin 670 gramman painoisella kattilalla. B ei ollut hakeutunut hoitoon, eikä hänelle ollut soitettu ambulanssia, ja hän kuoli saamiinsa vammoihin pahoinpitelyä seuraavana päivänä. Varsinaista motiivia A:n tekemälle pahoinpitelylle ei löytynyt, vaan kyse oli lähinnä käsi-kähmästä alkaneesta tapahtumaketjusta. A tuomittiin törkeästä pahoinpitelystä ja kuolemantuottamuksesta. Perusteluissaan hovioikeus viittasi korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 2012:98.

”Todennäköisyystahallisuutta puoltavia seikkoja ovat pahoinpitelyn kesto, nyrkillä ja kattilalla lyöntien määrä ja kohdistaminen päähän sekä B:n vammojen moninaisuus ja laajuus. Todistaja C on makuuhuoneesta paikalle tultuaan havainnut A:n ja hyvin huonossa kunnossa olleen B:n asunnon vessassa, jonka lattialla on ollut verilammikko. B on jo tuolloin ollut varsin huonossa kunnossa, mikä A:n on täytynyt väkivallanteon

⁸⁵ Ks. Vihriälä 2012, s. 221–222.

aikana havaita. Tästä huolimatta A on jatkanut B:n pahoinpitelemistä keittiössä niin, että A oli välillä pitänyt taukoja ja jatkanut lyömistä joko nyrkein tai kattilalla. Tämä viittaa selvästi siihen, että A ei ole välittänyt siitä, miten B:lle pahoinpitelyn seurauksena käy. A:lla on ollut pahoinpitelyn aikana mahdollisuus arvioida toimintansa seurauksen todennäköisyyttä. Kun pahoinpitely on kohdistunut enimmäkseen B:n päähän, A:n on täytynyt ottaa huomioon se mahdollisuus, että pahoinpitelyn jatkamisesta voi seurata myös B:n kuolema.

Todennäköisyystahallisuutta vastaan puhuvat osittain pahoinpitelyn aikana ja sen jälkeen todetut tapahtumat. B:lle ei ole hälytetty paikalle sairaankuljetusta. Hän ei ole suostunut menemään lääkäriin vammojensa vuoksi vielä seuraavana päivänäkään C:n ja D:n kehotuksista huolimatta. B on mennyt pahoinpitelyn jälkeen nukkumaan makuuhuoneeseen A:n jäädessä siivoamaan jälkiä asunnosta. B on kuollut noin vuorokauden kuluttua tapahtumista. Näistä tapahtumista voi päätellä, että A ei välttämättä ole ymmärtänyt B:n tilan vakavuutta.

[...] kun kuitenkin huomioidaan, että tapahtumat nähneet ja B:n seuraavana päivänä tavanneet henkilöt eivät B:lle tulleista vammoista huolimatta ole hälyttäneet paikalle sairaankuljetusta, poissuljettuna ei ole pidettävä sitäkään mahdollisuutta, että kattilalla lyönneistä johtuva kuoleman todennäköisyys ei ole ollut niin selvästi havaittavissa, että A olisi sen B:tä lyödessään havainnut.”

Vaikka seurauksen ennakoitavuus voi yllä mainitun kaltaisissa tilanteissa olla miltei mahdotonta, ei sairaankuljetuksen hälyttämiselle tai hälyttämättä jättämiselle tulisi antaa ainakaan ratkaisevaa merkitystä. Helpointahan on nimittäin selittää jälkikäteen, ettei kukaan paikallaolleista ole havainnut, että sairaankuljetukselle olisi tarvetta. Voidaan myös kysyä, onko tekijän tahallisuuden arvioinnissa perusteltua antaa merkitystä sille, että uhri ei itse hakeutunut hoitoon. Korkein oikeus totesi jo ratkaisussa KKO 2004:16, ettei uhrin toiminnalla ole merkitystä tekijän vastuuta arvioitaessa, jollei uhrin katsota olleen itse vastuussa kuolemastaan.⁸⁶

Koska tahallisuuden arvioinnissa korostuu tekijän näkökulma, on huomattava, että tekijän tulkinta tekohetkestä voi poiketa täysin siitä, miltä se jälkikäteen arvioivan ulkopuolisen silmissä näyttää. Ihmisen elämäkokemus muotoutuu ajan ja olosuhteiden myötä, ja esimerkiksi myös alkoholistien alakulttuuri voi vaikuttaa siinä elävän henkilön maailmankuvaan. Henkilökohtaisen maailman malli näyttää maailman normaalit piirteet, ja

⁸⁶ Ks. KKO 2004:16, kohta 12.

se rakennetaan assosiaatioista, jotka yhdistävät säännöllisesti samana ajan-kohtana ilmenevät olosuhteet, tapahtumat, toiminnot ja tulokset. Kun nämä linkit muodostuvat ja vahvistuvat, määrittyvät myös tulkinta nykyhetkestä sekä tulevaisuudenodotukset.⁸⁷ Pahoinpitelyt voivatkin olla niin tavanomainen osa alkoholistiseurueiden arkea, ettei tiettyyn humalanvaiheeseen tai tapahtumaketjuun liittyvästä pahoinpitelystä aidosti osata odottaa pahoinpitelyn uhrin menehtymistä.

Edellä mainittuja pahoinpitelyratkaisuja yhdistää se, ettei tuomioistuin katsonut pahoinpitelyn jatkamisen vaikuttaneen siihen, oliko tekijä pitänyt pahoinpideltävän kuolemaa varsin todennäköisenä. Sen sijaan pahoinpitelyn jatkamisen katsottiin osoittavan tekijässä välinpitämättömyyttä seurauksen suhteen. Ratkaisujen perusteluissa todetaan myös lähes yhdenmukaisesti, että kehon elintärkeille alueille kohdistettujen iskujen perusteella tekijän on täytynyt ottaa huomioon mahdollisuus, että pahoinpitelyn jatkamisesta voi seurata myös uhrin kuolema. Tällöin tekijän syyksi voitaisiin siis lukea myös tarkoitustahallisuus, jos muut tekoon liittyvät seikat tätä tukisivat.⁸⁸

Vaikka seurauksen ennakoitavuutta on raakaankin pahoinpitelyn kohdalla mahdotonta osoittaa aukottomasti, on olemassa runsaasti tekemuotoja, joissa tappamisen tarkoitus ei jää epäselväksi. Näissä tapauksissa tahallisuuden arviointi todennäköisyystahallisuuden kriteerein tuntuukin alimitoituilta.

Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisussa R 15/815A oli lyönyt maassa selällään maannutta B:tä kaksi kertaa 18,3 kilon painoisella kivellä päähän kasvoihin ja sitten suorilla jaloilla seisten pudottanut kiven tämän kasvojen päälle. Tämän jälkeen A oli vetänyt B:n 8,5 metrin matkan kalliota pitkin ja pudottanut hänet kallion päältä järven jäälle. Jää ei ollut pettänyt B:n alta, ja hän oli raahautunut itse rantaan, josta A ja C olivat auttaneet hänet takaisin kalliolle. C:n mukaan A oli ollut vastentahtoinen avun soittamiseen B:lle ja pyytänyt C:tä kertomaan B:n vammojen aiheutuneen kaatumisesta. C oli esitutkinnassa kertonut myös, että A oli sanonut ennen kuin oli lyönyt B:tä kivellä: ”Tapetaan se” ja ”Ei sitä jää kukaan kaipaamaan”.

Syyksilukemisesta hovioikeus totesi seuraavaa:

⁸⁷ Ks. Kahneman 2012, s. 88.

⁸⁸ Teon jatkamisen on korkeimman oikeuden käytännössä katsottu myös osoittavan teki-joissä erityistä julmuutta sekä sitkeää surmaamispyrkimystä. Ks. KKO 2005:7.

”A:n on täytynyt pitää B:n kuolemaa varsin todennäköisenä seurauksena raskaalla kivellä päähän lyömisestä sekä sen pudottamisesta kasvoille. Tämän jälkeen A on vetänyt B:n 8,5 metrin matkan kalliota pitkin ja pudottanut hänet kallion päältä järven jälle.”

Syytteen mukaan A:lla oli ollut nimenomainen pyrkimys tappa B ja tämä oli pudotettu jälle hukuttamistarkoituksessa. Hovioikeus ei kuitenkaan uskonut hukuttamistarkoitukseen, sillä paikalla oli kantava jää. A oli vedonnut siihen, ettei teko ollut suunnitelmallinen, koska kiveä ei ollut tuotu paikalle etukäteen eikä B:tä houkuteltu paikalle pahoinpitelytarkoituksessa, vaan teko oli tapahtunut pikaistuksissa. On ilmeistä, että A on varmasti pitänyt B:n kuolemaa tekonsa varsin todennäköisenä seurauksena, mutta on erityisen vaikeaa ymmärtää, mikä muu kuin tappamisen tarkoitus olisi saanut A:n iskemään B:tä kahdesti painavalla kivellä kasvoihin ja vielä tämän jälkeen raahaamaan häntä miltei 10 metriä ja pudottamaan kalliolta jälle. Ilman hukuttamistarkoitustakin tappamistarkoitus näyttää selvältä. Vaikuttaa siltä, että varsinaisen suunnitelmallisuuden puuttuminen vaikutti tahallisuuden asteeseen, mutta teon moitittavuuden kannalta syyllisyysarviointi jää kuitenkin reilusti alakanttiin.

Siinä missä perinteisen, lyömällä ja/tai potkimalla tehdyn pahoinpitelyn seurauksia voi olla mahdotonta ennakoida, on kuristamisen hengenvaarallisuus yleisesti tiedossa. Korkeimman oikeuden mukaan näin on siitäkin huolimatta, että vain lääketieteellisen koulutuksen saaneella voi olla riittävät tiedot sen selittämiseen, miten kuolema käytännössä aiheutuu kuristamisen seurauksena. Kun kuristamisella tukitaan uhrin hengitystiet, estyy hengittäminen ja mahdollisesti myös verenkierto pään alueelle.⁸⁹ Kuristamistapauksissa merkitystä onkin erityisesti sillä, kuinka kauan tekiä on tekoaan jatkanut ja miten hän on reagoinut uhrin tilaan.

Ratkaisussa KKO 2019:106 tekijän katsottiin voineen arvioida tekonsa seurauksia oman voimankäyttökykynsä, uhrin fyysisten ominaisuuksien, käyttämänsä väkivallan voimakkuuden ja keston ja sen kohdistumisen kaulan alueelle sekä uhrin teon aikaisesta käyttäytymisestä tekemiensä havaintojen perusteella. Tahallisuutta vastaan puhui korkeimman oikeuden mukaan A:n uskottava kertomus siitä, että tämä oli pyrkinyt rauhoittamaan tilannetta ja pitämään aikaisemminkin aggressiivisesti käyttäytynyttä B:tä aloillaan poliisien saapumiseen saakka. A oli myös pyytänyt todistajana kuultua X:ää soittamaan poliisit paikalle. X puolestaan oli asunnolta poistuessaan arvioinut, ettei B:llä ollut hengenvaaraa. A:n B:n kaulan alueelle

⁸⁹ Ks. KKO 1998:2.

kohdistama väkivalta viittasi kuitenkin siihen, että A:n oli täytynyt pitää B:n kuolemaa varsin todennäköisenä. A oli puristanut B:n kaulaa ensin kahdella kädellä ja sen jälkeen pitämällä toista kättään B:n kaulan ympärillä kuristusotteessa. A, joka oli B:tä huomattavasti suurikokoisempi, oli myös maannut osittain B:n päällä koko kehon painollaan. B oli tilanteen aikana huutanut, ettei saa henkeä, ja X oli kehottanut A:ta rauhoittumaan. A ei kuitenkaan ollut lopettanut, vaan oli jatkanut kuristusotettaan ja hellittänyt vasta, kun B oli ollut liikkumaton. Korkein oikeus katsoi, että A:n ennakoitavissa oli ollut B:n hengityksen estyminen ja menehtyminen sen seurauksena, eikä A myöskään ollut lopettanut tekoaan B:n avunhuudoista ja käyttäytymisestä huolimatta.

Toisin kuin ensin mainituissa pahoinpitelytapauksissa, kuristamistapauksissa teon jatkamiselle on annettu ratkaiseva merkitys tappotahallisuuden kannalta. Itse menettelyn, hengitysteiden tukkimisen, vaarallisuuden voidaan katsoa olevan niin ilmiselvää, että seurauksen syntyminen on todella kiinni vain siitä, kuinka kauan kuristaja tekoaan jatkaa. Edellä mainitussa tapauksessa tahallisuus olisi voinut olla jopa tarkoitustahallisuutta, jos muut tekoon liittyneet olosuhteet eivät olisi muuhun viitanneet. A:n pyrkimys oli rauhoittaa tilannetta ja B:tä, ja A oli itse pyytänyt X:ää soittamaan poliisit. Omalla tavallaan ratkaisu on myös eräänlainen tyyppitapaus tahallisuuden alimmalla asteella, ja perustelut osuvat oikeaan. A:n toiminta johti huonoimpaan mahdolliseen lopputulemaan, ja vaikka se ei ollutkaan hänen tavoitteensa, oli A:n täytynyt tekonsa ja siihen liittyneiden seikkojen perusteella pitää B:n kuolemaa varsin todennäköisenä.

Tyyppitapausten ulkopuolelta löytyvät usein ne tapaukset, joissa seurauksen syntyminen voi näyttäytyä tekijälle yhtä todennäköisenä kuin sen syntymättä jääminenkin. *Helsingin hovioikeuden ratkaisussa R 17/1806* oli kyse mm. siitä, oliko A yrittänyt tappaa B:n tai ainakin yrittänyt tehdä hänelle ruumiillista väkivaltaa syyttämällä tämän sängyn palamaan. Neljän hengen päihtyneestä seurueesta B ja C olivat menneet nukkumaan humalaansa pois, kun A ja D olivat vielä jääneet juomaan olutta. A oli jossain vaiheessa käynyt tupakalla parvekkeella ja käynyt myös B:n huoneessa. A:n palattua keittiöön D oli havainnut B:n huoneen suljetun oven alta kajastavan valoa, mennyt katsomaan tilannetta huoneen ovelle ja nähnyt B:n sängyn jalkopään olevan tulessa. D oli sammuttanut palon olohuoneesta hakemallaan peitolla ja raahannut nukkuvan B:n ulos huoneesta. B oli herättyään soittanut poliisin paikalle. Hovioikeus katsoi asiassa esitetyn näytön perusteella, että A oli syyttänyt tulipalon pikaistuksissa ja jossain määrin harkitsematta, eikä mikään asiassa esitetty osoittanut, että hänen suoranaisten tarkoituksenaan olisi ollut B:n tappaminen.

Todennäköisyystahallisuutta puoltavaksi seikaksi hovioikeus katsoi sen, että palo oli syttynyt nopeasti liekkipaloksi ja lähtenyt leviämään, minkä oli täytynyt olla myös A:n havaittavissa. Hovioikeuden mukaan on myös yleisesti tiedossa, että tulipalo asuinhuoneistoissa aiheuttaa hengenvaarallisia savukaasuja, jotka voivat tainnuttaa ihmisen. A oli jättänyt nukkuvan B:n palavaan sänkyyn, poistunut huoneesta ja sulkenut oven perässään. Hovioikeus totesikin teon olleen potentiaalisesti hyvin vaarallinen ja palon sammuttamisen onnistumisen olleen palon leviämisenopeus huomioon ottaen jossain määrin sattumanvaraista. A:n menettelyn katsottiin osoittavan ilmeistä piittaamattomuutta ja välinpitämättömyyttä siitä, mitä seurauksia B:lle hänen teostaan aiheutuu. Tahallisuutta vastaan puhui kuitenkin hovioikeuden mukaan ensinnäkin se, että A oli palon sytyttämisen jälkeen itse jäänyt asuntoon, jossa myös D oli ollut tuolloin hereillä. Toiseksi A ei ollut käyttänyt teossa paloa kiihdyttäviä aineita eikä hänellä ollut voinut olla mitään tarkkaa tietoa palon etenemisnopeudesta. Hovioikeus katsoi, ettei tietoa savukaasujen hyvin nopeasta tainnuttavasta vaikutuksesta voida pitää yleisesti tiedossa olevana seikkana siten, että A olisi yksin tällä perusteella voinut pitää B:n menehtymistä varsin todennäköisenä.

Asiantuntijalausunnon mukaan tilanne oli ollut potentiaalisesti hengenvaarallinen ja olisi ilman toisen henkilön evakuointia ja palon sammuttamista johtanut erittäin todennäköisesti vakavaan häkä- ja palomyrkytykseen ja mahdolliseen kuolemaan. Mahdollista olisi kuitenkin voinut olla myös se, että B olisi herännyt paloon ja päässyt itse poistumaan huoneesta. Hovioikeus päätyi hylkäämään syytteen tapon yrityksestä. Ratkaisun perusteluiden mukaan:

”Vaikka D:n puuttuminen palon leviämiseen ajoissa ja palon sammuttamisen onnistuminen ei ole ollut A:n näkökulmasta varmaa, edellä lausuttu seikat huomioon ottaen hovioikeus katsoo, että asiassa ei ole tullut tapon yrityksen syyksilukemiseen riittävällä varmuudella näytetyksi, että käsillä olleissa olosuhteissa A olisi sängyn sytyttäessään pitänyt B:n kuolemaa tekonsa varmana tai varsin todennäköisenä seurauksena.”

Jos tappavaa häkä- tai palokaasupitoisuutta on kenenkään mahdotonta määritellä, on selvää, ettei siihen kykene myöskään päihtynyt illanviettäjä. Voidaan kuitenkin väittää, että myös päihtynyt illanviettäjä ymmärtää toimintansa vakavuuden, kun hän sytyttää yhtä päihtyneenä nukkumaan menneen toverinsa sängyn tuleen ja sulkee oven perässään. Todennäköisyystahallisuuden näkökulmasta perustelut ovat kuitenkin ymmärrettävät, sillä A saattoi yhtäältä hyvinkin uskoa, että palo paljastuu myös hereillä olevalle D:lle tai jopa että B herää ja poistuu huoneesta mutta toisaalta pitää yhtä

uskottavana myös sitä, että B kuolee. Todennäköisyystahallisuuden edellytykset jäävät tällöin täyttymättä. Vaikka savukaasujen tappava vaikutus todettiin yleisesti tiedossa olevaksi seikaksi, ei se ole niin yleisesti tiedossa, että tahallisuus voitaisiin todeta *yksin* sen perusteella (vrt. esimerkiksi puukonisku kaulaan).

Moitittavuuden näkökulmasta tekijän syyllisyys ei toisaalta ole kaukana myöskään tarkoitustahallisuudesta. Vaikka tekijä ei käyttänyt paloa kiihdyttäviä aineita eikä hänellä ollut tarkkoja tietoja palon etenemisestä tai palokaasupitoisuuksista, voi humalassa nukkuvan henkilön sängyn tuleen sytyttäminen osoittaa myös surmaamispyrkimystä. Tapaus on tahallisuuden näkökulmasta vaikeasti ratkaistavissa, ja periaatteessa kumpikin tahallisuuden aste voisi olla oikea vastaus. Teon moitittavuuteen nähden hovi-oikeuden ratkaisu ei välttämättä ole oikeassa suhteessa.

Tekovälineen puuttumisen lisäksi tahallisuuden arviointi voi olla haastavaa, kun henkeen ja terveyteen kohdistuvassa rikoksessa käytetty tekoväline on erityisen epätyypillinen. Esimerkiksi henkilöautoa ei yleisesti ottaen pidetä hengenvaarallisena tekovälineenä, vaikka päälle ajon seuraukset ovatkin lähes poikkeuksetta vakavia. Tällaisissa tapauksissa tekijän käsitystä seurauksen todennäköisyydestä arvioidaan ottaen huomioon tapahtumaolosuhteet sellaisina kuin tekijä on ne havainnut. Ratkaisussa KKO 2010:19 A oli ajanut henkilöautolla noin 80 kilometrin tuntinopeudella B:tä kohti. KKO katsoi, että A:n oli täytynyt käsittää, että jos hän törmää autollaan B:hen, seurauksena on varsin todennäköisesti B:n kuolema tai vakava vammautuminen. Asiassa oli kuitenkin korkeimman oikeuden mukaan vielä ratkaistava, miten todennäköisenä A on voinut pitää auton törmäämistä B:hen.

”Käsillä olevan kaltaisessa pysäytystilanteessa voidaan lähtökohtana pitää sitä, että poliisimies pyrkii väistämään, jos hän havaitsee, ettei pysäytysmerkkiä tulla noudattamaan. Tämä edellyttää kuitenkin sellaisia olosuhteita, joiden vallitessa on mahdollista ajoissa havaita kuljettajan aikomukset ja onnistua väistämisessä. Läpiajoon liittyy aina huomattavia vahinkoriskejä. Pysäytysratsian paikka on ollut pitkällä suoralla valaistulla tieosuudella. B:llä on ollut hyvin aikaa tehdä havaintoja lähestyvistä A:n autosta ja sen liikkeistä. B on havainnut, että A:n auto on lähestynyt pysäytyspaikkaa kohtalaisella tasaisella vauhdilla jarruttamatta ja reagoimatta pysäytysmerkkiin.

Pysäytysmerkin näyttämisestä A saattoi päätellä, että B oli jo etäältä havainnut hänet. Tapahtumaolosuhteisiin ei liittynyt mitään sellaista seikkaa, joka A:n tieteen olisi vaikeuttanut B:n mahdollisuuksia väistää

A:n kuljettamaa autoa. Mahdollista olisi silti ollut, että B olisi tulkinut tilanteen väärin ja myöhästynyt väistämässä tai esimerkiksi kompastunut jääden auton alle. Näissä olosuhteissa selvästi todennäköisempi vaihtoehto on kuitenkin ollut se, että B selviäisi vahingoittumattomana uhkaavasta tilanteesta.”

Tekijän vastuu jää perusteluissa vähemmälle kuin esimerkiksi ratkaisussa KKO 2004:120, jossa molempien osapuolten suojana oli ajoneuvo. Tekijän käsitys seurauksen syntymisen todennäköisyydestä perustuukin lähes täysin siihen, miten päälle ajon kohde on tilanteessa toiminut tai miten tekijä on voinut ennakoida tämän toimivan. Toisaalta merkitystä näyttää olleen myös sillä, että päälle ajon kohteena oli poliisimies, joka ymmärtää läpi-ajon riskit ja osaa tarvittaessa väistää kohti ajavaa ajoneuvoa. Teon moitittavuus ei kuitenkaan käy ilmi näistäkään perusteluista, vaikka ajonopeus on ollut huomattava ja uhri on ollut autoon nähden täysin ilman suojaa.

3.3.2 Välinpitämättömyys ilman tekovälinettä

Voidaan sanoa, että toisen kuoleman aiheuttaminen useilla potkuilla ja lyönneillä osoittaa tekijässä vielä enemmän täydellistä välinpitämättömyyttä toisen henkeä ja terveyttä kohtaan kuin esimerkiksi ampuminen tai puukottaminen. Pahoinpitelystä kuolema seuraa paljon hitaammin, ja siksi se aiheuttaakin luultavasti suurempaa kärsimystä uhrille.⁹⁰ Pahoinpitelytapauksissakin tahallisuuden kannalta ratkaisevaa on se, mihin tekijän välinpitämättömyys kohdistuu. On siis pohdittava, onko tekijä suhtautunut välinpitämättömästi pahoinpitelyn kohteen kuolemaan vai ainoastaan siihen, että tälle aiheutuu kipuja. Toisaalta lähtökohtana tulee olla tekijän *tekohetkellä* osoittama välinpitämättömyys.

Svean hovioikeuden ratkaisussa B9585-16 oli kyse hyvin nopeasti edenneestä tapahtumaketjusta, jossa A oli voimakkaasti alkoholin, huumeiden ja dopingaineiden vaikutuksen alaisena ja mustasukkaisuuden vallassa pahoinpidellyt tyttöystävänsä B:n. Siitä, kun A oli saapunut B:n asunnolle, oli kulunut vain 13 minuuttia siihen, kun A oli soittanut ambulanssin. A:n osoitettiin kohdistaneen makuullaan olleen, itseään heikomman uhrin kasvojen, kaulan ja pään alueelle useita iskuja ja ainakin yhden potkun. Hovioikeus kävi ratkaisussa varsin seikkaperäisesti läpi teon yksityiskohtia, kuten sitä, oliko uhriin kohdistettuja potkuja ollut viisi, kymmenen vai kahdeksan. Tekokeskeisyys näkyy myös tahallisuusperusteluissa, sillä

⁹⁰ Ks. Vihriälä 2012, s. 222.

vahvistettuaan käräjäoikeuden tahallisuusperustelut hovioikeus nosti omis-
sa perusteluissaan esille erityisesti väkivallan laadun. Perusteluiden mu-
kaan:

”Hovrätten vill särskilt lyfta fram att det kraftiga våld som A har utövat mot Bs huvud typiskt sett måste anses vara förenat med livsfara, vilket A också måste ha förstått. Den omständigheten att A, efter att han hade avslutat gärningen, i ett larmsamtal uttryckte sig på ett sätt som kan upp-
fattas som att han då inte längre var likgiltig inför effekten att B skulle dö, föranleder inte någon annan bedömning av vilken inställning han hade i gärningsögonblicket.”

Voimakas väkivalta ja siitä *tyypillisesti aiheutuva hengenvaara* viittaavat siihen, että kyse oli hovioikeuden näkemyksen mukaan tekotyyppiin pe-
rustuvasta tahallisuudesta. *Tekijän käsitystä seurauksen syntymisen riskistä* ei perusteluissa mainita. A:n suhtautumisen arvioinnissa hovioikeus koros-
ti suhtautumista *tekohekellä*, minkä vuoksi merkitystä ei ollut enää sillä, miten A oli suhtautunut tekonsa seuraukseen *teon jälkeen* soittamassaan hätäpuheluissa. A:n päihtymyksellä ei ollut merkitystä tahallisuuden kan-
nalta, vaikka hänen käytöksensä oli paikalle saapuneen poliisin mukaan lähes psykoottista. A:n kiihtyneen mielentilan katsottiin vaikuttaneen ai-
noastaan siihen, miten luotettavana hänen esitutkinnassa antamaansa selvi-
tystä voitiin pitää.

Voimakkaan ja pitkäkestoisen väkivallan on voitu katsoa viittaavan myös tarkoitustahallisuuteen. *Skånen ja Blekingen hovioikeuden ratkaisus-
sa B2517-16* hovioikeus vahvisti käräjäoikeuden ratkaisun perustelut ja katsoi A:n syyllistyneen murhan yritykseen. A:n B:hen kohdistaman väki-
vallan katsottiin olleen hillitöntä ottaen huomioon sen, ettei B ollut kohdis-
tanut A:han minkäänlaista väkivaltaa. A oli lyönyt B:tä 4–5 kertaa paistin-
pannulla, kunnes pannu oli mennyt rikki, ja tämän jälkeen yrittänyt lyödä B:tä veitsellä. Veitsi oli kuitenkin osunut B:n rannekelloon, kun hän oli nostanut kätensä suojautuakseen iskulta. Hovioikeuden perusteluiden mu-
kaan:

”Vid våldsutövningen har A varit kraftigt berusad, och B har genom rö-
relser försökt att värja sig. Vid dessa förhållanden har det varit omöjligt
för A att närmare styra hur illa hans slag, hugg och stick skulle träffa.
Fast han varit berusad, måste han ha insett detta. Vid nu angivna förhål-
landen talar redan As faktiska agerande med styrka för att hans direkta
avsikt varit att beröva B livet. Till detta kommer de uttalanden han gjort
under händelsens gång. Redan i inledningen av händelseförloppet har

han uttalat en direkt avsikt att döda B, och strax innan denne flydde från lägenheten har han återkommit tillfrågan om liv och död på ett sätt som talar för att han då fortfarande – även om han tillfälligt besinnat sig – övervägt att ta Bs liv. Om en gärningsman avbryter en misshandel och låter den misshandlade komma undan, kan detta tala mot att uppsåt att ta den misshandlades liv föreligger. A har emellertid inte avbrutit misshandeln på eget initiativ utan först sedan B vädjat till honom och han sannolikt också blivit distraherad av något som hänt utanför lägenheten. Vidare har misshandeln avbrutits först sedan den gått mycket långt och B orsakats omfattande skador i bl.a. huvudet. Vid dessa förhållanden talar det förhållandet att A avbrutit misshandeln bara i någon liten mån mot att han haft uppsåt till Bs död. Även med beaktande av att A avbrutit misshandeln och låtit B lämna lägenheten, talar hans faktiska agerande i övrigt sammantaget med hans i början av misshandeln uttalade avsikt att ta Bs liv med sådan styrka för att han avsett att genom misshandeln beröva B livet att det är ställt utom rimligt tvivel att så varit fallet. A har alltså haft uppsåt – i form av s. k. avsiktssuppsåt – till Bs död.”

A:n iskujen sattumanvaraisuus ja pahoinpitelyn jatkaminen vielä vakavien vammojen aiheuttamisen jälkeen olisivat voineet puhua myös välinpitämättömyystahallisuuden puolesta, mutta B:n kuoleman riskin ei todennäköisesti katsottu olleen huomattavaa tasoa. Vaikka A oli päästänyt B:n pois tilanteesta (joskaan ei omasta aloitteestaan), tappamistarkoituksen puolesta puhuivat sekä A:n toiminta kokonaisuudessaan että hänen esittämänsä tappouhkaukset.

Myös riittävän voimakas ja pitkään kestävä kuristusote voi pään alueelle kohdistuvien iskujen ohella puoltaa teon tahallisuutta, sillä tällaisella otteella ei voida katsoa tarkoitettua aiheuttaa pelkästään kipua tai vahinkoa, vaan siihen liittyy aina hengenvaara.⁹¹ *Götan hovioikeuden ratkaisussa B2725-18* tekijä A oli pitänyt B:tä otteessaan noin 20–30 sekuntia ja kertoi irrottaneensa otteen oma-aloitteisesti. A kertoi, ettei ote ollut tarkoitettu kuristusotteeksi, vaan että otteen tarkoituksena oli vain estää B:tä jatkamasta pahoinpitelyä. Hovioikeus korosti tekijän käsittämän riskin arvioinnin merkitystä välinpitämättömyystahallisuuden arvioinnissa ja sitä, että vasta seurauksen riskin ollessa huomattava voidaan siirtyä arvioimaan tekijän välinpitämättömyyttä. Välinpitämättömyyden arvioinnissa hovioikeus katsoi lähtökohdaksi ensinnäkin sen, mitä tekijä oli seurauksen suhteen uskonut. Tilanteessa, jossa tekijä on käynyt uhrin päälle, lähtö-

⁹¹ Ks. NJA 1998 s. 86.

kohtana on tapa, jolla uhrin päälle on käyty, ja ne seuraukset, joita tästä tyypillisesti aiheutuu. Perusteluiden mukaan:

”Med hänsyn till greppets kraft och varaktighet anser hovrätten att A måste ha insett att det fanns en avsevärd risk för att B skulle kunna dö till följd av hans fortsatta handlande. Frågan är därmed om han också var likgiltig inför att denna effekt skulle inträda. De omständigheter som talar för att A i gärningsögonblicket var likgiltig inför effekten av strupgreppet är att han höll kvar strupgreppet under en längre tid, att taget blev kraftigare samt att han höll kvar detta även efter det att B tryckte in sina fingrar i hans mun. Det bör i sammanhanget också framhållas att A inte avslutade angreppet frivilligt samt att han var arg och påverkad av såväl alkohol som narkotika. För att A hade det uppsåt som åklagaren har hävdar talar även i någon mån hans uttalande till B om att ”det här är det sista du säger”, även om det bör påpekas att det är vanligt att sådana yttranden fälls utan närmare eftertanke eller mening.

Det finns dock omständigheter som talar i motsatt riktning. Varje strupgrepp är inte typiskt sett ägnat att leda till döden. A hade tidigare angripit B på liknande sätt utan att ha uppsåt att beröva denne livet. Även om A måste ha förstått att hans agerande var potentiellt livsfarligt, är det oklart vad han hade för närmare föreställningar om risken med sitt agerande. Enligt rättsintyget hade B blivit försatt i ett livshotande tillstånd om greppet mot halsen gjort att han hade förlorat medvetandet. Som väl är blev B inte medvetlös och han kunde i vart fall under stora delar av angreppet röra sig och göra motstånd. Enligt hovrättens mening går det inte med rimlig grad av säkerhet att utesluta att A hade valt att avbryta angreppet om B hade förlorat medvetandet, när de allvarliga konsekvenserna av struptaget hade blivit mer uppenbara och risken för en dödlig utgång tydligare. Hovrätten anser således inte att det är visat att A vid gärningstillfället var likgiltig inför att B skulle dö.”

Kuristusotteen voima ja pitkä kesto viittasivat siihen, että B:n kuolemalle oli ollut huomattava riski. Välinpitämättömyyden puolesta puhuvina seikkoina huomioitiin niin teosta kuin tekijästäkin ilmeneviä seikkoja. Hovioikeus huomioi myös A:n uhkailut, joskin huomautti, että A:n käyttämää ilmaisua käytetään yleensä ilman suurempia tausta-ajatuksia. Välinpitämättömyyttä vastaan puhui kuitenkin se, että A oli aiemminkin pitänyt B:tä samanlaisessa otteessa eikä tappotahallisuutta tällöin ollut ollut käsillä. Hovioikeus totesikin, etteivät kaikki kuristusotteet johda automaattisesti uhrin kuolemaan. A:n suhtautuminen teostaan aiheutuviin riskeihin jäi epäselväksi, vaikka hänen katsottiin täytyneen ymmärtää toimintansa

mahdollinen hengenvaarallisuus. B ei ollut menettänyt tajuntaansa ja kykeni tekemään vastarintaa, joten hovioikeus ei varmuudella voinut poissulkea sitä mahdollisuutta, että A olisi päästänyt irti, jos B olisi menettänyt tajuntansa ja riski B:n kuolemasta olisi kasvanut merkittäväksi.

Kun tahallisuus ei ole pääteltävissä yksiselitteisesti tekotavasta, korostuu kokonaisarvion merkitys. *Länsi-Ruotsin hovioikeuden ratkaisussa B3369-14* A oli kohdistanut B:hen voimakasta ja laajaa väkivaltaa, heittänyt tämän ulos keskellä yötä ja jättänyt tämän sinne lähes alasti päihtymyksestä alentuneessa tajunnantilassa. B oli kuollut kaksi viikkoa myöhemmin voimakkaan kylmettymisen seurauksena. Hovioikeuden ratkaisun perusteluiden mukaan:

”Tillvägagångssättet och omständigheterna under vilken gärningen har utförts har enligt hovrättens mening varit sådana att A har förstått att det förelegat en risk för att hans agerande skulle kunna leda till B avled. Det har alltså varit fråga om ett medvetet risktagande från As sida.

Utredningen i målet ger inte närmare underlag för bedömningen av As uppfattning om hur stor sannolikheten varit för att B faktiskt skulle avlida. Vid impulsstyrda våldsbrott, som det varit fråga om här, är det inte ovanligt att det saknas närmare utredning om vad gärningsmannen föreställt sig om sannolikheten för effekten av sitt handlande. Beträffande angreppssättet kan konstateras att A har utsatt B för en brutal och omfattande misshandel, släpat honom utomhus och mitt i natten – vid förhållandevis låg temperatur – lämnat honom nästan naken vid en snöhög i ett medvetandesänkt tillstånd och ytterst utsatt läge. Detta är typiskt sett förenat med livsfara. Angreppssättet i sig talar starkt för att likgiltighet förelegat.

A var uppenbarligen i en upprörd sinnesstämning och var påverkad av alkohol och droger, som enligt yttrande från Rättsmedicinalverket kan ge hämninglösande verkan och som enligt As egna uppgifter kan orsaka att han blir kall, avtrubbad, aggressiv och att hans empati försvinner. Även detta talar för likgiltighet. A har därefter, enligt egen uppgift utan tanke på vad som skulle hända med B, städat upp i bostaden, samlat ihop Bs kläder och lämnat dem i en sopsäck vid en sopstation och sedan åkt iväg för att äta. As agerande efter gärningen talar även det för likgiltighet. As beteende har sammantaget varit påtagligt hänsynslöst och han har inte vidtagit någon åtgärd för att se om B skulle klara sig. A har uppgett att han i samband med att han åkte iväg för att äta skulle ha sett att B stått vid rampen på skolan och ropat att han ville in. -- I det fall uppgiften om att B stått vid rampen på skolan stämmer anser hovrätten att detta närmast är en bekräftelse av As likgiltighet inför vad som skulle

kunna hända med B. Detta eftersom han såg B försöka få hjälp på en öde skola mitt i natten utan att göra något för att hjälpa honom. Utöver det som ovan nämns tillkommer Cs uppgifter om att A – när han vaknade på morgonen – sade att det var poliser utanför och att det kommer stå i tidningen samt att han sade att B antagligen ligger därute. Det har således inte framkommit någon omständighet som tyder på att A skulle ha brytt sig om vad som skulle kunna hända med B. Sammantaget är de omständigheter som talar för likgiltighet så omfattande och försvårande att annan bedömning inte kan göras än att A genom sitt handlande visat sig vara likgiltig inför om B skulle avlida.”

Tekijän käsittämän riskin lisäksi hovioikeus arvioi tekijän käsitystä seurausten syntymisen todennäköisyydestä, joista molempien edellytykset täytyivät jo tekotavan ja siitä tyypillisesti aiheutuvien seurausten perusteella. Tekijän välinpitämättömyyteen viittasi ennen kaikkea A:n toiminta kokonaisuudessaan mutta osittain myös tämän päihtymys ja kiihtynyt mielentila.

Tekijän tahallisuus perustuu kokonaisarvioon myös silloin, kun tekoväline on epätavallinen. *Götan hovioikeuden ratkaisussa B1194-16* kyse oli siitä, oliko A ajanut B:n päälle autolla tahallaan ja ulottuiko tahallisuus päälle ajosta aiheutuneisiin vammoihin menehtyneen B:n kuolemaan. A:lla ja B:llä oli ollut aikaisemmin illalla riitaa työpaikallaan. A oli poistunut sieltä hieman B:n jälkeen ja ajanut B:n päälle takaapäin noin 40 kilometrin tuntinopeudella. Törmäyksen seurauksena B oli lyönyt pänsä tolppaan ja menehtynyt saamiinsa kallovammoihin. Hovioikeus totesi, ettei aikuisen ihmisen päältä ajaminen 40 kilometrin tuntinopeudella tyypillisesti aiheuta uhrin kuolemaa eikä sen myöskään voida sanoa olevan erittäin todennäköistä. Yleisesti ottaen riski uhrin vakavalle vammautumiselle törmäyksen ja maahan kaatumisen seurauksena on kuitenkin huomattava, mikä myös tekijän oli täytynyt käsittää. Koska seurauksen syntymisen todennäköisyys jäi alle vaadittavan tason, oli tekijän välinpitämättömyys arvioitava muiden seikkojen perusteella.

A:n välinpitämättömyyden puolesta puhuvana seikkana hovioikeus otti huomioon merkittävän häikäilemättömyyden, jota A oli osoittanut ajaessaan vailla suojaa olleen B:n päälle takaapäin huolimatta tietämästään huomattavasta kuoleman riskistä. Lisäksi A:n katsottiin olleen kiihtyneessä mielentilassa lähtiessään työpaikalta hänen ja B:n välisen riidan vuoksi. A ei myöskään ollut jäänyt tapahtumapaikalle auttaakseen vakavasti loukaantunutta B:tä.

Välinpitämättömyyttä vastaan puhuviksi seikoiksi hovioikeus kuitenkin katsoi ensinnäkin sen, että A oli palannut tapahtumapaikalle pyydettyään

apua mm. tuttavaltaan C:ltä. Merkittävin välinpitämättömyyttä vastaan puhuva seikka oli A:n ja B:n välinen suhde. Ennen tekoiltaan tapahtunutta riitaa he olivat olleet hyviä työtovereita, eikä mitään suoria yhteenottoja heidän välillään ollut aiemmin tapahtunut. A:n ei katsottu suhtautuneen B:n kuolemaan välinpitämättömästi, mutta vakava tietoinen riskinotto johdatti teon tuomitsemiseen törkeän pahoinpitelyn ohella törkeänä kuolemantuottamuksena.

3.3.3 Yhteenvetoa muiden tekotapojen arvioinnista

Tyypitapauksista poikkeavista tekomuodoista aiheutuvista seurauksista ei välttämättä ole kokemussääntöä, joka olisi myös yleisesti tiedossa. Edellä käsitellyissä ratkaisuissa tahallisuuden arviointi perustuukin usein teko hetkeen, sitä edeltäneisiin ja sen jälkeisiin seikkoihin. Tekijän käsitys seurauksen syntymisen todennäköisyydestä voi näyttää subjektiivisemmalta kuin tyypitapauksissa. Tekijän käsitykseen voi vaikuttaa esimerkiksi se, onko hän jatkanut tekoaan uhrin puolustuskyvyttömyydestä huolimatta. Toisaalta teon jatkaminen voi pahoinpitelytapauksissa viitata tekijän välinpitämättömyyteen, mutta ei tekijän käsitykseen seurauksen todennäköisyydestä. Kuristamistapauksessa teon jatkamisen merkitys oli kuitenkin ratkaiseva seurauksen syntymisen kannalta. Todennäköisyystahallisuuden arviointiin näyttää lisäksi vaikuttavan muiden paikalla olleiden – myös uhrin – toiminta tekotilanteessa ja sen jälkeen. Tekijän käsitys seurauksen syntymisen todennäköisyydestä on päätelty esimerkiksi siitä, ovatko paikalla olleet hälyttäneet uhrille apua.

Verrattuna Ruotsin korkeimman oikeuden ratkaisuun NJA 2002 s. 449 korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2010:19 on mielenkiintoinen. Ruotsin korkein oikeus nimittäin tulkitsi samankaltaisen tilanteen niin, että tekijä oli jatkanut tekoaan tietoisena siitä, ettei hän itse voisi vaikuttaa siihen, jäisikö asianomistaja auton alle, kun taas korkein oikeus katsoi tekijän voineen olettaa, että poliisimies ehtii väistää häntä.

Välinpitämättömyystahallisuuden arvioinnissa tekijän käsittämän riskin taso todetaan jo tekotavan perusteella, samoin seurauksen syntymisen hyvin korkea todennäköisyys (silloin, kun sitä on arvioitu). Toisaalta voimakas ja pään alueelle kohdistunut väkivalta voi puhua myös välinpitämättömyyden puolesta, eikä arviointiin vaikuta sekään, että tekijä on lopettanut pahoinpitelyn oma-aloitteisesti ja hälyttänyt paikalle apua. Myös tekijän kiihtynyt, jopa psykoottisen oloinen mielentila on tällaisessa tapauksessa pikemminkin puhunut välinpitämättömyyden puolesta kuin sitä vastaan. Siitä, mitä tekijä seurauksen suhteen uskoo, voi kertoa tekijän aikaisempi

toiminta. Aiemman kokemuksensa perusteella tekijän voidaan katsoa uskoneen, ettei teko johda vakavimpaan mahdolliseen seuraukseen. Välinpitämättömyyden arviointi voi perustua myös kokonaisarvioon tekotavasta, tekijän teonjälkeisestä toiminnasta sekä tekijän mielentilasta. Voimakkaan väkivallan lisäksi merkitystä on sillä, onko tekijä osoittanut häikäilemättömyyttä tai vihamielisyyttä uhria kohtaan, sekä sillä, onko hän ryhtynyt toimenpiteisiin seurauksen estämiseksi. Tekijän välinpitämätöntä suhtautumista vastaan saattaa puhua jopa hänen ja uhrin välillä ennen tekoa ollut ystävyysuhde.

Tarkoitustahallisuudenpuolesta puhuvia seikkoja voivat olla erityisen voimakas väkivalta sekä pahoinpitelyn jatkaminen uhrille aiheutuneista vakavista vammoista huolimatta. Edes varsinaista suunnitelmallisuutta ei ole tällaisessa tapauksessa edellytetty. Tappouhkaukset voivat viitata tarkoitustahallisuuteen, mutta välttämättä niille ei anneta kovin suurta painoarvoa tekijän tahallisuutta arvioitaessa.

4 KOKOAVIA HAVAINTOJA OIKEUSTAPAUKSISTA

Tyypitapauksissa suomalainen ja ruotsalainen oikeuskäytäntö on lähes tulkoon yhdenmukaista. Tekijän käsitys seurauksen syntymisen riskistä ja todennäköisyydestä arvioidaan tietyyntyyppisestä teosta tyypillisesti aiheutuvien seurausten perusteella. Kun riski seurauksen syntymiselle on riittävän korkea, ei tekijän suhtautumistakaan ole välttämätöntä arvioida erikseen. Välinpitämättömyystahallisuuden vakiintuneesta asemasta huolimatta ruotsalaiset hovioikeudet soveltavat myös eräänlaisia tahallisuusmallien yhdistelmiä, joissa tahallisuus perustellaan sekä todennäköisyystahallisuuden että välinpitämättömyystahallisuuden kriteerein. Näissä ratkaisuissa ruotsalainen tahallisuusmalli muistuttaa rikoslakiprojektin aikanaan ehdottamaa tahallisuuden alarajaa ja todennäköisyysarvio muistuttaa nykyistä suomalaista todennäköisyystahallisuutta. Vaaditun todennäköisyyden asteen voisi sanamuodon perusteella tulkita sijaitsevan eri paikoissa, sillä Ruotsissa seurauksen syntymisentodennäköisyyden on oltava ”hyvin korkea” ja Suomessa seurauksen syntymisen on oltava ”varsin todennäköistä”. Käytännössä raja näyttää kuitenkin asettuvan samalle tasolle, sillä esimerkiksi herkästi vahingoittuvien sisäelinten alueelle kohdistetun puukoniskun tai pitkäkestoisen kuristusotteen on katsottu viittaavan niin ”varsin todennäköisesti” kuin ”hyvin korkeastikin” seuraukseen. *Götan hovioikeuden ratkaisussa B2334-17* kaulaan suuntautuneen puukoniskun katsottiin johtavan jopa hyvin korkealla todennäköisyydellä ja riskillä uhrin

kuolemaan. Suomessa kuoleman todennäköisyys on näissäkin tilanteissa katsottu ”varsin todennäköiseksi”.⁹²

Haastavimmillaan tekijän tahallisuuden arviointi on niissä tilanteissa, joissa seurauksen syntymisen todennäköisyyttä ei voida yksiselitteisesti esimerkiksi kokemussääntöjen nojalla osoittaa. Todennäköisyystahallisuudessa tekijän subjektiivisen käsityksen arviointiin vaikuttavat näissä tapauksissa tekoa edeltäneet ja sen jälkeiset tapahtumat, tekijän mahdollinen motiivi, tekohetken olosuhteet sekä jopa tietty kulttuuri, jossa tekijä elää. Kun tahallisuus ei välinpitämättömyystahallisuudessa ole todettavissa suoraan tekijän käsittämän riskin tai seurauksen todennäköisyyden perusteella, arvioidaan tekijän välinpitämättömyyttä muun muassa tekijän ja uhrin välisen suhteen, tekijän menneisyyden ja jopa hypoteettisen kokeen perusteella. Tekijän välinpitämättömyyden suhtautumiseen voivat viitata myös tekoa edeltäneet ja sen jälkeiset tapahtumat.

Kokemussäännöt, joihin erityisesti tyyppitapausten perusteluissa nojataan, perustuvat ihmisten samankaltaisuuteen niissä seikoissa, joilla syyllisyyssarvioinnissa on ratkaiseva merkitys. Lähes kaikilla on samat aistieliimet, jotka toimivat lähtökohtaisesti samalla tavalla, joten voidaan ajatella, että kaikilla ihmisillä on samat peruskyyvyt sekä -odotukset ja tulkinnat ympäristöstä ja muista ihmisistä. Tahallisuusarvioinnin perustana onkin siis todeta se, mitä lähes kaikilla aikuisilla ihmisillä on kyky käsittää ja ymmärtää.⁹³ Vaikka ihmisten oman toiminnan, koulutuksen ja ympäristön tarjoamasta tiedosta ja päättelyn kautta muodostuvat kausaalisuhteita koskevat käsitykset ovat erilaisia ja käsityksen muodostamiseen vaikuttavat myös henkilökohtaiset kyyvyt ja ominaisuudet,⁹⁴ ei yksilölliselle poikkeavuudelle ole kokemussääntöjen arvioinnissa annettu merkitystä niin Suomessa kuin Ruotsissakaan. Lähtökohtaisesti aikuisen, syyntakeisen henkilön katsotaan ymmärtävän tiettyyn toimintaan tyypillisesti liittyvät seuraukset.

Jos yleisesti tiedossa olevia kokemussääntöjä ei ole käytettävissä, on todennäköisyystahallisuuden arvioinnissa käytetty tapauskohtaista kokonaisharkintaa. Kokonaisharkinnassa huomioidaan kuitenkin ainoastaan ne seikat, joiden perusteella *tekijä* on voinut tekohetkellä arvioida tekonsa seurauksia,⁹⁵ ja tällaisten lisäperustelujen merkitys voi tapauskohtaisesti

⁹² Puukonisku kaulaan tosin on eräissä tapauksissa katsottu myös tarkoitukselliseksi.

⁹³ Ks. Jareborg 2016, s. 102–103.

⁹⁴ Ks. Matikkala 2005, s. 92.

⁹⁵ Ks. KKO 2012:98, kappale 8.

vaihdella riippuen tuomarin harkinnasta.⁹⁶ Pahoinpitelytapauksissa perustelut saattavat rakentua yksinomaan lisäperustelujen varaan ja merkillepantavaa on, että kokonaisharkinnassa huomioidut seikat ovat hyvin pitkälti samoja kuin ne, joihin myös välinpitämättömyystahallisuudessa nojataan, kun tekijän käsittämän riskin tai seurauksen syntymisen todennäköisyyden taso jää epävarmaksi tai alle vaaditun rajan.

Ruotsissa kokemussääntöjen puuttuminen voi johtaa hankalaan tilanteeseen, jos tekijän käsittämän riskin tasoa ei pystytä päättelemään teon luonteesta. Ratkaisuista voidaan kuitenkin päätellä, että tekijän käsitys huomattavasta riskistä näkyy hyvin monenlaisessa toiminnassa. Seurauksen syntymisen todennäköisyydellä on välinpitämättömyystahallisuudessa erilainen merkitys kuin todennäköisyydestahallisuudessa, sillä tekijän voidaan katsoa suhtautuneen uhrin kuolemaan välinpitämättömästi, vaikka kuoleman todennäköisyys jäisi alle vaaditun rajan. Todennäköisyysarvioinnin kannalta kokemussääntöjen puuttumisella ei olekaan välinpitämättömyystahallisuudessa ratkaisevaa merkitystä.

Suomessa syyllisyysarviointi saattaa jäädä herkästi tahallisuuden alarajalle, vaikka tekotapa ja sitä ympäröivät olosuhteet viittaisivat tappamistarkoitukseen. Tekijän toiminnalta tunnutaankin edellyttävän jopa tietynasteista tappamiseen liittyvää suunnitelmallisuutta tai vähintäänkin selkeää motiivia tappamiselle ennen kuin tarkoitustahallisuuden kriteereiden on katsottu täyttyvän. Tahallisuuden eri muotojen on katsottu olevan lähtökohtaisesti samanarvoisia tunnusmerkistöjen soveltamisessa huolimatta aste-eroista, ja jollei tunnusmerkistöstä muuta ilmene, tahallisten rikosten rankaisemisessa riittää tahallisuuden alin aste.⁹⁷ Teon moitittavuus ei kuitenkaan tahallisuuden asteen valinnassa välttämättä näy, vaikka syyllisyysarvioinnissa on kyse juuri siitä. Moitittavuus ja hengenvaarallisuus näkyvät selvimmin, kun teossa on käytetty ampuma-asetta. Jos kyse on hengenvaaralliseen kehonosaan suunnatusta laukauksesta ja osuminen on vähintäänkin mahdollista, ei tekijän tappamistarkoituksesta voi yleensä jäädä varteenotettavaa epäilyä.

⁹⁶ Ks. Hahto 2004, s. 396.

⁹⁷ Ks. HE 2002/44 vp, s. 74. Poikkeuksena ovat ne tunnusmerkistöt, joissa olosuhteiden osalta on edellytetty tietoa ("tieten") taikka joissa vaaditaan erityistä tarkoitusta (tämä ilmaistaan joko finaaliirakenteella tai esimerkiksi verbeillä "aikoa" tai "tarkoittaa").

4.1 Todennäköisyystahallisuus

Suomessa tahallisuuden määritelmän kirjaamista rikoslakiin perusteltiin mm. sillä, että sen myötä vältettäisiin sitoutuminen alati muuttuviin ja keskustelun kohteena oleviin rikosoikeusteoreettisiin rakennelmiin. Lainsäätäjä katsoi, että johdonmukaisella ja ristiriidattomalla peruskäsitteistöllä pystyttäisiin takaamaan myös lainsäädännön johdonmukaisuus sekä oikeusvarmuus.⁹⁸ Toisin kuin rikoslain erityiseen osaan kirjatut tunnusmerkistösäännökset, rikosoikeudellisen vastuun yleisten edellytysten määritelmät rakentuvat kuitenkin oikeudellisen erityiskielen varaan, jolloin säännöksissä käytettyjen termien taustalla on erilaisia käsitteitä, teoreettisia rakennelmia ja vakiintuneita kielenkäytön sääntöjä. Voidaan sanoa, että rikosoikeudellisen vastuun yleisiä edellytyksiä koskevat säännökset on suunnattu erityisesti lainkäyttäjille, kuten tuomareille, jotka katsovat yleisten oppien alaan kuuluvia kysymyksiä tietystä rikossäännöksestä ja oikeudenkäyntiaineistosta esiin nousevista kysymyksenasetteluista käsin.⁹⁹ Suurin osa tahallisuuden alarajalle osuvista tapauksista on oikeudellisesti ennakoitavia, ja johdonmukainen oikeuskäytäntö on johtanut siihen, että kuka tahansa tavallinenkin kansalainen voi ottaa tahallisuuden kriteereistä selvää. Toisaalta tahallisuuden soveltuvuus voi olla tuomarillekin epäselvää sellaisissa tilanteissa, joissa kriteereitä ei voida suoraan soveltaa.¹⁰⁰

Tuomarin liikkumavara rikosoikeuden yleisten oppien soveltamisessa onkin herättänyt keskustelua. Laillisuusperiaatteen kannalta kestävämmänä on pidetty ajatusta siitä, että tuomarin tulisi noudattaa rikostunnusmerkistöjä täsmällisesti, mutta rikosoikeuden yleiset opit hän voisi ymmärtää, kuten tahtoo.¹⁰¹ Hyttinen pitää selvänä, että rikoslain yleisten oppien avoimuus jättää tuomarille enemmän harkinnanvaraa. Hän kuitenkin täsmentää, ettei tuomari harkinnanvaransa nojalla voi luoda yleisiä oppeja, vaan lähinnä täsmentää yleisten oppien merkitystä *in concreto*.¹⁰² Tapani, Tolvanen ja Hyttinen katsovat, että toisin kuin rikostunnusmerkistöjen tulkinnassa, sanamuodon mukainen tulkinta ei ole lähtökohtana yleisiä oppeja tulkittaessa. Sen sijaan korostunut merkitys on esimerkiksi lainvalmisteluasiakirjoilla ja aikaisemmalla oikeuskäytännöllä. Käytännössä

⁹⁸ Ks. HE 44/2002 vp, s. 9.

⁹⁹ Ks. Tapani 2006, s. 441.

¹⁰⁰ Ks. Hyttinen 2015, s. 52, SOU 1996:185, s. 50.

¹⁰¹ Ks. Hyttinen 2015, s. 51, Matikkala 2005, s. 22, Tapani ym. 2019, s. 160–161.

¹⁰² Ks. Hyttinen 2015, s. 51–52. Hyttinen kuitenkin huomauttaa, että oikeuden luomisen ja täsmentämisen välinen raja on häilyvä. Ks. myös Korkka-Knuts ym. 2020, s. 74 ja Tapani 2010, s. 27. Toisin kuitenkin Matikkala 2005, s. 22.

yleiset opit edellyttävät tuomarilta enemmän tulkintaa, mutta rikoslain soveltamisen ennakoitavuus edellyttää, ettei liikkumavara kasva liian suureksi.¹⁰³ Tietynlainen lainsäädännön viimeistelemättömyys on voinutkin johtaa siihen, että tuomioistuinten päätöksillä on Suomessa enemmän merkitystä kuin kymmenen vuotta sitten.¹⁰⁴ Jo hallituksen esitys nojasi pitkälti korkeimman oikeuden vakiintuneeseen käytäntöön, ja jättäessään todennäköisyystahallisuuden kriteerit osittain avoimeksi tuli lainsäätäjää siirtäneeksi rikoslain 3 luvun 6 §:n tulkintavastuun edelleen korkeimmalle oikeudelle.

Edellä käsiteltyjen suomalaisten ratkaisujen valossa on valitettavaa, ettei rikoslakiprojektin ehdotusta haluttu toteuttaa. Jos tahallisuus olisi käsillä myös, kun tekijä on pitänyt seurausta varteenotettavana mahdollisuutena, milloin menettelyn on katsottava osoittavan hänen hyväksyneen tunnusmerkistön toteutumisen, olisi myös inhimilliset seikat mahdollista huomioida tahallisuuden arvioinnissa. Tekotyyppejä ei myöskään rajautuisi tahallisuuden ulkopuolelle pelkän epäselvän todennäköisyysasteen perusteella. Voidaan myös sanoa, että juuri pahoinpitelyt ja tekotyypiltään poikkeavat tapaukset ovat sellaisia, joissa tekijä on pitänyt seurauksen syntymättä jäämistä epätodennäköisempänä kuin sen syntymistä (tai joissa hän ei ole ottanut kantaa seurauksen todennäköisyyteen) ja joissa tekijä on suhtautunut seuraukseen myönteisesti siihen kuitenkin pyrkimättä. Yleisten oppien uudistuksen yhteydessä tahallisuuden ulottaminen näihin tapauksiin katsottiin tarpeettomaksi.

Huolenaiheena ehdotuksen aikoihin oli, että ehdotettu säännös johtaisi tekijän tahallisuudenarviointiin yksinomaan teon perusteella. Nykyiset arviointikriteerit osoittavat kuitenkin, että teko on keskeinen arviointiperuste myös voimassa olevan rikoslain 3:6:n mukaisessa tahallisuuden arvioinnissa eikä muita perusteita juurikaan huomioida. Myöskään korkeimman oikeuden huoli siitä, että menettelyn jatkaminen ei säännösehdotuksen perusteella riittäisi tahallisuuden toteamiseksi, ei ollut aiheellinen, sillä korkeimman oikeuden nykyisessä käytännössä se ei välttämättä yksin riitä.¹⁰⁵ Toisaalta tiettyjä epävarmuustekijöitä tässä mallissa olisi liittynyt siihen, miten tekijän hyväksyminen olisi tullut arvioida. Jos arviointikriteereiksi olisi hyväksytty tekijän tunnetilaan ja suhtautumiseen liittyvät seikat, olisi malli lähes täydellisesti vastannut tämän päivän välinpitämättömyystahallisuutta. Ruotsin esimerkki osoittaa kuitenkin, että tahallisuuden arvioinnin haasteet alkavat joka tapauksessa siinä kohdassa, jossa

¹⁰³ Ks. Tapani ym. 2019, s. 161.

¹⁰⁴ Ks. Hyttinen 2015, s. 146.

¹⁰⁵ Ks. esim. KKO 2012:98.

seurauksen ennakoitavuuden aste jää alle vaaditun rajan. Riskinä olisi myös voinut olla, että tekijään liittyville seikoille olisi annettu merkitystä itse teon kustannuksella.

Todennäköisyystahallisuuden suurimmat ongelmat ovat sen jäykkyydessä. Arviointikriteereitä muotoillessaan lainsäätäjät kävi kattavasti läpi erilaisia tyyppitapauksia, mutta tuli samalla aliarvioineeksi kriteereiden merkityksen tilanteissa, joissa teon seurauksesta ei ole yleisesti tunnettua kokemussääntöä, mutta joissa tekijä on suhtautunut seuraukseen myönteisesti. Tahallisuuden kiinnittäminen seurauksen syntymisen todennäköisyyteen on yhtäältä lisännyt ennakoitavuutta mutta toisaalta sulkenut tietyt tekemuodot väistämättä tahallisuuden ulkopuolelle. Koska tietyn suuruisen tekijän mieltämätodennäköisyys ehti vakiintua tahallisuuden kriteeriksi ja se oli myös helposti ymmärrettävissä, ei tekijän arkista käsitystä juuri syvällisemmin pohdittu. Kuitenkin nimenomaan tekijän arkisen käsityksen syvällisempää ymmärtämistä tarvittaisiin niissä tapauksissa, joissa yleisesti tunnettua (ja näin ollen myös tekijän tiedossa olevaa) kokemussääntöä ei ole olemassa.

Todennäköisyystahallisuuden arviointikriteereissä ratkaiseva asema on teolla ja lähtökohtana on se, että jokaisella on tietyt perusoletukset ja kyvyt arvioida tekojensa seurauksia, mutta tahallisuuden ja tuottamuksen rajapinnalla liikkuvissa tapauksissa on usein kyse tilanteista, joissa tekijä ei välttämättä itsekään osaa jälkikäteen sanoa, mitä teostaan uskoi seuraavan. Ihmisillä on myös luontaisesti puutteellinen kyky palauttaa mieleen vanhoja tietämyksiään, jotka sittemmin ovat muuttuneet, mikä voi johtaa siihen, että syytetyn ja todistajien lausunnot perustuvat mielen jälkikäteen rakentamiin kuvailuihin siitä, pitikö tekijä seurausta varsin todennäköisenä vai ei. Alun perin intuitioon perustuneesta ”uskosta” ehtiikin oikeudenkäyntiin mennessä tulla älyllisempää ja huolellisemmin ajateltua.¹⁰⁶ Teon jälkikäteeseen arviointiin liittyy myös tiettyä jälkiviisautta, sillä ennustamattoman asian tapahtuessa ihmisellä on taipumus sovittaa maailmankuvansa välittömästi sattuneen yllätyksen mukaiseksi. Jos asia on tapahtunut, on ihminen taipuvainen liioittelemaan sen aiemmin arvioitua todennäköisyyttä, ja jos asiaa taas ei ole tapahtunut, muistaa ihminen herkästi pitäneensä sitä aina epätodennäköisenä.¹⁰⁷ Edellä mainittu voi päteä sekä siinä, miten seurauksen syntymisen todennäköisyys arvioidaan ulkopuolisin silmin, että siinä, miten tekijä sen jälkikäteen arvioi. Selkeästi tekorikosoikeudellisesta

¹⁰⁶ Ks. Kahneman 2012, s. 246, Jareborg 2016, s. 68.

¹⁰⁷ Ks. Kahneman 2012, s. 234–235.

pohjasta huolimatta todennäköisyystahallisuuteen liittyy inhimillisiä epävarmuustekijöitä, jotka osoittavat sen heikkoudet.

4.2 Välinpitämättömyystahallisuus

Ruotsin korkein oikeus totesi ratkaisussaan NJA 2016 s. 763, että tahallisuusarvioinnin kannalta merkitykselliset olosuhteet vaihtelevat tapauskohtaisesti, mutta tahallisuuden ja tuottamuksen väliin usein asettuvien impulsiivisten väkivaltarikosten arvioinnissa merkityksellisiä olosuhteita ovat tekotyypin ja sen tyypillisesti aiheuttamat seuraukset. Vaikka Ruotsissa on perinteisesti katsottu, ettei tekijän suhtautumista tekonsa seuraukseen voida päätellä itse teosta, on välinpitämättömyyden tosiasiallisuudesta katsottu ilmenevän nimenomaan tekijän menettelystä ja yleisen elämäkokemuksen mukaisista kokemussäännöistä.¹⁰⁸ Edellä käsiteltyjen ratkaisujen perusteella tekotyypin ja siitä tyypillisesti aiheutuvan seurauksen merkitys näyttää kuitenkin korostuvan vain tyyppitapauksissa, joissa tekotyypin viittaa myös tekijän käsittämään hyvin korkeaan riskiin seurauksen syntymisestä.

Ruotsalaisen oikeustieteen vuosikymmeniä jatkunut pyrkimys saattaa tahallisuuden tiedolliset elementit voimakkaammin osaksi tahallisuuden alarajan määritelmää on osittain onnistunut, sillä tekijän käsittämän riskin ja todennäköisyyden merkitys välinpitämättömyystahallisuuden arvioinnissa on kasvanut. Linjanmuutoksen voidaan katsoa johtuvan korkeimman oikeuden itse asettamistaan kriteereistä, joiden mukaan tekijän on katsottava ”hyväksyneen seurauksen” tai ”ottaneen sen kaupanpäälle”. Tämän tyyppiset kriteerit edellyttävät tietoon perustuvien seikkojen, kuten tekijän käsittämän todennäköisyyden, arvioimista.¹⁰⁹

Mopedmannen-tapaus herätti huolta siitä, että arviointi perustuisi jatkossa puhtaasti seurauksen todennäköisyyteen, jolloin tekijän moitittava suhtautuminen tekonsa seuraukseen jäisi huomioimatta.¹¹⁰ Huoli vaikuttaa kuitenkin olleen aiheeton, sillä kovin monessa edellä käsitellyssä ratkaisussa seurauksen todennäköisyyttä ei edes mainittu. Lisäksi on huomautettava, ettei Mopedmannen-tapaustakaan ratkaistu yksinomaan seurauksen todennäköisyyden nojalla. Kognitiiviset kriteerit eivät ole syrjäyttäneet tekijän suhtautumisen arviointia, sillä perusteluissa otetaan usein kantaa mm. tekijän mielentilaan, päihtymykseen ja muihin vastaaviin seikkoihin,

¹⁰⁸ Ks. Borgeke 2015, s. 389.

¹⁰⁹ Ks. myös Ulväng 2016, s. 133.

¹¹⁰ Ks. esim. Svensson 2017, s. 189–190.

vaikka kokemussäännöt itsessään viittaisivat huomattavaan riskiin tai hyvin korkeaan todennäköisyyteen. Siinä missä tekijän suhtautumiseen liittyviä kriteereitä on sovellettu melko johdonmukaisesti ja pitkään, ovat kognitiiviset kriteerit vasta tarkentumassa oikeuskäytännössä. Uskon ei ole katsottu osoittavan välinpitämättömyyden asennetta eikä näin ollen sopivan myöskään välinpitämättömyystahallisuuden arviointikriteeriksi,¹¹¹ ja niissä tapauksissa, joissa seurauksen riski ei ole ollut huomattava tai todennäköisyys ei ole ollut hyvin korkea, mutta joissa tekijän asenne on ollut erityisen moitittava, arviointi perustuu edelleen tekijän uskon sijaan tekijän suhtautumiseen.¹¹² Pääsääntönä vaikuttaa olevan, että negatiivisena ja pahantahtoisenä ilmenevä mielenkiihitys puhuu välinpitämättömyyden puolesta, kun taas pelko, shokki tai muu vastaava puhuu sitä vastaan. Eriyisesti vaaditun todennäköisyyden alittavissa tapauksissa tekijän suhtautumisen arvioinnissa saatetaan käyttää jopa hypoteettiseen kokeeseen viittaavia perusteluja, ja joissain tapauksissa ruotsalaisten tuomioistuinten ratkaisuiden perustelut vaikuttavat siltä kuin tekijää ja hänen menettelyään yritettäisiin kaikin keinoin ymmärtää.

Ruotsalaisessa oikeustieteessä on kritisoitu alempien tuomioistuinten tahallisuuserusteluja siitä, että ne eivät ole olleet täysin linjassa korkeimman oikeuden antamien suuntaviivojen kanssa.¹¹³ Kriittikki on kuitenkin melko jyrkkää siihen nähden, että välinpitämättömyyden apukäsitteitä on jo useita (mm. tekijän usko, suhtautuminen ja asenne) ja muita kuin teosta suoraan havaittavia arviointiperusteita on harvassa. Kun määritelmä ei ole täysin selvä, on yksinkertaisinta käyttää niitä apukäsitteitä, joiden sisältö on ymmärretty, ja niitä arviointiperusteita, joita oikeuskäytännössä on johdonmukaisesti sovellettu. Tästä näkökulmasta katsottuna ei olekaan yllätys, että nk. välinpitämättömyystekijät (häikäilemätön tekotapa, kiihtynyt mielentila ja tekoon liittyvä intressi) ovat jääneet eräänlaisiksi tahallisuuserustelujen vakiofraaseiksi. Välinpitämättömyystekijöihin on kuitenkin liitetty riski siitä, että ne johtavat tahallisuuden toteamiseen selvästi useammassa tapauksissa kuin hypoteettisen kokeen soveltamisen aikoihin.¹¹⁴ Edellä käsiteltyjen tapausten perusteella riski on todellinen, sillä esimerkiksi kiihtyneen mielentilan on lähes jokaisessa ratkaisussa katsottu puoltaneen tahallisuutta ja häikäilemättömyys voi käsittää laajan kattauksen erilaisia tekotapoja. Toisaalta sama riski voi sisältyä myös tekotyyppiin ja siitä tyypillisesti aiheutuviin seurauksiin perustuvaan arviointiin. Oletus

¹¹¹ Ks. Wennberg 2017, s. 269.

¹¹² Ks. myös Svensson 2017, s. 182–190.

¹¹³ Ks. esim. Borgeke 2015, s. 388–391.

¹¹⁴ Ks. Borgeke 2017, s. 98.

tietyt kausaalisuhteet ymmärtävästä tekijästä johtaa nimittäin tahallisuuden toteamiseen silloinkin, kun tekijällä ei ole rikollista historiaa.¹¹⁵ Myönteisenä kehityksenä välinpitämättömyystahallisuudessa voidaan silti pitää sitä, että arviointi keskittyy yhä tarkemmin tekohetkeen ja ettei kuvitelluille tilanteille anneta (ainakaan entisenlaista) painoarvoa.

Koska välinpitämättömyystahallisuudessa tekijän suhtautumisella on edelleen itsenäinen ja tietyissä tilanteissa jopa ratkaiseva asema, saatetaan tekijän tavallisesta poikkeavat peruskyvyt huomioida tekijän välinpitämättömyyttä arvioitaessa. Mopedmannen-tapauksessa, jossa tekijän uskoa käytettiin välinpitämättömyyden apukäsitteenä, tekijän psyykinen poikkeavuus vaikutti siihen, mitä tekijän katsottiin uskoneen seurauksen syntymisen suhteen. Jareborgin mukaan tekijöiden toisistaan poikkeavat kyvyt, elinehdot, kokemukset ja tiedot ovat merkitykseltään toissijaisia ja relevantti poikkeavuus voi puhua sekä tahallisuuden puolesta että sitä vastaan, jolloin kysymys on usein syytetyn uskottavuudesta.¹¹⁶

Edellä käsitellyissä ratkaisuisa tekijän käsityskyvyn, päihteiden ja tunnetilojen vaikutuksen arviointi onkin pääsääntöisesti perustunut tekijän omaan kertomukseen. Ruotsin korkein oikeus linjasi jo ratkaisuisaan NJA 2004 s. 176 ja NJA 2002 s. 449, että tekijän kiihtynyt mielentila voi puhua tahallisuuden puolesta, vaikka seurauksen todennäköisyys ei olisikaan ollut hyvin korkea. Vaikka korkein oikeus korosti, että kiihtynyt mielentila tulisi ottaa huomioon ainoastaan varovaisesti ja harkiten sovellettavana todistustositseikkana, on usein juuri sen katsottu suoraan osoittavan tekijän toimineen välinpitämättömästi.¹¹⁷

4.3 Kysymys affektista

Välinpitämättömyystahallisuutta käsittelevissä ratkaisuisa usein esiintyvä tekijän kiihtynyt mielentila (”upprörd sinnestämning”) voi liittyä niin psyykkiseen häiriintyneisyyteen kuin tiettyyn tunnetilaankin. Tekijän tunnetila, affekti tai muunlainen kiihtynyt mielentila liittyy puolestaan lähinnä tekijän tunne-elämään eikä niinkään syyntakeisuuteen vaikuttaviin vakaviin mielenhäiriöihin. Ruotsissa affektin katsottiin hypoteettisen kokeen soveltamisen aikaan vaikuttavan tekijän tahallisuuteen siten, että hän ei olisi toiminut kuten toimi, jos olisi ollut varma seurauksen syntymisestä.

¹¹⁵ Hypoteettisessa kokeessa tekijän rikollinen historia saattoi viitata siihen, että hän olisi tehnyt tekonsa, vaikka olisi ollut varma seurauksen syntymisestä.

¹¹⁶ Ks. Jareborg 2016, s. 102–103.

¹¹⁷ Ks. myös Ulväng 2016, s. 166.

Hypoteettinen koe suuntautui menneisyyteen ja siihen, miten tekijä tyypillisesti olisi toiminut, ja kokeesta hyötyivät lähinnä sellaiset tekijät, jotka kykenivät osoittamaan, etteivät normaalisti olisi tehneet mitä tekivät. Toisaalta jo tuohon aikaan katsottiin, ettei teon moitittavuutta vähentänyt se, että tekijä oli ollut vahvan tunteen vallassa, sillä moraaliselta henkilöltä tuli edellyttää itsehillinnän säilyttämistä.¹¹⁸

Ruotsin korkeimman oikeuden muutettua linjaansa 2000-luvun alkupuolella muuttui myös affektin merkitys tahallisuusarvioinnissa. Seikasta, joka ei riittänyt hypoteettisen kokeen positiiviseen tulokseen, tuli nyt todistusosiseikka välinpitämättömyydelle. Nykyään on katsottu, että affektin tai tekijän kiihtyneen mielentilan oikeastaan pitäisikin kertoa jotain tekijän suhtautumisesta seurauksen syntymiseen, ja merkityksen muuttumisen on tulkittu olevan seurausta teon ja tekijän välinpitämättömyyden korostumisesta tuomioistuimessa.¹¹⁹ Affektin, siis tekijän tunnekuohon, kiihtyneen mielentilan tai muun vastaavan katsotaan puhuvan tekijän välinpitämättömyyden puolesta silloinkin, kun seurauksen todennäköisyys jää alle vaaditun rajan. Toisaalta mielentilan häiriöiden voidaan katsoa puhuvan myös tekijän välinpitämättömyyttä vastaan, vaikka seurauksen todennäköisyys olisi tekotavan perusteella hyvinkin korkea. Jotta tätä tunnekuohujen kaksijakoista roolia olisi mahdollista ymmärtää, on pohdittava, miten tunteet ylipäätään liittyvät teon ja sen tahallisuuden jälkikäteiseen arviointiin.

Tunteet muodostavat toisinaan sellaisen syy-yhteyden menettelyn kanssa, että niiden voidaan sanoa aiheuttaneen tai ainakin selittävän tekijän suhtautumisen seuraukseen. On myös mahdollista, että tällainen tunteiden ohjaama asenne on tilapäistä eikä sen perusteella voida päätellä, miten tekijä olisi suhtautunut vastaavaan tilanteeseen ennen tai jälkeen teon. Vaikka tunteilla ja asenteilla on yhteys, ei välinpitämättömyystahallisuudessa ole kyse siitä, mitä tekijä on tuntenut, vaan siitä, minkälainen *asenne* hänellä on ollut suhteessa tiettyyn seuraukseen. Toiseksi on muistettava, että suhtautumisen on kohdistuttava nimenomaan teon seuraukseen ja ettei asenteella myöskään tarkoiteta tekijän yleisluontoista asennoitumista. Kolmanneksi, mikä tahansa kiihtynyt mielentila ei viittaa siihen, että tekijä olisi suhtautunut seuraukseen välinpitämättömästi. Tunteiden tulee osoittaa negatiivisia, ”pahoja”, vihamielisiä tai häikäilemättömiä ajatuksia kriminaalisoinnilla suojattua oikeushyvää kohtaan. Sellainen kiihtymys, joka viittaa enemmänkin pelkoon, shokkiin tai paniikkiin, ei vastaa sellaista moitittavaa asennetta, jota yleisesti ottaen edellytetään tahallisesti toimivalta. Jos

¹¹⁸ Ks. von Hirsch – Jareborg 1986, s. 441.

¹¹⁹ Ks. Ulväng 2016, s. 165–166.

tekijä ei tällaisen tunnemyrskyn vuoksi käsitä, että hänellä on mahdollisuus toimia toisin seurauksen välttämiseksi, ei välttämättä voida sanoa, että hän on hyväksynyt seurauksen tai tyytynyt siihen. Käytännössä seurauksen korkea todennäköisyys, jonka tekijäkin on käsittänyt, on vahvin todiste siitä, miten tekijä on seuraukseen suhtautunut. Jos tekijä ei kuitenkaan ole käsittänyt tiettyjä olosuhteita tai faktoja uskottaviksi, olisi hyvin epätavallista päätellä tekijän suhtautuneen tekonsa seuraukseen välinpitämättömästi näiden olosuhteiden tai faktojen perusteella. Yksinomaan kiihtyneen mielentilan ei siten edelleenkaan tulisi riittää välinpitämättömän asenteen osoittamiseksi, jos tekijä on vain epäillyt seurauksen syntyvän.¹²⁰

Koska affekti, tunnekuuhu tai muu vastaava kiihtynyt mielentila liittyvät ennen muuta tekijän tunne-elämään, lähestyy todennäköisyystahallisuus niitä täysin eri näkökulmasta kuin välinpitämättömyystahallisuus. Mielenkuohussa tai kiihtyneessä mielentilassa tehdyissä teoissa harkintaa voi esiintyä hyvin vähän, jos ollenkaan, mikä herättää kysymyksen siitä, onko tekijä kyennyt tällaisessa tilassa toimiessaan mieltämään tekonsa seurauksen varsin todennäköiseksi.¹²¹ Mieltäminen on kuitenkin usein katsottu riittäväksi siitäkin huolimatta, että tekijä on toiminut affektin vallassa,¹²² ja todennäköisyystahallisuuden arvioinnissa affektin on katsottu puhuvan pikemminkin tahallisuuden puolesta kuin sitä vastaan.¹²³ Yleisesti ottaen tahallisuutta vastaan puhuva affekti voi liittyä esimerkiksi provokaatiotilanteisiin. Näissä henkilö- ja tilannesidonnaisissa tapauksissa provokaation kohteen ominaisuuksilla on merkitystä ja provokaattori saattaa tietää provosoitavasta jotain, mitä pystyy käyttämään tätä vastaan. Tällaisessa tilanteessa provokaation kohteeksi joutunut tekijä saattaakin kokea voimakkaita pelon ja pakokauhun tunteita. Kuitenkin, vaikka pelko vaikuttaa tekijän tilannetulkintaan, on Suomessa lähdetty siitä, että irrationaalisia pelkoja tai asenteita ei lähtökohtaisesti suojata lailla.¹²⁴ Vaikka omien reaktioiden hallitseminen voikin olla normaalia vaikeampaa, oletetaan tekijän kykenevän siihen myös provokaatiotilanteessa. Todennäköisyystahallisuuden näkökulmasta itsehillintänsä menettäneenkin tekijän voidaan katsoa toimineen täydessä ymmärryksessä ja tahallaan.¹²⁵ Suomalaisessa rikosoikeustieteessä on katsottu, että kynnys ottaa huomioon erilaisia lieventäviä tekijöitä on henkirikoksissa muita väkivaltarikoksia korkeampi, sillä

¹²⁰ Ks. Ulväng 2016, s. 169–171.

¹²¹ Ks. esim. Matikkala 2005, s. 461.

¹²² Ks. Matikkala 2005, s. 83–85.

¹²³ Ks. esim. KKO 2014:78, kohta 39.

¹²⁴ Ks. Hahto 2004, s. 396.

¹²⁵ Ks. Hahto 2004, s. 370.

toisen hengen riistäminen on oikeushyvien loukkauksista vakavin. Koska suojeluintressi on niin merkittävä, tulisi tekijän ja teon ymmärtämiseen suhtautua erittäin pidättyvästi. Henkirikos on yksiselitteisesti suhteeton reaktio ärsykkeeseen, vaikkakin poikkeukselliset olosuhteet ja yksittäistapaukset voivat tehdä siitä oikeutetun.¹²⁶

Edellä käsiteltyjen ratkaisujen perusteella suhtautuminen tekijän tunnetilassa ilmeneviin häiriöihin tai mielenkuohuihin on suurin suomalaisen ja ruotsalaisen tahallisuuden alimman asteen erottava tekijä. Suomessa tällaisiin seikkoihin ei välttämättä edes tuomioistuimessa vedota ja jos vedotaankin, ei niillä katsota olevan tahallisuuden kannalta merkitystä. Ruotsissa tekijän tunnetila on yksi keskeisimmistä välinpitämättömyystekijöistä ja vaikuttaa niin tahallisuutta puoltavana kuin sitä vastaan puhuvanakin seikkana. Tekijän ilmentämä negatiivinen, pahantahtoinen mielenkuohu viittaa poikkeuksetta tekijän välinpitämättömyyteen, kun taas pelkoon ja paniikkiin liittyvä kiihtynyt mielentila saattaa poissulkea välinpitämättömyyden ja tämän myötä tekijän tahallisuuden jopa seurauksen todennäköisyyden kannalta selvissä tapauksissa.

5 JOHTOPÄÄTÖKSET

Syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen on yhtä vaikeaa, olipa kyse tekijän suhtautumiseen tai tämän tietoisuuteen perustuvasta tahallisuusmallista. Yhtäältä teon ja seurauksen väliseen suhteeseen keskittyminen voi pahimmillaan viedä huomion sellaisilta tekohetken olosuhteilta ja muilta seikoilta, joiden nojalla tekijän tahallisuus kyettäisiin perustelemaan kestävämmän ja asettamaan myös moitittavuudeltaan oikealle tasolle. Toisaalta tekijään liittyviin yksityiskohtiin keskittyminen voi viedä huomion itse teosta, jolloin päädytään moittimaan teon sijaan tekijää. Tekorikosoikeus muuttuu tällöin tekijärikosoikeudeksi.

Todennäköisyydestahallisuutta ja välinpitämättömyystahallisuutta yhdistää alituinen tasapainoilusubjekttiivisen ja objektiivisen näkökulman välillä sekä toisaalta arviointikriteereiden viimeistelemättömyys. Todennäköisyydestahallisuuden jäykkyys on johtanut siihen, että tyyppitapausten ulkopuolella tahallisuusperustelut voivat näyttäytyä teon moitittavuuteen nähden alimitoitetuilta, vaikka ratkaisu periaatteessa olisi aivan oikea. Toisaalta todennäköisyydestahallisuuden kriteereitä sovelletaan silloinkin, kun pitäisi pohtia, täytyvätkö tarkoitustahallisuuden edellytykset. Monin verroin

¹²⁶ Ks. Hahto 2004, s. 402.

haastavampaa on kuitenkin syyllisyyden arviointi välinpitämättömyystahallisuuden keskeneräiseksi jäänein kriteerein. Kuten Cavallinkin totesi, todistusteema on mahdoton. Lisäksi Högsta Domstolenin linjaukset ovat tarjonneet lainkäyttäjälle vain vähän arviointiperusteisiin liittyvää konkretiaa, jolloin lainkäyttäjien on ollut välttämätöntä turvautua niihin kriteereihin, jotka on yksiselitteisesti annettu (tekoon liittyvä intressi, kiihtynyt mielentila tai häikäilemätön tekotapa). Moni ruotsalainen ratkaisu voi toisaalta perustua myös Jareborgin vihjaamaan tuomarintuutioon. Cavallin havaitsi, että tekijän sisäisiin seikkoihin perustuvasta tahallisuusmallista huolimatta tahallisuuden arvioinnin keskiössä on Ruotsissa lähinnä teokyyppi ja teon merkitys eivätkä niinkään tekijän sisäiseen maailmaan liittyvät seikat.¹²⁷ Tämä näkyy ratkaisuissa edelleen, mikä niin ikään voi viitata siihen, että kehitystyö on vielä kesken.

Jareborg on muistuttanut, että tärkeä rikoslainsäädäntöön kohdistuva vaatimus on, että rikoksen toteennäyttämisen tulee olla mahdollista tai että se ei ainakaan saa olla liian vaikeaa. ”Todellinen” tieto tahallisuudesta merkitsee, että saadaan tietoa siitä, mitä henkilön mielessä tapahtuu, tai ainakin, että nähdään henkilön tietoisuuteen ja tätä kautta saadaan tietoa siitä, mitä hän on uskonut ja ajatellut. Mahdollista ei ole yksiselitteisesti kuvailla, minkälaista ajattelua yritetään näyttää toteen, mutta malli olisi rakennettava siten, että ajattelun näyttäminen ylipäättään on mahdollista.¹²⁸ Rikosoikeudellisten käsitteiden rakennelmien tulisi olla niin yksinkertaisia kuin mahdollista oikeuspoliittiset ja moraaliset vaatimukset huomioon ottaen.¹²⁹

Kokemussääntöjen merkittävä rooli sekä todennäköisyystahallisuuden että välinpitämättömyystahallisuuden perusteluissa etenkin tyyppitapauksissa herättää kysymyksen, onko molempien tahallisuusmallien ytimessä oleva *tekijän* käsitys sittenkään vielä selvä. Yhtäältä kokemussääntöjen merkitys ja luonne tahallisuusarvioinnissa on perusteltu, sillä tosiasiaa tekijän subjektiivista käsitystä ei tiedä kukaan muu kuin tekijä itse (jos hänkään) eikä kaikkia tapahtuman yksityiskohtiakaan usein jälkikäteen saada selville sellaisella tarkkuudella, että teon ja seurauksen välinen suhde voitaisiin niistä varmuudella päätellä.¹³⁰ Kokemussääntöjen lisäksi kausaalisuhdetta voidaan selvittää vain todistajan ja tekijän kertomuksen perusteella, joista myös ensimmäinen voi olla hyvin subjektiivinen ja toisaalta epä-

¹²⁷ Ks. Cavallin 1999, s. 764.

¹²⁸ Ks. Jareborg 2016, s. 85–87.

¹²⁹ Ks. Jareborg 2016, s. 76.

¹³⁰ Ks. Klami ym. 1990, s. 114.

varma näkemys asiasta.¹³¹ Toisaalta mitään absoluuttisia sääntöjä ei ole olemassa yksilön reaktioille tietynlaisissa tilanteissa ja mitä enemmän tapahtuman yksityiskohdista tiedetään, sitä vähemmän tapahtunutta voidaan selittää yleisesti tiedossa olevien kokemussääntöjen perusteella.¹³² Voidaanko *kaikilta* tekijöiltä todella odottaa tietoa kaikista kokemussäännöistä ja miten pitkälle ulottuu ”yleisesti tiedossa oleva”? Entä mitä ovat ne yksilölliset seikat, joille merkitystä voitaisiin kohtuudella antaa?

Ruotsissa tarvetahallisuusarvioinnin syvemmälle ymmärtämiselle ja nykyistä monipuolisemmalle sana- ja käsitevarastolle on tunnustettu.¹³³ Sellaisia käsitteitä kuin välinpitämättömyys ja tekijän ilmaisema asenne tulisi tämän näkemyksen mukaan kehittää ja erityisesti verrata niitä siihen apukäsitteeseen (usko, todennäköisyys tai muu vastaava), joka valitaan käytännön tahallisuusarvioinnissa käytettäväksi ja jota sovelletaan tyypillisimmissä vaikeasti arvioitavissa tapauksissa.¹³⁴ Ratkaisujen perusteella voidaan varovasti arvella, että välinpitämättömyystahallisuuden suunta on kohti tekokeskeisempää tahallisuuden arviointia sen sijaan, että välinpitämättömyyden käsitettä ja sen apukäsitteitä pyrittäisiin soveltamaan kovin syvällisesti.

Myös Suomessa keskustelulle olisi tilaa siitäkin huolimatta, että tahallisuuden ja tuottamuksen määrittelyjen keskittyminen teoreettiseen pohdintaan ja sanamuotojen vivahteiden tulkintaan ei auta käytännön tuomaria.¹³⁵ Todennäköisyystahallisuudesta säädetään rikoslaissa, mutta säännös ei anna vastauksia kaikkiin elävän elämän tilanteisiin. Lainsäätäjä on jättänyt säännökseen myös tulkinnanvaraa, ja teoreettisen pohdinnan ja sanamuotojen vivahteiden tulkinnan avulla olisikin mahdollista löytää vakiintuneen linjan rajat ylittäviä arviointikriteereitä ja kestävämpiä perusteluja myös poikkeuksellisempiin tapauksiin. Lainsäätäjän jättämä tulkinnanvara ei olekaan uhka, vaan mahdollisuus sikäli kuin sillä ei loukata rikosoikeudellista laillisuusperiaatetta.

Parhaimmillaan niin todennäköisyys- kuin välinpitämättömyystahallisuuden kriteerein on mahdollista arvioida syyllisyyskysymystä ymmärrettävästi, hyväksyttävästi ja ennakoitavasti. Todennäköisyystahallisuus näkee sen, mitä on tehty, kun taas välinpitämättömyystahallisuus näkee sen, mitä on ajateltu (ainakin teoriassa ja niin pitkälle kuin rikosoikeudellisesti on tarpeen). Välinpitämättömyystahallisuuden taustalla on hyvä ajatus tekijän

¹³¹ Ks. Klami ym. 1990, s. 116, 120.

¹³² Ks. Klami ym. 1990, s. 113–114.

¹³³ Ks. Jareborg 2016, s. 103.

¹³⁴ Ks. Ulväng 2008, s. 667.

¹³⁵ Ks. OMLS 2002/7, s. 5.

mielenliikkeiden ja ”todellisen” (eikä pelkästään näennäisen) tahallisuuden näyttämisestä, mutta sen teoreettinen pohja on erityisen vaikeasti ymmärrettävä ja käytännön arviointi yhtä vaikeasti ennakoitavissa. Todennäköisyys-tahallisuuden etuina ovat erityisesti ymmärrettävyys ja ennakoitavuus, mutta mitä monimutkaisempaa ja poikkeuksellisempaa tekoa joudutaan arvioimaan, sitä vähemmän liikkumavaraa se tarjoaa.

Tahallisuuden alimman asteen määritelmien kehittämisessä hedelmää voisi kantaa suomalaisen ja ruotsalaisen oikeustieteen välinen keskustelu nyt, kun määritelmät ovat lähempänä toisiaan kuin pitkiin aikoihin ja ongelmatkin ovat yhteisiä. Suomalaisen tahallisuusmallin ennakoitavuus ja selkeys antaisivat raameja välinpitämättömyystahallisuudelle, kun taas ruotsalaisen tahallisuusmallin mukainen esimerkki tahallisuuden syvällisestä ymmärtämisestä rakentaisi todennäköisyystahallisuudelle kestävämmät perustukset. Hedelmällinen keskustelu ja erityisesti onnistuneet tulokset edellyttäisivät kuitenkin ensinnäkin sitä, että määritelmien yhtäläisyydet uskallettaisiin reilusti tunnustaa, ja toiseksi sitä, että määritelmien kehittämiseen suhtauduttaisiin tietyllä avoimuudella.

LÄHTEET

Kirjallisuus

- Asp, Petter – Ulväng – Magnus – Jareborg, Nils, *Kriminalrättens grunder*. Iustus 2010.
- Borgeke, Martin, *Likgiltighetsuppsåt I teori och I praktik*. Svensk Juristtidning 5/2015, s. 383–396.
- Borgeke, Martin, *Ett förtydligande av uppsåtets nedre gräns*. Svensk Juristtidning 2/2017 s. 93–105.
- Hahto, Vilja, *Uhrin myötävaikutus ja rikoksenteikijän vastuu: Rikos- ja vahingonkorvaus-oikeudellinen tutkimus tekoa edeltävästä uhrikäyttäytymisestä fyysistä koskemattomuutta loukkaavissa rikoksissa*. Edita 2004.
- von Hirsch Andrew – Jareborg, Nils, *Provokation*. Nordisk Tidskrift for Kriminalvidenskab 1986, s. 436–443.
- Hyttinen, Tatu, *Syytön tai syyllinen – Tutkimus syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2015.
- Jareborg, Nils, *Handling och uppsåt*. Norstedts 1969.
- Jareborg, Nils, *Straffrättens ansvarslära*. Iustus 1994.
- Jareborg, Nils – Ulväng, Magnus, *Tanke och uppsåt*. Iustus 2016.
- Kahneman, Daniel, *Ajattelu: nopeasti ja hitaasti*. Terra cognita 2012.
- Klami Hannu Tapani – Sorvettula Johanna – Hatakka Minna, *Dolus Probatu – Proving Criminal Intent*. Oikeustiede Jurisprudentia XXIII 1990, s. 93–140.
- Korkka-Knuts, Heli – Helenius, Dan – Frände, Dan, *Yleinen rikosoikeus*. 3., uudistettu painos. Edita 2020.
- Matikkala, Jussi, *Tahallisuudesta rikosoikeudessa*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2005.
- Nuotio, Kimmo, *Todennäköisyystahallisuuden tilasta ja tarinasta*. Lakimies 7–8/2017, s. 970–991.
- Nuutila, Ari-Matti, *Rikoslain yleinen osa*. Lakimiesliiton kustannus 1997.
- Strahl, Ivar, *Allmän straffrätt i vadangår brotten*. Norstedts 1976.
- Svensson, Erik, *Ett förtydligande av uppsåtets nedre gräns?*. Svensk Juristtidning 3/2017, s. 189–190.
- Tapani, Jussi, *Rikosoikeuden yleiset opit tutkimuskohteena*, s. 437–452 teoksessa Frände, Dan ym. (toim.), *Rikosoikeudellisia kirjoituksia*. Raimo Lahdelle 12.1.2006 omistettu. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2006.
- Tapani, Jussi, *Yrittänyttä ei laiteta? Rikoksen yrityksen rangaistavuus*. Lakimiesliiton kustannus 2010.
- Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti – Hyttinen, Tatu, *Rikosoikeuden yleinen osa: vastuuoppi*. 3., uudistettu painos. Alma Talent 2019.
- Träskman, Per-Ole, *Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden?*, s. 56–75 teoksessa Jareborg, Nils – Träskman, Per-Ole (toim.): *Skuld och ansvar – Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*. Iustus 1985.
- Ulväng, Magnus, *Kan man bevisa en attityd?*. JFT 5–6/2008, s. 642–668.
- Ulväng, Magnus, *Likgiltighetsuppsåt eller ett tredje skuldrekvisit – likgiltigt vilket?*,

s. 337–360 teoksessa Norée, Annika ym. (toim.), Festskrift till Madeleine Leijonhufvud. Stockholm 2007.

Ulväng, Magnus, Likgiltighetsuppsåt. Svensk Juristtidning 1/2005, s. 1–17.

Vihriälä, Helena, Tahallisuuden näyttäminen. Helsingin yliopisto 2012.

Wennberg, Suzanne, Replik till Martin Borgeke – likgiltighetsuppsåtet igen. Svensk Juristtidning 3/2017, s. 269–273.

Virallislähteet

HE 44/2002 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

KM 1976:72. Rikosoikeuskomitean mietintö. Oikeusministeriö 1976.

KKO:n lausunto 5.3.2001. Oikeusministeriölle 5.3.2001 annettu lausunto luonnoksesta hallituksen esitykseksi rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeviksi säännöksiksi, s. 393–439 teoksessa Korkeimman oikeuden ratkaisuja 2001 tammi–kesäkuu 1–69. Helsinki 2001.

OMLS 2002:7. Oikeusministeriön lausuntoja ja selvityksiä: Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistaminen.

SOU 1923:9. Statens offentliga utredningar: Förslag till strafflag allmänna delen samt förslag till lag angående villkorlig frigivning.

SOU 1996:185. Statens offentliga utredningar: Straffansvarets gränser.

OIKEUSTAPAUKSET

Korkein oikeus

KKO 1993:5

KKO 1997:108

KKO 1998:2

KKO 2003:115

KKO 2004:16

KKO 2004:120

KKO 2005:7

KKO 2009:48

KKO 2010:19

KKO 2012:98

KKO 2013:82

KKO 2014:78

KKO 2019:106

Hovioikeudet

Helsingin hovioikeusR 17/1806

Itä-Suomen hovioikeus R 14/344
Itä-Suomen hovioikeus R 15/815
Itä-Suomen hovioikeus R 15/1610
Itä-Suomen hovioikeusR 16/433
Itä-Suomen hovioikeus R 16/1351
Rovaniemen hovioikeusR 14/988
Turun hovioikeus R 14/1443
Turun hovioikeus R 15/272
Vaasan hovioikeus R 15/975

Ruotsin korkein oikeus

NJA 1975 s. 594
NJA 1985 s. 757
NJA 1990 s. 210
NJA 1996 s. 509
NJA 1998 s. 86
NJA 2002 s. 449
NJA 2004 s. 176
NJA 2012 s. 45
NJA 2016 s. 763

Ruotsin hovioikeudet

Göta Hovrätt B3348-17
Göta Hovrätt B2334-17
Göta Hovrätt B1187-16
GötaHovrätt B2725-18
Göta Hovrätt B1194-16
Svea Hovrätt B2830-18
Svea Hovrätt B2901-18
Svea Hovrätt B9585-16
Hovrätten för Västra Sverige B3369-14
Hovrätten över Skåne och Blekinge B2517-16
Hovrätten över Skåne och Blekinge B680-17

LYHENTEET

HE	hallituksen esitys
HD	Högsta Domstolen
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
KKO	korkein oikeus
KM	komiteamietintö
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
OMLS	Oikeusministeriön lausuntoja ja selvityksiä
RL	rikoslaki (39/1889)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning

ABSTRACT

The definition of the lowest degree of intent, written in the Finnish Criminal Law, requires that the perpetrator has had to consider the consequence of their actions quite probable. Even though at the time, the legislator enhanced the importance of the perpetrator's everyday perception, the evaluation of intent probability is focused on experience rules, i.e., the consequences typically associated with a particular act. These objectively observable aspects of the act have an established position especially in type cases of violent crime. The perpetrator's subjective perception is given meaning mainly outside type cases, where no clear rules of experience have been established for each type of crime.

In Sweden, the definition for the lowest degree of intent had not been written in law but has evolved as a result from legal statements and the legal praxis of the Supreme Court. According to the Swedish model, the lowest degree of intent is achieved when the perpetrator has been indifferent to the consequence of their action. The perpetrator has had to be aware of the risk of the consequence, but a certain probability is also required for the consequence to occur. The perpetrator's attitude towards his or her act's consequence has to be evaluated separately in particular when the probability remains unclear or under the requires limit.

Swedish criminal law has sought to avoid assessing intent based on objective or mathematical calculations. Instead, the focus has been particularly in matters relating to the perpetrator's persona and will. More recently, however, the legal literature and legal praxis have outlined the display of indifference through the perpetrator's cognitive attitude, in which

case concepts used in the context of probabilistic intent, such as probability or belief, may also be regarded as ancillary concepts. Both the perpetrator's perception of the probability of a consequence and what the perpetrator has believed can be deducted immediately from the perpetrator's conduct. Intent probability and indifference probability seem to have, on a theoretical level, gotten closer to each other, when the significance of the way of doing has been acknowledged as an evaluation criterion for both.

In type cases, the legal praxis on the lowest degree of intent is also almost uniform in Finland and Sweden. The risk understood by the perpetrator and the probability of consequence are assessed through experience rules and based on objectively observable facts from the act, and when the degree of probability of consequence required by intent is met, indifference is not assessed separately either. When the probability of consequence cannot be unequivocally proved, the indifferent attitude opted by the perpetrator may be noticed from the relationship between the perpetrator and the victim, the perpetrator's past and the events that occurred before and after the act. In intent probability the perpetrator's subjective understanding on the probability of the consequence happening can be deducted from the events that occurred before and after the act, the perpetrator's possible motive, the circumstances during the act and even from a certain culture in which the perpetrator lives.

Individual abnormality has not been given any meaning in the assessment of intent probability, but a certain kind of case-by-case overall assessment is used if no objective criteria have been established for the predictability of the consequence. For instance, in assault cases the justifications may be built solely on overall consideration, and the factors taken into account in the overall assessment are very much the same on which indifference is also based when the probability of a consequence remains uncertain or below the required threshold.

In typical Swedish legal praxis, the reasoning often takes stand for instance on the perpetrator's state of mind, intoxication, and other of the like. Based on the cases examined in writing, it seems that the factors related to the perpetrator's persona still have a strong position in Swedish legal praxis. In particular, in cases below the required degree of probability, the author's attitude may even be assessed by criteria referring to a hypothetical experiment.

An essential difference between probability intent and indifference intent is the attitudes toward the perpetrator's emotional disturbances or mood swings. The perpetrator's emotional status is one of the most central indifference factors and has an effect both as favouring intentionality as

well as a being an opposing factor. The negative, malevolent turmoil expressed by the author invariably points to the perpetrator's indifference, whereas a panicked and frightened state of mind might disclose the perpetrator's intent even in cases where the consequence probability has been clear. In Finland the protection interest has been considered so significant that the perpetrator is expected to exercise self-control even in more challenging situations.

Probability intent and indifference intent are connected by a balance between a subjective and an objective perspective and the incompleteness of the evaluation criteria. In Finland "quite probable" occurs in the justification of intent even when the manner of action indicates intentional intent. In Sweden the so-called intent criteria (the perpetrator's ruthless behaviour, a disturbed state of mind or an interest in the act) have become established as a part of intent justification, even though they should only be used carefully and with consideration according to the Swedish Supreme Court's statements. The established criteria threaten to replace intent justification. Both in Sweden and in Finland the lowest degree of intent still needs deeper understanding and a broader and more diverse word and concept vocabulary than there is now. Especially in exceptional cases a durable justification is hard to find from either definition. There would be room for scientific debate between countries now that definitions are close to each other, at least on a theoretical level, and that problems of interpretation are parallel. The predictability and clarity of the interpretation of the intention norm in Finland would provide a framework for indifference intent, whereas the Swedish idea of a deep, core understanding of intentionality would build a stronger foundation to the probability intent. There may not be tension between these forms of intent, but rather by combining their interpretative positions could a pathway for a common Nordic interpretation of criminal law and criminal justice theory be created.

Petteri Laitila

**GEENIVAROJEN SAATAVUUS JA
HYÖDYNJAKO OIKEUDELLISENA
KEINONA EDISTÄÄ
BIODIVERSITEETIN SUOJELUA**

Sisällys

1	JOHDANTO	307
2	GEENIVAROJEN SAATAVUUS JA HYÖDYNJAKO	314
2.1	ABS-sääntelyn kehitys ennen Nagoyan pöytäkirjaa.....	314
2.2	Geenivarojen saatavuus- ja hyödynjakomekanismit.....	316
2.2.1	ABS-mekanismit biodiversiteettisopimuksessa ja Nagoyan pöytäkirjassa	316
2.2.2	ABS-sääntelyn keskeiset käsitteet ja soveltamisala	319
2.2.3	Nagoyan pöytäkirjan erityismääräykset	325
2.3	ABS-mekanismien tavoitteet	326
2.4	ABS-mekanismien tavoitteita uhkaavat ongelmat.....	331
2.4.1	ABS-säännösten kansallinen implementointi	331
2.4.2	Tutkimussektorin erityisasema	333
2.4.3	Ex situ -geenivarat.....	334
2.4.4	ABS-sopimusten bilateraalisuus	335
3	ABS-MEKANISMIT JA BIODIVERSITEETIN SUOJELU.....	336
3.1	Biodiversiteetin suojeleminen ja suojeleminen edistäminen	336
3.1.1	Toimenpiteiden päämäärä suojeleminen ytimenä.....	336
3.1.2	Biodiversiteetin suojeleminen keinot.....	339
3.2	ABS-mekanismien tavat edistää biodiversiteetin suojeleminen	343
3.2.1	ABS-mekanismit kannustimena suojeleminen	343
3.2.2	Suojeleminen rahoittaminen geenivarojen käytöstä saatavilla hyödyillä.....	346
3.2.3	ABS-mekanismien muut tavat edistää suojeleminen	347
3.3	ABS-mekanismien yhteys biodiversiteetin suojeleminen	348
3.3.1	Onko ABS-mekanismien yhteys suojeleminen olemassa?	348
3.3.2	ABS-mekanismien vaikuttavuuden arviointi	351
4	JOHTOPÄÄTÖKSET	354
	LÄHTEET.....	357
	LYHENTEET.....	366
	ABSTRACT	367

Geenivarojen saatavuus ja hyödynjako oikeudellisena keinona edistää biodiversiteetin suojelua

1 JOHDANTO¹

Johdatuksena artikkelin aihepiiriin käytän samaa tarinaa, jota norjalaisessa lainvalmistelussa on aiemmin käytetty geenivarojen ja bioetsinnän ymmärtämiseksi.² Vuonna 1969 sveitsiläisen Sandoz-yhtiön biologi matkusti lomamatkalle Norjaan ja keräsi siellä yhtiössä noudatetun tavan mukaisesti erilaisia näytteitä paikallisesta maaperästä. Yhteen näistä Sveitsiin viedyistä näytteistä sisältyi *Tolypocladium inflatum* -niminen sieni, jota hyödyntäen yhtiö sittemmin kehitti siklosporiinina tunnetun lääkeaineen.³ Yhtiön lääkkeestä saamiksi vuosittaisiksi myyntituloiksi on arvioitu 1,2 miljardia dollaria. Sen sijaan Norjan valtion saamiksi välittömiksi rahalliseksi hyödyiksi jäivät lähinnä biologin ja tämän vaimon tekemät ostokset maassa.⁴

Tapaus on yksinkertainen ja suoraviivainen esimerkki bioetsinnästä. Bioetsinnällä tarkoitetaan eliöiden kaupallisesti arvokkaiden geneettisten tai biokemiallisten ominaisuuksien etsimistä.⁵ Bioetsinnässä mielenkiinnon kohteena ovat muun muassa geenivarat⁶ eli geneettinen materiaali, joka on tai saattaa olla arvokasta. Geenivaroja hyödyntäviä teollisuudenaloja

¹ Kirjoitus perustuu Turun yliopistossa hyväksytyyn maisteritutkielmaan Petteri Laitila, Geenivarojen saatavuus ja hyödynjako keinona edistää biodiversiteetin suojelua, Turun yliopisto, 2020. Kiitän kaikkia kirjoituksen eri vaiheissa kommenttejaan antaneita sekä erityisesti professori Anne Kumpulaa ja kahta referee-arvioijaa heidän asiantuntevista huomioistaan kirjoituksen kehittämiseksi. Tutkielma on julkaistu Turun yliopiston avoimessa julkaisuarkistossa <http://urn.fi/URN:NBN:fi-fe2020062245299>.

² Klima- og miljødepartementet og Nærings- og fiskeridepartementet 2017, s. 2.

³ Svarstad – Bugge – Dhillion 2000, s. 1523. Siklosporiinia käytetään elinsiirtopotilaiden hyljintäreaktion estämiseksi, ks. esim. Duodecim terveystietokirjasto, hakutulokset termille ”siklosporiini”.

⁴ Svarstad – Bugge – Dhillion 2000, s. 1528–1531.

⁵ Reid ym. 1993, s. 1. Ks. myös Harvey – Gericke 2011, s. 323.

⁶ Laird – ten Kate 2002, s. 244.

ovat esimerkiksi kosmetiikka-, lääke- ja elintarviketeollisuus.⁷ Siklosporiinin tapauksessa biologi toi mukanaan sattumanvaraisesti kerättyjä näytteitä, joita myöhemmin tutkittiin hyödyllisten mikrobien löytämiseksi. Onnistunut bioetsintä voi näin johtaa myyntikelpoisen tuotteen luomiseen ja taloudellisen hyödyn saamiseen.⁸ Geenivarojen yhä osittain piilevä taloudellinen potentiaali on kuitenkin uhattuna biodiversiteetin köyhtymisen myötä.

Biologisen monimuotoisuuden eli biodiversiteetin käsite on määritelty Rio de Janeirossa vuonna 1992 solmitussa biodiversiteettisopimuksessa⁹. Biodiversiteettisopimuksen 2 artiklan mukaan biologinen monimuotoisuus tarkoittaa kaikkiin, kuten manner-, meri- tai muuhun vesiperäiseen ekosysteemiin tai ekologiseen kokonaisuuteen kuuluvien elävien eliöiden vaihtelevuutta; tähän lasketaan myös lajin sisäinen, lajien välinen sekä ekosysteemien monimuotoisuus. Biodiversiteetti ei toisin sanoen tarkoita kaikkien ekosysteemien, lajien ja geneettisen materiaalin summaa,¹⁰ vaan niissä sekä niiden välillä esiintyvää vaihtelevuutta.¹¹

Maapallon biodiversiteetin köyhtyminen tarkoittaa ekosysteemien, lajien ja geneettisen vaihtelevuuden vähenemistä ja vaikuttaa ratkaisevasti elollisen luonnon toimintaan.¹² Biodiversiteetin merkityksen tunnistamisen ansiosta biodiversiteetin suojelusta on tullut ilmastonmuutoksen veroinen teema kansallisessa ja kansainvälisessä politiikassa.¹³ Perusta biodiversiteetin suojelun sääntelylle on määritetty biodiversiteettisopimuksessa. Sopimuksen 1 artiklan mukaan sen tavoitteena on biologisen monimuotoisuuden suojelu, sen osien kestävä käyttö sekä geenivarojen¹⁴ käytöstä

⁷ HE 126/2015 vp, s. 9. Esim. ten Katen ja Lairdin (1999, s. 1) mukaan geenivaroista peräisin olevien tuotteiden markkina-arvo on vuosittain yhteensä jopa noin 500–800 miljardia dollaria.

⁸ Kuten Svarstad, Bugge ja Dhillion (2000, s. 1530) ovat todenneet, siklosporiinin kehittäminen on äärimmäisen poikkeuksellinen esimerkki bioetsinnästä. Esimerkiksi lääketieteelliseen käyttöön soveltuvan geenin löytämisen todennäköisyydestä ks. Lesser 1998, s. 71.

⁹ Biologista monimuotoisuutta koskeva yleissopimus, SopS 78/1994. Biodiversiteettisopimuksen on ratifoinut yhteensä 196 valtiota. Ratifiointien ja sopimuksen jäsenten ajan tasainen tilanne on nähtävissä osoitteessa <https://www.cbd.int/information/parties.shtml>.

¹⁰ Birnie – Boyle – Redgwell 2009, s. 588. Toisenlaisesta esitystavasta ks. esim. Raven 2007, s. 27 ja Gillespie 2011, s. 107.

¹¹ Glowka ym. 1994, s. 16. Ks. myös Birnie – Boyle – Redgwell 2009, s. 588. Kokko (2017, s. 104) on todennut, että käsitteellisesti biologinen monimuotoisuus ulottuu biodiversiteettisopimuksen 2 artiklassa tarkoitettujen ekosysteemien kautta myös elottomaan luontoon ja että ilmiöstä voidaan yleisesti puhua luonnon monimuotoisuutena. Tältä osin ks. myös HE 79/1996 vp, s. 26.

¹² Secretariat of the Convention on Biological Diversity 2020, s. 27.

¹³ IPBES 2019, s. 3. Ks. myös Lovejoy 2019.

¹⁴ Alkuperäisen biodiversiteettisopimuksen termiin ”genetic resources” viitataan sopimuk-

saadun hyödyn oikeudenmukainen ja tasapuolinen jako, johon kuuluu myös muun muassa¹⁵ asianmukainen geenivarojen saanti¹⁶.

Osana biodiversiteettisopimuksen tavoitteiden saavuttamista osapuolet hyväksyivät Nagoyan osapuolikokouksessa vuonna 2010 Nagoyan pöytäkirjan¹⁷. Nagoyan pöytäkirja koskee erityisesti geenivarojen saatavuutta ja geenivarojen käytöstä saatavan hyödyn jakamista. Pöytäkirjan 1 artiklan mukaan pöytäkirjan tavoitteena on geenivarojen käytöstä saatavien hyötyjen oikeudenmukainen ja tasapuolinen jako, johon kuuluu myös muun muassa asianmukainen geenivarojen saanti, ja edistää näin biologisen monimuotoisuuden suojelua ja sen osien kestäväää käyttöä. Siten pöytäkirjassa todettiin ensimmäistä kertaa, että geenivarojen saatavuuden sekä niistä saatavan hyödyn jakamisen tarkoituksena on osaltaan edistää biodiversiteetin suojelua ja sen osien kestäväää käyttöä.¹⁸

Tässä artikkelissa tarkastelen biodiversiteettisopimuksessa ja Nagoyan pöytäkirjassa tarkoitettujen geenivarojen saatavuus- ja hyödynjakomekanismien yhteyttä biodiversiteetin suojeluun. Geenivarojen saatavuuden ja hyödynjaon englanninkielisten termien mukaisesti kutsun mekanismeja ABS-mekanismeiksi (Access and Benefit Sharing, ABS).¹⁹ Saatavuusmekanismilla tarkoitan menettelyä, jonka mukaisesti yhdessä valtiossa sijaitseva taho saa hyödynnettäväkseen toisessa valtiossa sijaitsevia geenivaroja. Edellä esitettyyn siklosporiinitapaukseen sovellettuna saatavuusmekanismi olisi tarkoittanut menettelyä, jota noudattamalla sveitsiläinen Sandoz olisi saanut käytettäväkseen Norjassa sijainneita näytteitä ja geenivaroja. Hyödynjakomekanismilla taas tarkoitan sitä, miten geenivarojen

sen suomenkielisessä käännöksessä sanalla ”perintöaines”. Alkuperäistä englanninkielistä termiä käytetään edelleen, mutta suomeksi on tavallista puhua nykyisin geenivaroista. Tästä syystä sekä selvyden ja johdonmukaisuuden vuoksi käytän tässä artikkelissa nimitystä ”geenivarat” myös viitattaessani biodiversiteettisopimukseen.

¹⁵ Biodiversiteettisopimuksen sekä jäljempänä mainittavan Nagoyan pöytäkirjan tavoite-artikloissa asianmukaisen geenivarojen saannin ohella mainitaan asiaankuuluvan teknologian siirto, ottaen huomioon kaikki tähän ainekseen ja teknologiaan kuuluvat oikeudet, sekä asianmukainen rahoitus. Tässä artikkelissa en tarkemmin tarkastele teknologian siirtoa tai asianmukaista rahoitusta.

¹⁶ Alkuperäisissä sopimusteksteissä käytettyyn termiin ”access” on niiden suomenkielisisä käännöksissä viitattu termeillä saanti ja saatavuus, ks. esim. biodiversiteettisopimuksen 15 artikla ja HE 126/2015 vp, s. 26. Tässä artikkelissa en tee eroa näiden termien merkitysten välillä.

¹⁷ Biologista monimuotoisuutta koskevaan yleissopimukseen liittyvä geenivarojen saatavuudesta sekä niiden käytöstä saatavien hyötyjen oikeudenmukaisesta ja tasapuolisesta jaosta tehty Nagoyan pöytäkirja, SopS 46/2016. Pöytäkirja tuli voimaan 12.10.2014.

¹⁸ Glowka – Normand 2013, s. 32 ja Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 59–60.

¹⁹ Myös esim. Young (2013, s. 457) hahmottaa ABS-sääntelyn yhteensä kuutena eri mekanismina, joita ovat muun muassa saatavuus- ja hyödynjakomekanismit.

käyttäjän tulee jakaa geenivarojen käytöstä saatuja rahallisia tai muita hyötyjä geenivarojen tarjoajatahon kanssa. Tässä tapauksessa Sandoz olisi voinut olla velvollinen maksamaan tietyn osuuden saamistaan myyntituloista Norjalle. ABS-mekanismien suojelua edistävä vaikutus olisi puolestaan voinut syntyä esimerkiksi siten, että Norja olisi käyttänyt saamansa myyntitulo-osuuden biodiversiteetin suojelutoimenpiteiden rahoittamiseen.

Biodiversiteetin heikkenemistä on pidetty laajana ja vaikeana ongelmana, jonka ratkaiseminen edellyttää vastaavasti toimenpiteitä laajalajaisesti ja monitieteellisesti.²⁰ Yhtenä näistä toimenpiteistä on pidetty ABS-sääntelyä, jonka on odotettu osaltaan edistävän biodiversiteetin suojelua.²¹ Esimerkkejä toteutuneesta hyödynjaosta, biodiversiteetin suojelun edistämisestä puhumattakaan, on kuitenkin pidetty vähäisinä, vaikka ABS-mekanismien luomisesta on kulunut jo yli 25 vuotta.²² Myös mekanismien kyky ylipäättään edistää biodiversiteetin suojelua on kyseenalaistettu.²³ Tämän artikkelin tarkoituksena on ennen kaikkea osallistua oikeudellisesta näkökulmasta keskusteluun biodiversiteetin suojelukeinoista ja pohtia ABS-mekanismien vaikutusta suojeluun.²⁴

Artikkelin tutkimuskysymyksenä on, onko ABS-mekanismeja syytä pitää vaikuttavana keinona edistää biodiversiteetin suojelua. Lähestyn kysymystä artikkelissa kaksivaiheisesti. Ensimmäiseksi luvussa 2 arvioin sitä, onko ABS-mekanismeilla edellytykset saavuttaa niille asetetut välittömät tavoitteet. Tämä johtuu siitä, että Nagoyan pöytäkirjan 1 artiklassa tarkoitettu tavoite edistää biodiversiteetin suojelua on geenivarojen asianmukaisen saatavuuden sekä oikeudenmukaisen ja tasapuolisen hyödynjaon välillinen tavoite. Jotta ABS-mekanismeilla voi olla välillinen biodiversiteetin suojelua edistävä vaikutus, niiden on voitava saavuttaa jokin välillisen vaikutuksen synnyttävä välitön tavoite. Toiseksi luvussa 3 tarkastelen

²⁰ Sharman – Mlambo 2012, s. 275–276. Ks. myös Secretariat of the Convention on Biological Diversity 2020, s. 2.

²¹ Esimerkiksi Nagoyan pöytäkirjan implementointia koskevan hallituksen esityksen (HE 126/2015 vp, s. 22) mukaan esityksen välilliset ympäristövaikutukset kohdistuvat pitkällä tähtäimellä luonnon monimuotoisuuden säilymiseen. Ks. myös Wolff 2014, s. 138. Niin ikään biodiversiteettisopimuksen osapuolikokouksessa vuonna 2010 Nagoyan pöytäkirjan täytäntöönpano asetettiin osaksi niin kutsuttuja Aichi-tavoitteita, joiden päämääräksi nimettiin biodiversiteetin heikkenemisen pysäyttäminen, ks. UNEP/CBD/COP/DEC/X/2, s. 8–9.

²² Ruiz Muller 2018, s. 1.

²³ Chiarolla – Lapeyre – Pirard 2013, s. 1.

²⁴ Esimerkiksi Wilhelmsson (2020, s. 508) on todennut, että kuten monet vaikkapa ilmastomuutosta tai biodiversiteettiä koskevat monitieteiset tutkimusprojektit ovat osoittaneet, oikeustieteellisellä ja myös lainopillisella tiedolla on kysyntää, kun ongelmiin etsitään ratkaisuja.

tarkemmin, onko ABS-mekanismeilla biodiversiteetin suojelua edistävää vaikutusta ja missä määrin mekanismien voidaan odottaa edistävän suojelua. Lopuksi esitän artikkelin johtopäätökset luvussa 4.

Ajankohta kysymyksen tarkasteluun on kiinnostava monestakin syystä. Maailman päättäjät kokoontuvat lähitulevaisuudessa niin kutsutun biodiversiteetin vuosikymmenen²⁵ viimeiseen biodiversiteettisopimuksen osapuolikokoukseen arvioimaan asetettujen suojelutavoitteiden toteutumista sekä pohtimaan seuraavia toimenpiteitä biodiversiteetin suojelussa. Lisäksi raportit sekä biodiversiteetin tilasta²⁶ että ABS-järjestelmän tehokkuudesta²⁷ tarjoavat mielekkäät lähtökohdat arvioida ABS-mekanismeja sellaisten tietojen avulla, joita ei ole tarkasteltu aiemmassa tutkimuskirjallisuudessa. Tiedossani ei myöskään ole, että ABS-mekanismien biodiversiteetin suojelua edistävästä vaikutuksesta olisi tehty kattavaa ja tuoretta tarkastelua, vaikka yleisesti ABS-kysymyksistä on käyty vilkasta keskustelua jo vuosikausia.²⁸ Suomessa ABS-kysymyksiä on käsitelty varsin vähän, ja myös tästä syystä niiden tarkastelu erityisesti suomeksi on perusteltua.²⁹

Tarkastelun ulkopuolelle rajaan alkuperäiskansojen ja paikallisyhteisöjen merkityksen biodiversiteetin suojelussa, sillä ne muodostavat oman laajan kokonaisuutensa, jonka tarkastelu ei kuitenkaan ole välttämätöntä tutkimuskysymykseeni vastaamiseksi.³⁰ Artikkelissa en tarkastele myöskään Nagoyan pöytäkirjan niin kutsuttua compliance-osuutta³¹, koska

²⁵ A/RES/65/161, s. 4.

²⁶ Tuoreimmista ja kattavimmista raporteista voidaan mainita Hallitustenvälisen luontopaneelin (IPBES) Global Assessment -raportti maailman luonnon tilasta sekä biodiversiteettisopimuksen sihteeristön viides Global Biodiversity Outlook -raportti, ks. tarkemmin IPBES 2019 ja Secretariat of the Convention on Biological Diversity 2020.

²⁷ CBD/NP/MOP/DEC/3/1.

²⁸ Esim. Glowka ym. 1994, Greiber ym. 2012 ja Morgera – Buck – Tsioumani 2014. Kattavasti Nagoyan pöytäkirjaa on hiljattain käsitellyt esimerkiksi Gottschalk (2018), joka tarkastelee väitöskirjassaan ABS-järjestelmän eri instituutioita, pöytäkirjan tehokkuutta ja erityisesti pöytäkirjan noudattamisen toteuttamista.

²⁹ Ensimmäisenä geenivarakysymyksistä on kattavasti kirjoittanut Wallius 2001. Tuoreimmaksi ABS-kysymysten tarkasteluksi on toistaiseksi jäänyt vuoden 2015 hallituksen esitys HE 126/2015 vp, joka edelsi biologista monimuotoisuutta koskevaan yleissopimukseen liittyvän Nagoyan pöytäkirjan täytäntöönpanosta annettua lakia (geenivaralaki, 394/2016). Suomen geenivaroista ks. myös Fitzgerald – Ruohonen-Lehto – Lohtander-Buckbee 2015.

³⁰ Geenivarakeskustelussa on kuitenkin syytä tiedostaa, että alkuperäiskansat ovat korostetussa asemassa biodiversiteettisopimuksessa ja Nagoyan pöytäkirjassa. Tältä osin ks. Greiber ym. 2012, s. 10. Laajemmin alkuperäiskansojen ja niiden perinnetiedon merkityksestä biodiversiteetin suojelussa ks. esim. Toivonen 2011.

³¹ Geenivaralakia koskevassa hallituksen esityksessä (HE 126/2015 vp, s. 4) tähän pöytäkirjan osuuteen on viitattu myös nimityksellä määräyksen noudattamista koskeva pilari sekä noudattamispilari.

tarkoituksenani on selvittää, voivatko geenivarojen saatavuus- ja hyödynjakomekanismit ylipäätään edistää biodiversiteetin suojelua. Jos saatavuus- ja hyödynjakomekanismit eivät edes itsessään ole toimivia, mekanismien noudattamista vahvistavilla säännöksillä niitä tuskin voidaan pelastaa. Sääntelyllä on oltava säännösten noudattamisen sijaan jokin erillinen tavoite, joka säännösten avulla pyritään saavuttamaan.³² Tarkastelun ulkopuolelle jäävät niin ikään pöytäkirjan 1 artiklassa mainitut biodiversiteetin osien kestävä käyttö, teknologian siirto ja asianmukainen rahoitus, koska artikkelin painopiste on ABS-mekanismeissa ja biodiversiteetin suojelussa.

Artikkeli voidaan luokitella ympäristöoikeudelliseksi ja edelleen biodiversiteettioikeudelliseksi.³³ ABS-sääntely kuvastaa aihepiirinä hyvin biodiversiteettioikeuden eri ulottuvuuksia³⁴ sisältäen muun muassa sekä luonnonsuojeluoikeuteen että luonnonvarojen hyödyntämiseen liittyviä kysymyksiä.³⁵ Artikkelin kohteena ovat biodiversiteettisopimus ja Nagoyan pöytäkirja, ja lähdeaineisto niiden tarkastelemiseksi koostuu pitkälti kansainvälisestä ABS-sääntelyä käsittelevästä tutkimuskirjallisuudesta sekä sopimukseen liittyvistä virallislähteistä, kuten sopimusten osapuolikokousten päätöksistä ja niihin liittyvistä raporteista.

Artikkelin tiedonintressinä on arvioida ABS-mekanismien biodiversiteetin suojelua edistävää vaikutusta, mikä edellyttää ympäristöoikeudelliselle tutkimukselle ominaisesti menetelmällistä avoimuutta ja monimuotoisuutta.³⁶ Tutkimuskysymyksestä ja tiedonintressistä seuraa, että artikkeli on luontevaa sijoittaa ennen kaikkea ympäristöoikeudellisen arviointi- ja ohjauskeinotutkimuksen alaan.³⁷ Tarkoituksenani on arvioida ABS-

³² Käytännössä sääntelyn noudattamiseen ja valvontaan tähtäävät normit ovat oleellinen osa pöytäkirjan tavoitteiden toteutumista. Esimerkiksi Gottschalk (2018, s. 424) on katsonut, että pöytäkirjan tehokkuus edellyttää sen noudattamisen varmistamista. Nagoyan pöytäkirjan compliance-sääntelystä yleisesti ks. Morgera 2011 ja Gottschalk 2018, s. 380–401.

³³ Esimerkiksi Kuusiniemi (2013a, s. 63–64) on kutsunut biodiversiteettioikeutta keskeisesti ympäristöoikeuteen linkittyväksi oikeudenalaksi taikka näkökulmaksi tai painotukseksi. Kokko (2017, s. 62–63) puolestaan on luokitellut biodiversiteettioikeuden ympäristöoikeuden toiminnalliseksi sektoriksi. Vrt. Kokko 2003, s. 64–67.

³⁴ Kokon (2003, s. 35) mukaan biodiversiteettioikeuden keskeisenä tavoitteena on biodiversiteetin turvaaminen, joka voidaan edelleen jakaa alatavoitteisiin, kuten biodiversiteetin suojelu, kestävä käyttö ja heikentymisen estäminen. Biodiversiteettioikeuden ulottuvuuksista ks. myös Kokko 2017, s. 61–62.

³⁵ Luonnonsuojeluoikeuden ja luonnonvarojen hyödyntämisen ohella Kuusiniemi (2013a, s. 63–64) on katsonut biodiversiteettioikeuden piiriin sisältävän myös geenivarojen omistamiseen ja patentointiin liittyvät kansainvälis-, esine- ja immateriaalioikeudelliset kysymyksenasettelut.

³⁶ Kokko 2017, s. 7. Metodisesta pluralismista yleisesti ks. Määttä 2016, s. 135–136. Ks. myös Fisher ym. 2009, s. 237.

³⁷ Määttä (2016, s. 140) mukaan tämän lainopista erotetun ympäristöoikeudellisen tutki-

mekanismien vaikuttavuutta biodiversiteetin suojelun edistämisen osalta sekä teoreettisella tasolla että tähän mennessä tehtyjen empiiristen tutkimushavaintojen perusteella.³⁸ Pohjustan vaikuttavuusarviointia tarkastelemalla ABS-mekanismien toimivuutta, jolla tarkoitan tässä artikkelissa mekani-
mien edellytyksiä saavuttaa niille asetetut tavoitteet.³⁹ Tältä osin tutkimus-
menetelmä lähestyy myös sääntelyn koherenssin eli sisäisen johdonmukai-
suuden arviointia.⁴⁰ Valittu lähestymistapa toimivuuden tarkastelemiseksi
edellyttää keskeisesti ABS-mekanismien tavoitteiden tunnistamista, joka
puolestaan muistuttaa menetelmällisesti interventioteorioita⁴¹ sekä funktio-
analyysia⁴². ABS-sääntelyn arvioimiseksi on lisäksi olennaista tarkastella
sääntelyn sisältöä ja sen sisäisiä yhteyksiä, minkä osalta on tarkoituksen-
mukaista hyödyntää oikeusdogmaattista eli lainopillista lähestymistapaa.⁴³

muksen pääsuuntauksen sisällä esiintyy runsaasti erilaisia tutkimuksellisia variaatioita. Ks. myös Määttä 2010, s. 55 ja 2016, s. 161–164. Kokon (2016, s. 40) mukaan Määttän aiemmin käyttämä nimitys ”arviointi-, vaikutus- ja ohjauskeinotutkimus” yhdistää lainoppia, sääntelyteoriaa ja oikeussosiologiaa. Kokko on kuitenkin todennut käyttävänsä mieluummin nimitystä sääntelyn arviointi- ja keinotutkimus (2017, s. 9) tai ympäristöpolitiikan ja -sääntelyn harmaa alue (2016, s. 40). Halosen (2016, s. 23) mukaan Määttän ja Kokon käyttämät nimitykset kuuluvat eri tapoihin, joilla sääntelyteoreettista tutkimusotetta on nimitetty ympäristöoikeudellisessa tutkimuksessa eri yhteyksissä.

³⁸ Vaikuttavuudesta arviointikriteerinä ks. Similä 2002, s. 186–188.

³⁹ Vastaavalla tavalla esimerkiksi vuonna 2010 tehdyssä suomalaisen luonnonsuojelulain-säädännön arvioinnissa sääntelyn toimivuutta on arvioitu suhteessa sen tavoitteiden saavuttamiseen, ks. Similä ym. 2010, s. 10–11. Ks. myös Halonen 2016, s. 25, joka on väitös-kirjassaan tarkoittanut metsäojitusten vesienpuojelusääntelyjärjestelmän toimivuudella vesienpuojelun potentiaalista kykyä tuottaa haluttuja vaikutuksia eli edistää vesienpuojelua koskevien tavoitteiden saavuttamista. Halosen mukaan sääntelyn vaikuttavuudella taas viitataan potentiaalın sijaan sääntelyn todelliseen kykyyn tuottaa haluttuja tuloksia.

⁴⁰ Similä – Kokko 2009, s. 80. Heidän mukaansa tällä tarkoitetaan yksinkertaisesti sellaista näkökulmaa, onko tietty politiikka sisäisesti johdonmukaista niin, että poliittisten tavoitteiden toteuttamiseksi on kehitetty uskottavat välineet ja itse täytäntöönpanolle annettu riittävät henkilö- ja muut resurssit.

⁴¹ Similän (2002, s. 184) mukaan interventioteorian on luonnehdittu kuvaavan niitä oikeussääntöjen takana olevia oletuksia, joiden takia kyseisen säädösten soveltamisen ymmärretään johtavan tarkoitettuihin vaikutuksiin. Interventiot teoria on idealisoitu kuvaus siitä, miten sääntelyn on tarkoitettu tai ymmärretty toimivan. Interventiot teoriasta tarkemmin esim. Österberg 2018, s. 58–59 ja Berger 2016, s. 69–70.

⁴² Kotilaisen ym. (2019, s. 13) mukaan funktioanalyysia voidaan luonnehtia teoriaksi lain tai ohjauskeinon oletetuista hyödyistä ja vaikutusmekanismeista. Tanskanen (2019, s. 31) on nähnyt funktioanalyysin kohdistuvan etenkin lakien tavoitteiden ja vaikutusten vertailuun, mikä mahdollistaa sääntöjen tarkoituksen identifioinnin mutta myös sääntöjen toimivuuden arvioinnin.

⁴³ Kuten Määttä (2016, s. 167) on todennut, tiedonintressiltään arviointitutkimuksellisia tutkimusongelmia voidaan käsitellä lainopin menetelmin. Esimerkiksi Pölönen (2012, s. 73) on luonnehtinut osallistumis oikeuksia käsittelevää tutkimustaan siten, että tutkimuksen tiedonintressi ei ole puhtaasti lainopillinen, vaikka se toteutetaan lainopin keinon, vaan päämääränä on kaivoslain osallistumissääntelyn toimivuuden tarkastelu.

Toimivuus- ja vaikuttavuusarvioinnin sekä lainopillisen tarkastelun perusteella voidaan tehdä johtopäätöksiä nykyisen ABS-sääntelyn kyvystä edistää biodiversiteetin suojelua tavoitteensa mukaisesti.⁴⁴

2 GEENIVAROJEN SAATAVUUS JA HYÖDYNJAKO

2.1 ABS-sääntelyn kehitys ennen Nagoyan pöytäkirjaa

Tässä luvussa arvioin geenivarojen saatavuus- ja hyödynjakomekanismien toimivuutta. ABS-mekanismien tarkoituksen ymmärtämiseksi tarkastelen ensin, miksi geenivarojen saatavuutta ja hyödynjakoa on säännelty. Tämän jälkeen käsittelen tarkemmin ABS-mekanismia eli sitä, miten geenivarojen saatavuutta ja hyödynjakoa säännellään. Sääntelyn kehityksen ja mekani-
nismien sisällön perusteella pyrin seuraavaksi tunnistamaan ABS-mekanismien tavoitteet, ja tunnistettujen tavoitteiden perusteella tarkastelen niiden saavuttamista uhkaavia ongelmia.

Geenivarojen saatavuus- ja hyödynjakomekanismeissa on kyse kansainvälisestä menettelystä. Niiden mukaisesti määräytyy, miten toisen valtion geenivaroja haluava taho voi saada kyseisiä geenivaroja käytettäväkseen, miten tarjoajavaltioiden on mahdollistettava geenivarojensa saatavuus ulkomaisille geenivarojen käyttäjille sekä miten geenivarojen käytöstä saatavat hyödyt on jaettava tarjoajien⁴⁵ ja käyttäjien kesken.⁴⁶ ABS-mekanismit eivät sen sijaan koske geenivarojen valtiosisäistä hankkimista.⁴⁷

Geenivarojen siirtäminen ja hyödyntäminen eivät ole uusia ilmiöitä, sillä kasveja ja eläimiä on siirretty toisiin maihin jalostuksen ja maanviljelyn tarpeisiin koko ihmiskunnan historian ajan.⁴⁸ Geenivaroja oli

⁴⁴ Samankaltaisesti Halonen – Pappila 2019, s. 135.

⁴⁵ Esimerkiksi geenivaralakia koskevassa hallituksen esityksessä (HE 126/2015 vp) geenivarojen tarjoajista on käytetty nimitystä geenivarojen toimittaja. Pidän tarjoaja-nimitystä kuitenkin kuvaavampana, koska geenivarojen käyttäjä voi myös itse hankkia haluamansa näytteet tarjoajavaltion alueelta. Tarjoaja-nimitystä on käytetty myös Nagoyan pöytäkirjan implementointia koskevassa ympäristöministeriön (2013) selvityksessä.

⁴⁶ Perinteisesti geenivaroista puhuttaessa on käytetty valtioiden jaottelua kehitys- ja teollisuusmaihin. Tältä osin ks. esim. Wallbott – Wolff – Pożarowska 2014, s. 33–36. Tässä artikkelissa viitataan kuitenkin pääasiassa geenivarojen tarjoajiin ja käyttäjiin. Vaikka mikä tahansa valtio voi toimia yhtä aikaa sekä geenivarojen tarjoajana että toisen valtion geenivarojen hyödyntäjänä, ABS-kysymyksiä on luontevaa lähestyä hahmottamalla geenivarojen tarjoajina ja käyttäjinä pidettyjen valtioiden tavanomaisia intressieroja. Samankaltaisesti Gottschalk 2018, s. 156–157.

⁴⁷ Tvedt 2014a, s. 166.

⁴⁸ Wallius 2001, s. 11.

pitkään pidetty ihmiskunnan yhteisenä perintönä⁴⁹, ja geenivirrat olivat kulkeneet lähes vapaasti maasta toiseen.⁵⁰ Biodiversiteettisopimuksen myötä geenivaroja ei kuitenkaan enää pidetty yhteisenä perintönä, vaan sopimuksessa vahvistettiin valtioiden ehdoton oikeus käyttää omia luonnonvarojaan ja rajoittaa niiden saatavuutta. Samalla biodiversiteetin suojele määritettiin ihmiskunnan yhteiseksi huolenaiheeksi.⁵¹

Merkittävää siirtymää yhteisestä perinnöstä geenivarojen saatavuuden rajoittamiseen selittävät erilaiset taustatekijät, jotka johtivat biodiversiteettisopimuksen syntymiseen. Yksi taustatekijöistä oli valtioiden välillä vallinnut epätasapaino, joka johtui valtioiden maantieteellisistä, taloudellisista, teknologisista ja historiallisista eroista.⁵² Sopimuksen syntymiseen vaikuttivat myös geenivarojen omistajuuteen ja käyttöön liittyneet kysymykset, jotka koskivat erityisesti immateriaalioikeuksia, maataloutta ja luonnonsuojelua.⁵³ Tiivistetysti tilanne oli ennen biodiversiteettisopimusta se, että taloudellisesti vauraat käyttäjävaltiot hyödynsivät biodiversiteetiltään rikkaiden tarjoaja-valtioiden luonnonvaroja ja vaativat niitä vahvistamaan sekä luonnonsuojelutoimenpiteitä että kansallista immateriaalioikeussääntelyä. Suojelutoimenpiteiden kustannukset jäivät pitkälti tarjoaja-valtioiden kannettaviksi, mutta geenivarojen käytöstä saadut hyödyt jäivät geenivarojen käyttäjille.⁵⁴

Lopulta kansainvälinen yhteisö pääsi sovintoon yhteisen biodiversiteettisopimuksen sisällöstä.⁵⁵ Geenivaroja koskeneen konfliktin kannalta merkittävää oli, että sopimuksella vahvistettiin tarjoaja-valtioiden vaatimusten mukaisesti ensimmäistä kertaa valtioiden ehdoton oikeus päättää alueidensa geenivarojen saatavuudesta.⁵⁶ Samoin sopimuksella tunnustettiin, että biodiversiteetin epätasaisen jakautumisen vuoksi suojelusta aiheutuvaa taakkaa valtioiden välillä oli tarpeen jakaa sekä rahallisesti että muunlaisen yhteistyön avulla.⁵⁷ Lisäksi biodiversiteettisopimuksen yhdeksi päätavoit-

⁴⁹ Määttän (2001, s. 348) mukaan yhteisen perinnön käsitteen mukaisesti biodiversiteetti ja maapallon luonnonvarat kuulusivat ihmiskunnalle kokonaisuutena ja myös niiden hyödyntäminen ja suojeleminen olisi koko ihmiskunnan tehtävänä.

⁵⁰ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 5–6.

⁵¹ Glowka ym. 1994, s. 3. Määttän (2001, s. 349–350) mukaan yhteisen huolenaiheen käsite luo yleisen perustan kansainvälisen yhteisön toiminnalle ja osoittaa, ettei biodiversiteettiä pidä tarkastella vain yksittäisen valtion näkökulmasta. Samoin olennaista on huomioida ylisukupolviset intressit biodiversiteetin suhteen.

⁵² Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 7–8.

⁵³ Wallbott – Wolff – Pożarowska 2014, s. 33–34.

⁵⁴ Oberthür – Rosendal 2014a, s. 4–5.

⁵⁵ Biodiversiteettisopimuksen valmistelusta ja neuvotteluista esim. Glowka ym. 1994, s. 2–3.

⁵⁶ Glowka ym. 1994, s. 26.

⁵⁷ Glowka ym. 1994, s. 1.

teeksi nimettiin geenivarojen käytöstä saatavien hyötyjen jakaminen oikeudenmukaisella ja tasapuolisella tavalla.

Valtioiden ryhdyttyä implementoimaan biodiversiteettisopimuksen ABS-säännöksiä osaksi lainsäädäntöään niihin liittyvät vaikeudet paljastuivat. Epäselvyyksiä liittyi muun muassa geenivarojen omistajuuteen kansallisella tasolla. Ensimmäiset ABS-säädökset myös painottuivat lähinnä kansallisen luonnonvarasuvereniteetin korostamiseen toimivan saatavuuden sijaan.⁵⁸ Vuonna 2002 biodiversiteettisopimuksen osapuolikokous hyväksyi niin kutsutut Bonnin ohjeet,⁵⁹ jotka olivat ensimmäinen todellinen yritys puuttua implementointiin liittyneisiin ongelmiin.⁶⁰ Ohjeiden tarkoituksena oli tukea valtioita ja muita sidosryhmiä selventämällä muun muassa ABS-proessin etenemistä ja eri osapuolten rooleja.⁶¹ Bonnin ohjeisiin kohdistui kuitenkin kritiikkiä sekä tarjoaja- että käyttäjätahoilta.⁶² Bonnin ohjeet olivat vain välivaihe, sillä jo samana vuonna kansainvälinen yhteisö jatkoi ABS-järjestelmän⁶³ kehittämistä. Hitaasti edenneet neuvottelut saatiin päätökseen Nagoyassa vuonna 2010 biodiversiteettisopimuksen osapuolikokouksen hyväksyttyä Nagoyan pöytäkirjan.⁶⁴

2.2 Geenivarojen saatavuus- ja hyödynjakomekanismit

2.2.1 ABS-mekanismit biodiversiteettisopimuksessa ja Nagoyan pöytäkirjassa

ABS-mekanismien tarkoituksen tunnistamisen jälkeen tarkastelen seuraavaksi, miten geenivarojen saatavuutta ja hyödynjakoa säännellään. Lähestytyn mekanismien sisältöä tarkastelemalla ensin biodiversiteettisopimuksen ja Nagoyan pöytäkirjan saatavuus- ja hyödynjakosäännöksiä. Lisäksi

⁵⁸ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 138–139.

⁵⁹ UNEP/CBD/COP/6/20, s. 253. Bonnin ohjeiden neuvotteluista tarkemmin Tully 2003, s. 84–88.

⁶⁰ Glowka – Normand 2013, s. 24.

⁶¹ Greiber ym. 2012, s. 19 ja Glowka – Normand 2013, s. 24.

⁶² Wallbott – Wolff – Pożarowska 2014, s. 36. Vain pieni osa valtioista teki kansallisia toimenpiteitä vapaaehtoisuuteen perustuneiden Bonnin ohjeiden myötä, mikä Morgeran, Buckin ja Tsioumanin (2013, s. 7) mukaan voi kertoa vapaaehtoisen lähestymistavan rajoitteista tehokkaan implementoinnin kannalta. Ks. myös Greiber ym. 2012, s. 19.

⁶³ ABS-järjestelmällä viitataan tässä artikkelissa biodiversiteettisopimuksen ja Nagoyan pöytäkirjan ABS-sääntelyn muodostamaan kokonaisuuteen. Järjestelmän sijaan mahdollista olisi puhua myös biodiversiteettisopimuksen ABS-regiimistä, kuten esim. Wolff 2014, s. 135.

⁶⁴ Kuokkanen 2011, s. 334–335. Neuvottelujen vaiheista tarkemmin esim. Greiber ym. 2012, s. 18–22.

käsittelen säännösten keskeisten käsitteiden sisältöä ja mekanismien soveltamisalaa. Osana mekanismeja käsittelen myös Nagoyan pöytäkirjaan sisältyviä erityismääräyksiä.

Biodiversiteettisopimuksen 15 artikla muodostaa saatavuussäätelyn perustan. Artiklan 1 kohdan mukaan geenivarojen saatavuutta koskeva päätäntävalta on valtioiden luonnonvarasuveriniteetin mukaisesti kansallisilla hallituksilla ja sitä sääntelee kansallinen lainsäädäntö. Artiklan 2 kohta puolestaan edellyttää, että kukin sopimuspuoli pyrkii luomaan olosuhteet geenivarojen saatavuuden helpottamiseksi muille sopimuspuolille ympäristöä säästäviin tarkoituksiin ja olemaan asettamatta biodiversiteettisopimuksen tavoitteiden vastaisia rajoituksia. Geenivarojen saannin tulee artiklan 4 kohdan mukaan tapahtua tarjoajan ja käyttäjän kesken sovittujen ehtojen sekä 15 artiklan määräysten mukaisesti. Tässä artikkelissa viitataan tarjoajan ja käyttäjän kesken sovittuihin ehtoihin termillä ABS-sopimus.⁶⁵ ABS-sopimuksella tarjoaja ja käyttäjä sopivat tarkemmin saatavuuden ja hyödynjaon toteutuksesta ja yksityiskohdista.⁶⁶ Biodiversiteettisopimuksen 15 artiklan 5 kohdan mukaan saanti edellyttää geenivarojen tarjoajan ennakkosuostumusta, ellei tarjoajavaltio toisin päätä.

Nagoyan pöytäkirjassa geenivarojen saatavuudesta säädetään sen 6 artiklassa. Biodiversiteettisopimuksen 15 artiklan varaan rakentuva pöytäkirjan 6 artikla määrittää tarjoajien oikeudet ja velvollisuudet geenivarojen saatavuuden sääntelyssä.⁶⁷ Pöytäkirjan 6 artiklan 1 kohta vahvistaa valtioiden oikeuden säännellä saatavuutta ja edellyttää ennakkosuostumusta.⁶⁸ Suostumusta ei tarvita, mikäli tarjoajavaltio on nimenomaisesti todennut, ettei se edellytä ennakkosuostumusta.⁶⁹ Esimerkiksi Suomessa geenivaralaki ei sisällä sääntelyä kotimaisten geenivarojen saatavuuden osalta, mikä geenivaralakia koskevan hallituksen esityksen mukaan tarkoittaa, että kotimaisten geenivarojen hankinta tutkimus- ja kehittämiskäyttöön on edelleen suhteellisen vapaata.⁷⁰

⁶⁵ Esimerkiksi Hollo (2012, s. 16 ja s. 24) on viitannut ehtoihin materiaalinsiirtosopimuksella ja keskinäisellä sopimuksella, kun taas Pavoni (2013, s. 208) on kirjoittanut hyödynjakosopimuksista. Koska ehdoilla voidaan sopia sekä saannista että sen käytöstä saatavien hyötyjen jakamisesta, pidän termiä ABS-sopimus tarkoituksenmukaisena ja riittävän laajana.

⁶⁶ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 131.

⁶⁷ Greiber ym. 2012, s. 94.

⁶⁸ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 141.

⁶⁹ Greiber ym. 2012, s. 96.

⁷⁰ HE 126/2015, s. 20. Suomen luonnonsuojeluliitto ry (2015, s. 1) on kuitenkin katsonut lausunnossaan, että kotimaisten geenivarojen saatavuutta olisi tarpeen säännellä, koska vapaaseen saatavuuteen sisältyy riskejä geenivarojen kannalta. Lausunnossa viitataan myös Suomen ympäristökeskuksen raporttiin, jonka mukaan vapaan saannin mahdolliset hyödyt

Nagoyan pöytäkirjan 6 artiklan 3 kohta velvoittaa tarjoajavaltiot toteuttamaan geenivarojen saatavuuden edellyttämät kansalliset toimenpiteet. Kyseisen kohdan mukaan artiklan 1 kohdan mukaisesti kukin ennakkosuostumusta edellyttävä osapuoli toteuttaa tarvittavat toimenpiteet, joilla muun muassa taataan saatavuutta koskevien kansallisten säädösten oikeusvarmuus, selkeys ja avoimuus. Toimenpiteillä luodaan myös saatavuutta koskevia oikeudenmukaisia ja perusteltuja sääntöjä sekä annetaan tietoa ennakkosuostumuksen hakemisesta. Niillä mahdollistetaan toimivaltaisen kansallisen viranomaisen antama kirjallinen ja selkeä päätös avoimella ja kustannustehokkaalla tavalla sekä kohtuullisessa ajassa. Pöytäkirjan 6 artiklan 3 kohdan on katsottu konkretisoivan sitä yleisemmin muotoiltua biodiversiteettisopimuksen 15 artiklan 2 kohtaa.⁷¹ Vaikka kohdassa asetetut standardit ja vähimmäisvaatimukset on muotoiltu yleisluontoisesti, niiden on katsottu voivan yhtenäistää kansallista implementointia ja näin helpottaa toimivan kansainvälisen ABS-järjestelmän muodostamista.⁷²

Nagoyan pöytäkirjan 6 artiklan 3 kohtaa tulee tarkastella yhdessä artiklan 1 kohdan kanssa. Mikäli geenivarojen saanti edellyttää ennakkosuostumusta, tarjoajavaltion on toteutettava tarpeelliset kansalliset toimenpiteet taatakseen saatavuusmenettelyn riittävän toimivuuden ja ennustettavuuden.⁷³ Toimenpiteiden osalta tarjoajavaltio voi harkintansa mukaan päättää, mitä lainsäädännöllisiä, hallinnollisia tai toimintalinjaa koskevia toimia se pitää tarpeellisina.⁷⁴ Tarvittaviin toimenpiteisiin on kuitenkin ryhdyttävä; kyse ei ole siitä, tuleeko osapuolten tehdä toimenpiteitä, vaan siitä, millaisia toimenpiteitä kunkin osapuolen tulee tehdä.⁷⁵

Hyödynjakomekanismin perustana on puolestaan biodiversiteettisopimuksen 15 artiklan 7 kohta. Sen mukaan sopimuspuolet ryhtyvät tarvittaviin toimenpiteisiin tavoitteenaan jakaa oikeudenmukaisella ja tasapuolisella tavalla geenivaroihin kohdistuvan tutkimus- ja kehitystyön tulokset sekä geenivarojen kaupallisesta ja muusta käytöstä koituva hyöty geenivaran toimittavan sopimuspuolen kanssa. Säännöksen mukaan jakaminen perustuu keskinäisellä sopimuksella sovittuihin ehtoihin.

ja haitat tulee harkita huolella ja ottaen huomioon suomalainen lainsäädäntö. Vapaaseen saantiin ja jokamiehenoikeuksiin liittyviä riskejä kohdistuu raportin mukaan erityisesti sellaisiin uhanalaisiin eliöihin, joita ei ole rauhoitettu tai jotka eivät ole suojeltuja. Raportin sisällöstä tarkemmin ks. Fitzgerald – Ruohonen-Lehto – Lohtander-Buckbee 2015, s. 40.

⁷¹ Greiber ym. 2012, s. 94.

⁷² Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 158–159.

⁷³ Greiber ym. 2012, s. 101.

⁷⁴ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 157.

⁷⁵ Greiber ym. 2012, s. 87.

Nagoyan pöytäkirjan hyödynjakosääntely rakentuu biodiversiteettisopimuksen 15 artiklan varaan mutta on sanamuodoltaan osin velvoittavampi.⁷⁶ Pöytäkirjan 5 artiklan 1 kohdan mukaan geenivarojen käytöstä sekä myöhemmistä sovelluksista ja kaupallistamisesta saatavat hyödyt on jaettava oikeudenmukaisella ja tasapuolisella tavalla geenivarat toimittavan osapuolen kanssa. Myös pöytäkirjan mukaan jakaminen perustuu keskinäisesti sovittuihin ehtoihin. Merkityksellistä on huomata, että hyödynjakovelvollisuutta ei ole sidottu saatavuussääntelyn noudattamiseen. Siten velvollisuus jakaa hyötyjä voi syntyä ennakkosuostumusvaatimuksen noudattamisesta riippumatta.⁷⁷

Nagoyan pöytäkirjan 5 artiklan 3 kohdan mukaan kukin osapuoli ryhtyy tarvittaviin toimenpiteisiin 5 artiklan 1 kohdan täytäntöön panemiseksi. Saatavuusmekanismin tavoin sopimusvaltioiden on ryhdyttävä toimenpiteisiin, mutta niiden tarkempi sisältö on valtioiden päätettävissä. Erona saatavuusmekanismiin on, että hyödynjakosääntelyn kansallista täytäntöönpanoa ei ohjata lainkaan pöytäkirjan 6 artiklan kaltaisilla kriteereillä tai vähimmäisvaatimuksilla.⁷⁸

2.2.2 ABS-sääntelyn keskeiset käsitteet ja soveltamisala

Biodiversiteettisopimuksen ja Nagoyan pöytäkirjan saatavuus- ja hyödynjakosäännösten tarkastelu ei yksistään ole riittävää ABS-mekanismien sisällön määrittämiseksi, vaan tarpeellista on käsitellä näiden säännösten sisältämien keskeisten käsitteiden sisältöä. Kuten Gottschalk toteaa, oikeudellinen sääntely rakentuu käsitteiden ympärille. Käsitteiden sisältö kytkeytyy läheisesti myös niiden avulla muodostettujen oikeudellisten instrumenttien soveltamisalaan, minkä vuoksi käsitteiden merkityssisällön määrittäminen on sääntelyn kannalta merkittävää.⁷⁹

ABS-järjestelmän tarkoituksena on säännellä geenivarojen saatavuutta ja niiden käytöstä saatavan hyödyn jakamista, minkä vuoksi geenivarat ovat sääntelyn keskeinen kohde. Vastaus kysymykseen, mitä geenivarat ovat, on koko ABS-järjestelmän ytimessä.⁸⁰ Biodiversiteettisopimuksen 2 artiklan mukaan geenivaroilla tarkoitetaan arvokasta taikka potentiaalisesti arvokasta geneettistä materiaalia. Geenivarojen merkityssisällön määrittämiseksi on siten ensimmäiseksi kysyttävä, milloin geneettinen materiaali

⁷⁶ Greiber ym. 2012, s. 84.

⁷⁷ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 115.

⁷⁸ Tvedt 2014a, s. 166.

⁷⁹ Gottschalk 2018, s. 363.

⁸⁰ Tvedt – Schei 2014, s.18.

on arvokasta tai potentiaalisesti arvokasta. Toisena kysymyksenä on, mitä on geneettinen materiaali. Määritelmän ensimmäinen kysymys ei kuitenkaan juuri rajaa geenivarojen käsitteen laajuutta, koska geenivaran arvo voi ilmetä muutoinkin kuin taloudellisesti sekä ajallisesti vasta myöhemmin esimerkiksi tieteellisen kehityksen myötä.⁸¹ Siksi geenivarojen määritelmän kannalta kiinnostavampaa on tarkastella geneettisen materiaalin merkitystä.

Biodiversiteettisopimuksen mukaan geneettinen materiaali tarkoittaa kasvi-, eläin-, mikrobi- tai muuta alkuperää olevaa ainesta, joka sisältää toiminnallisia perintötekijöitä. Ihmisen geenivarat eivät kuulu biodiversiteettisopimuksen eivätkä siksi myöskään Nagoyan pöytäkirjan soveltamisalaan.⁸² Toiminnallisten perintötekijöiden on katsottu viittaavan geneihin, joita sopimuksentekohetkellä pidettiin yleisesti organismien deoksiribonukleinihapon eli DNA:n ainoina toiminnallisina osina.⁸³ Geneettisen materiaalin määritelmä myös korostaa, että biodiversiteettisopimuksen kontekstissa geenivarat ovat biologisia luonnonvaroja, joita tarvitaan ja käytetään niiden geneettisen materiaalin eikä muiden ominaisuuksien vuoksi.⁸⁴

Merkittävä kysymys geneettisen materiaalin määritelmässä on, käsittääkö se pelkästään itse materiaalin vai myös sen sisältämän informaation. Teknologian ja tiedon jakamisen kehittyessä geenivarojen sisältämän informaation merkitys on kasvamassa.⁸⁵ Perintötekijöiden toiminnallisuuden on katsottu voivan viitata sekä geneettiseen rakenteeseen että DNA-sekvenssiin sisältyvään informaatioon, joka voidaan edelleen muuttaa esimerkiksi digitaaliseen muotoon.⁸⁶ Ratkaisevaa ABS-sääntelyn soveltuvuudelle olisi tällöin hyödynnettävän materiaalin biologinen alkuperä eikä biologinen muoto.⁸⁷ Geneettisen materiaalin määritelmän kattavuuden kannalta ajatus voi olla perusteltu, sillä materiaalin hyödyntäminen ei aina

⁸¹ Tvedt – Schei 2014, s. 22. Arvon laajaa ymmärtämistä kuvaa niin ikään keskustelu patogeenein eli ihmiselle tai muulle haitallisten taudinaiheuttajien kuulumisesta ABS-sääntelyn soveltamisalaan. Biodiversiteettisopimus ei esimerkiksi Tvedtin (2014a, s. 169–170) mukaan sisällä rajausta, joka sulkisi biodiversiteetin haitallisia osia sopimuksen ulkopuolelle. Lisäksi haitallinen materiaali voi olla arvokasta esimerkiksi lääketieteen kannalta. Vrt. ICC 2009, s. 2.

⁸² UNEP/CBD/COP/2/19, s. 64 ja UNEP/CBD/COP/DEC/X/1, s. 3.

⁸³ Tvedt – Schei 2014, s. 20.

⁸⁴ Glowka ym. 1994, s. 76.

⁸⁵ Tvedt – Schei 2014, s. 22.

⁸⁶ Tällöin voidaan puhua myös digitaalisesta sekvenssi-informaatiosta, jolla on geenivarojen kontekstissa viitattu digitaalisessa muodossa oleviin DNA-, RNA- ja proteiinisekvensseihin, ks. tarkemmin Lohtander-Buckbee 2019, s. 2.

⁸⁷ Tvedt – Schei 2014, s. 20–21.

edellyttä sen fyysistä hankkimista.⁸⁸ Informaation hyödyntäminen esimerkiksi synteettisen biologian tai bioinformatiikan keinoin voi kuitenkin muuttaa informaation ja alkuperäisen biologisen materiaalin yhteyden hyvin etäiseksi.⁸⁹ Kysymys digitaalisesta sekvenssi-informaatiosta on ollut esillä myös biodiversiteettisopimuksen osapuolikokouksissa, mutta vielä viimeisimmässäkään kokouksessa osapuolet tyytyivät toteamaan, että käsitteen tarkastelu vaatii lisäselvitystä.⁹⁰ Geneettisen materiaalin käsitteen rajat ovat siten edelleen epäselvät erityisesti materiaalin informaatio-olottuvuuden osalta.⁹¹

ABS-mekanismien soveltamisalaa osaltaan rajoittaa geenivarat toimittavan osapuolen määritelmä. Biodiversiteettisopimuksen 15 artiklan 3 kohdan mukaisesti artikla koskee vain sellaisen sopimuspuolen toimittamia geenivaroja, joka on geenivarojen alkuperämaa tai joka on hankkinut geenivarat biodiversiteettisopimuksen mukaisesti. Biodiversiteettisopimuksen 2 artiklan mukaan geenivarojen alkuperämaalla tarkoitetaan maata, jolla on kyseisiä geenivaroja in situ -olosuhteissa. In situ -olosuhteilla puolestaan tarkoitetaan olosuhteita, joissa geenivaroja esiintyy ekosysteemisissä ja luontaisissa elinympäristöissä sekä jalostettujen tai viljelylajien osalta sitä ympäristöä, jossa ne ovat kehittäneet erityisominaisuutensa. Geenivarat toimittavan osapuolen määritelmä rajaa siten saatavuus- ja hyödynjakosääntelyn ulkopuolelle ennen biodiversiteettisopimusta saadut geenivarat sekä biodiversiteettisopimuksen voimaantulon jälkeen mutta vastoin sen säännöksiä saadut geenivarat.⁹²

Geenivarojen saatavuutta ei ole määritelty biodiversiteettisopimuksessa tai Nagoyan pöytäkirjassa. Koska saatavuus kuuluu saatavuusmekanismin ydinkäsitteisiin, sen määritelmällä on olennainen merkitys.⁹³ Ilman saatavuuden merkityssisällön määrittämistä epäselväksi jää esimerkiksi se, millainen toiminta tarkalleen edellyttää ennakkosuostumusta. Kuten edellä olen todennut, geenivarojen saatavuudessa on kyse sekä geenivarojen hankkimisesta että niiden hankkimisen mahdollistamisesta.

⁸⁸ Salpin 2013, s. 153–154. Phillips, Smyth ja de Beer (2019, s. 193) ovat katsoneet, että materiaalin fyysisen saannin merkitys tulee edelleen vähenemään teknologian kehittyessä.

⁸⁹ Tvedt – Schei 2014, s. 29.

⁹⁰ CBD/COP/DEC/14/20, s. 1. Geenivaroista ja digitaalisesta sekvenssi-informaatiosta tarkemmin Lohtander-Buckbee 2019.

⁹¹ Myös Tvedt ym. (2016, s. 231) ovat katsoneet, ettei geenivarojen määritelmä muodosta yritystoiminnan kannalta riittävää oikeusvarmuutta.

⁹² Greiberin ym. (2012, s. 86) mukaan jälkimmäinen tilanne on kyseessä esimerkiksi silloin, kun jokin osapuolivaltio on hankkinut geenivaroja rikkoen saatavuussäännöksiä ja yrittää tarjota kyseisiä geenivaroja kolmannelle osapuolelle hyödynsaamistarkoituksessa.

⁹³ Tvedt ym. 2016, s. 230.

Edellä esitettyjen määritelmien perusteella voidaan tehdä tiettyjä johtopäätöksiä saatavuuden merkityssisällöstä. Koska geenivarojen tarjoajavaltio ei aina ole niiden alkuperämaa, geenivarojen saatavuuden mahdollistaminen ei tarkoita pelkästään in situ -saannin sallimista.⁹⁴ Vastaavasti geenivarojen saantina voidaan pitää paitsi niiden keräämistä luonnosta myös geenivarojen hankkimista esimerkiksi geenipankeista, tutkimuslaitoksista tai yksityiseltä sektorilta. Ottaen huomioon geneettisen materiaalin määritelmään liittyvä tulkinallisuus saantina saatetaan lisäksi pitää geenivaroja ja niiden geneettistä koostumusta koskevan digitaalisen informaation hankkimista.⁹⁵

Geenivarojen saatavuuden merkitystä voidaan tarkentaa myös Nagoyan pöytäkirjan 6 artiklan sanamuodon avulla. Sen mukaan geenivarojen saanti niiden käyttöä varten edellyttää ennakkosuostumusta. Tästä syystä tar koitusta, johon saantia pyydetään, on pidetty ratkaisevana ennakkosuostumusvaatimuksen soveltamisen kannalta.⁹⁶ Eri saantitarkoitukset kytkeytyvät läheisesti myös geneettisen materiaalin määritelmään siinä mielessä, että ennakkosuostumusta edellyttävän saannin tarkoituksena tulee olla juuri geneettisen aineksen käyttö eikä luonnonvarojen hyödyntäminen esimerkiksi puutavarana tai muuna hyödykkeenä.⁹⁷

Tarjoajavaltion ennakkosuostumuksella tarkoitetaan kyseisen valtion hallinnollista päätöstä sallia geenivarojen saanti yksittäistapauksessa.⁹⁸ Ennakkosuostumusvaatimuksen ajatuksena on, että tarjoajavaltion tulisi saada tietää aiotusta käytöstä ja sen yksityiskohdista ennen kuin geenivarojen potentiaaliset käyttäjätahot saavat geenivarat käytettäväkseen.⁹⁹ Saatuaan tiedot geenivarojen aiotusta käytöstä tarjoajavaltion toimivaltainen viranomainen tekee päätöksen, sallitaanko saanti vai ei.¹⁰⁰

Geenivarojen käytön sisältö on merkittävä koko ABS-järjestelmän kannalta.¹⁰¹ Sen lisäksi, että geenivarojen saanti niiden käyttöä varten edellyttää ennakkosuostumusta, hyödynjakovelvollisuus kohdistuu juuri käytöstä saatuihin hyötyihin. Geenivarojen käytön sekä siihen läheisesti liittyvien

⁹⁴ Salpin 2013, s. 153–154.

⁹⁵ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 140. Näin myös Gottschalk 2018, s. 234–235.

⁹⁶ Greiber ym. 2012, s. 96.

⁹⁷ Gottschalk 2018, s. 235. Tältä osin pöytäkirjan sanamuoto on aiempaa rajatumpi, sillä biodiversiteettisopimuksen 15 artiklan 5 kohdassa vastaavaa rajausta saannin tarkoituksesta ei ole tehty. Morgera, Buck ja Tsioumani (2014, s. 72) ovat huomauttaneet, että ongelmallisia ovat tilanteet, joissa geneettistä ainesta hyödynnetään vasta hyödykkeeksi hankitun materiaalin saannin jälkeen. Ks. myös Greiber ym. 2012, s. 97.

⁹⁸ Tvedt 2014a, s. 166.

⁹⁹ Greiber ym. 2012, s. 9.

¹⁰⁰ Greiber ym. 2012, s. 95.

¹⁰¹ Tvedt 2014a, s. 162.

biotekniikan ja johdannaisen käsitteet on määritelty Nagoyan pöytäkirjan 2 artiklassa. Artiklan mukaan geenivarojen käyttö tarkoittaa keinoja, joilla toteutetaan geenivarojen geneettisten ja/tai biokemiallisten koostumusten tutkimusta ja kehittämistä biotekniikan soveltaminen mukaan luettuna. Biotekniikalla tarkoitetaan sellaista tekniikan sovellusta, jossa käytetään biosysteemejä, eläviä eliöitä tai niiden johdannaisia tuotteiden tai prosessien kehittämiseen tai muunteluun tiettyyn tarkoitukseen. Pöytäkirjan määritelmän mukaan johdannainen puolestaan tarkoittaa luonnossa esiintyvää biokemiallista yhdistettä, joka syntyy biologisten luonnonvarojen geneettisen ilmentymän tai aineenvaihdunnan tuloksena, vaikka yhdiste ei sisältäisi toiminnallisia perintötekijöitä. Käytön määritelmän on katsottu kattavan yhdessä biotekniikan ja johdannaisen määritelmien kanssa laajasti erilaiset tavat hyödyntää geenivaroja.¹⁰²

Käytön määritelmässä tärkeässä osassa ovat tutkimuksen ja kehittämisen käsitteet, sillä geenivarojen käytön voidaan katsoa päättyvän tutkimuksen ja kehittämisen päättyessä.¹⁰³ Käytännössä niiden tarkka sisältö voi vaihdella eri alojen, kuten maatalouden tai lääketieteen, välillä. Tutkimuksella ja kehityksellä voidaan tässä yhteydessä tarkoittaa niiden tavallisen merkityksen mukaisesti esimerkiksi toimintaa, jonka päämääränä on löytää ja tulkita tosiasioita taikka luoda uusia innovaatioita.¹⁰⁴ Lisäksi geenivarojen käytön määritelmässä olennaista on, että tutkimus ja kehittäminen kohdistuvat geenivarojen geneettisiin tai biokemiallisiin koostumuksiin.

Geenivarojen käytön ohella hyödynjakovelvollisuuden alaiset hyödyt voivat olla peräisin geenivarojen myöhemmistä sovelluksista ja kaupallistamisesta. Käsitteitä ei määritellä pöytäkirjassa, mutta niiden avulla hyödynjakovelvollisuus on pyritty ulottamaan kaikkiin tuotekehityksen vaiheisiin ja niistä saataviin hyötyihin.¹⁰⁵ Siten säännös korostaa, että jaettavia hyötyjä voi syntyä missä tahansa vaiheessa geenivaran saannin jälkeen.¹⁰⁶

Hyödynjakomekanismin olennainen kysymys on, mitä mekanismin tarkoittamat hyödyt ovat. Nagoyan pöytäkirjan 5 artiklan 4 kohdan mukaan hyödyt voivat olla rahallisia hyötyjä tai muita kuin rahallisia hyötyjä pöytäkirjan liitteessä luetellut hyödyt mukaan luettuina. Pöytäkirjan liitteessä mainittuja rahallisia hyötyjä ovat esimerkiksi ennako- ja rojalTIMAKSUT ja tutkimusrahoitus. Muita kuin rahallisia hyötyjä taas ovat muun muassa tutkimus- ja kehitystyön tulosten jakaminen sekä geenivarioihin liittyvä

¹⁰² Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 65.

¹⁰³ Greiber ym. 2012, s. 64.

¹⁰⁴ Greiber ym. 2012, s. 65.

¹⁰⁵ Greiber ym. 2012, s. 85.

¹⁰⁶ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 114.

koulutus. Esimerkkilista sekä hyötyjen erottelu rahallisiin ja muihin kuin rahallisiin hyötyihin korostavat hyödyn käsitteen laajuutta ja eri tapoja jakaa hyödyt oikeudenmukaisesti ja tasapuolisesti.¹⁰⁷

Biodiversiteettisopimuksen ja Nagoyan pöytäkirjan mukaan geenivaroista saatavat hyödyt on jaettava oikeudenmukaisella ja tasapuolisella tavalla. Sopimuksissa ei kuitenkaan tarkemmin määritellä, mitä oikeudenmukaisella ja tasapuolisella tavalla tarkoitetaan¹⁰⁸ taikka millaisten kriteerien tai standardien mukaan niitä tulisi arvioida.¹⁰⁹ Käytännössä oikeudenmukaisuuden ja tasapuolisuuden määrittämisen on katsottu jäävän ABS-sopimuksen osapuolten tehtäväksi.¹¹⁰ Oikeudenmukaisuuden ja tasapuolisuuden yleispätevää määrittämistä ylipäätään on pidetty mahdottomana, koska niiden sisältö on riippuvainen kulloisenkin tapauksen olosuhteista.¹¹¹ Käsitteiden sisällön tapauskohtaisuus on todettu nimenomaisesti myös Bonnin ohjeiden 45 kohdassa, jonka mukaan keskinäisillä ehdoilla sovittavat hyödynjaon yksityiskohdat vaihtelevat sen mukaan, mitä olosuhteisiin nähden on pidettävä oikeudenmukaisena ja tasapuolisena.

Sekä biodiversiteettisopimuksen että Nagoyan pöytäkirjan mukaan hyötyjen jakaminen perustuu keskinäisesti sovittuihin ehtoihin. Geenivaran tarjoajan ja käyttäjän on siten tarkoitus sopia muun muassa geenivaran saannista ja hyödynjaosta yksityisoikeudellisella ABS-sopimuksella. Pöytäkirjan 6 artiklan 3 kohdan mukaan ehdot on tehtävä kirjallisesti, minkä lisäksi kohta sisältää esimerkkejä ABS-sopimuksessa sovittavista ehdoista. Ehdot voivat koskea muun muassa riidanratkaisua, hyötyjen jakoa ja immateriaalioikeuksia, geenivarojen mahdollisia luovutuksia kolmansille osapuolille sekä geenivarojen käyttötarkoituksen muutoksia. Myös Bonnin ohjeiden on katsottu täydentävän Nagoyan pöytäkirjaa ja keskinäisesti sovittavien ehtojen sisältöä.¹¹² Ohjeiden 45 kohdan ehdot voivat koskea muun muassa hyödynjaon olosuhteita, velvollisuuksia, menettelyjä, tapoja ja ajankohtaa.

ABS-sääntelyn keskeisten käsitteiden tarkastelu osoittaa, että sääntelyä ja siten ABS-mekanismien soveltamisalaa ei ole muotoiltu yksiselitteisesti ja tarkkarajaisesti. Osaa käsitteistä ei ole määritelty kansainvälisesti lainkaan. Koska geenivarat ja niiden hyödyntäminen liittyvät erottamattomasti nopeasti kehittyvään tieteelliseen tutkimukseen, ABS-sääntelyn dynami-

¹⁰⁷ Greiber ym. 2012, s. 88.

¹⁰⁸ Greiber ym. 2012, s. 85.

¹⁰⁹ Tvedt 2014a, s. 163.

¹¹⁰ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 132.

¹¹¹ Greiber ym. 2012, s. 85.

¹¹² Beyerlin – Maruhn 2011, s. 198. Ks. myös Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 24.

suus ja joustavuus ovat välttämättömiä, jotta sääntelyn soveltamisala ei jää jälkeen tieteellisestä kehityksestä.¹¹³ Sääntelyn ennakoitavuuden varmistamiseksi käsitteet on kuitenkin määriteltävä riittävän tarkasti, jotta yksittäiset toimijat kykenevät arvioimaan, milloin kulloinenkin toiminta kuuluu ABS-sääntelyn piiriin.¹¹⁴

2.2.3 Nagoyan pöytäkirjan erityismääräykset

Nagoyan pöytäkirjassa on tunnistettu kolme erityistä kansainvälistä geenivarakysymystä, jotka sopimusvaltioiden tulee ottaa huomioon ABS-sääntelyssään.¹¹⁵ Pöytäkirjan 8 artiklan mukaisesti nämä erityiskysymykset koskevat tutkimussektoria, terveyttä uhkaavia hätätilanteita ja ruokaturvaa. Artiklan erityismääräykset tarkoittavat käytännössä poikkeamista muun muassa tavallisesta ABS-menettelystä,¹¹⁶ ja siksi ne liittyvät läheisesti ABS-mekanismeihin.

Tutkimussektoria koskevaa Nagoyan pöytäkirjan 8 artiklan a kohtaa on perusteltua pitää artiklan erityismääräyksistä tärkeimpänä. ABS-sääntelyn on katsottu vaikuttavan eniten tutkimussektoriin,¹¹⁷ ja säännöksen on esitetty korostavan tutkimussektorin asemaa keskeisenä sidosryhmänä.¹¹⁸ Tutkimussektorin roolia ABS-järjestelmässä korostavat myös ennakkosuostumuksista ja ABS-sopimuksista kerätyt tilastot, joiden mukaan suostumuksia ja sopimuksia on tehty merkittävästi enemmän ei-kaupallisiin käyttötarkoituksiin kuin kaupallisiin tarkoituksiin.¹¹⁹ Tavallista on niin ikään, että geenivaroja vaihdetaan tutkijoiden välillä useasti ennen kaupallista käyttöä.¹²⁰ Lisäksi 8 artiklan a kohta on muotoiltu artiklan b ja c kohtaa velvoittavammin, minkä vuoksi ainoastaan a kohdan on katsottu muodostavan

¹¹³ Näin myös Tvedt – Schei 2014, s. 30.

¹¹⁴ Tvedt – Schei 2014, s. 18. Tvedt ja Schei ovat kirjoittaneet geenivaran käsitteen näkökulmasta, mutta jännite joustavuuden ja ennakoitavuuden välillä liittyy myös muihin ABS-sääntelyn käsitteisiin.

¹¹⁵ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 178.

¹¹⁶ Koska kyse on poikkeamisesta yleisestä menettelystä, säännöksiä on Creman (2010, s. 692–693) mukaan tulkittava suppeasti. Ks. myös Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 179.

¹¹⁷ Dedeurwaerdere ym. 2013, s. 411–412.

¹¹⁸ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 179.

¹¹⁹ Pauchard 2017, s. 11. Myös Nagoyan pöytäkirjan tehokkuusarvioinnista (CBD/SBI/2/INF/3, s. 15) selviää, että osassa osapuolivaltioista myönnetty suostumukset on annettu yksinomaan ei-kaupalliseen tarkoitukseen. Vrt. Briceño Moraia 2014, s. 222, jonka mukaan suurin osa tutkimuksesta tehtäisiin nykyisin päivittäin yritysten toimesta kaupallisessa tarkoituksessa.

¹²⁰ Nijar – Louafi – Welch 2017, s. 610.

mahdollisen implementointiongelman.¹²¹ Näistä syistä tarkastelen tässä artikkelissa ainoastaan tutkimussektoria koskevaa erityismääräystä.

ABS-sääntelyssä tutkimussektori on huomioitu jo biodiversiteettisopimuksessa. Esimerkiksi biodiversiteettisopimuksen 12 artiklan b kohdan mukaan osapuolten tulee muun muassa edistää ja rohkaista biodiversiteetin suojeluun liittyvää tutkimusta. Osapuolten tulee myös helpottaa geenivarojen saatavuutta ympäristöä säästäviin tarkoituksiin sekä pyrkiä kehittämään muiden sopimuspuolten toimittamiin geenivaroihin perustuvaa tutkimusta sopimuksen 15 artiklan 2 ja 6 kohtien mukaisesti. Mainitut biodiversiteettisopimuksen säännökset liittyvät läheisesti Nagoyan pöytäkirjan 8 artiklan a kohtaan,¹²² jonka mukaan sopimuspuolten tulee luoda edellytykset edistää ja kannustaa tutkimusta, jonka tarkoituksena on edistää biodiversiteetin suojelua. Suojelua ja kestäväää käyttöä edistävällä tutkimuksella voidaan tarkoittaa esimerkiksi taksonomiaa, evoluutiobiologiaa, ekologiaa, ekosysteemitutkimusta ja geenitutkimusta. Säännöksessä tarkoitettujen edellytysten sisältöä ei kuitenkaan tarkemmin määritellä.¹²³ Säännöksen mukaan osapuolten tulee myös helpottaa saatavuutta yksinkertaisilla menettelyillä sekä ottaa huomioon mahdolliset tutkimustarkoituksen muutokset. Ei-kaupallisella tutkimuksella tarkoitetaan tässä yhteydessä voittoa tavoittelematonta tieteellistä tutkimusta.¹²⁴

2.3 ABS-mekanismien tavoitteet

Seuraavaksi tarkoituksenani on tunnistaa saatavuus- ja hyödynjakomekanismeihin sisältyviä tavoitteita mekanismien toimivuuden arvioimiseksi. Tavoitteiden tarkastelussa hyödynnän edellä tehtyjä havaintoja mekanismien kehittymisestä ja sisällöstä. Vertaamalla keskenään eri osapuolten vaatimuksia ja ABS-sääntelyä voidaan tunnistaa niitä tavoitteita, jotka ovat päätyneet osaksi ABS-mekanismeja. Kaikki eri osapuolten tavoitteet eivät siten ole automaattisesti mekanismien tavoitteita.¹²⁵

¹²¹ Young 2013, s. 498.

¹²² Greiber ym. (2012, s. 119) ovat yhdistäneet pöytäkirjan 8 artiklan a kohdan biodiversiteettisopimuksen 15 artiklan 2 kohtaan. Morgera, Buck ja Tsioumani (2014, s. 182) puolestaan ovat katsoneet pöytäkirjan täydentävän biodiversiteettisopimuksen 15 artiklan 6 kohtaa.

¹²³ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 182.

¹²⁴ Greiber ym. 2012, s. 17.

¹²⁵ Tämä on luonnollista, sillä kuten Gottschalk (2018, s. 371) on todennut, kansainvälisissä sopimuksissa on kyse poliittisista kompromisseista. Talan (2005, s. 144) mukaan eri toimijoiden toisistaan poikkeavat tavoitteet ovat kuitenkin lakien laadinnan välttämätön

Biodiversiteettisopimuksen ja Nagoyan pöytäkirjan päätavoitteet on kirjattu niiden ensimmäisiin artikloihin, mutta yksittäisten säännösten tavoitteita ei ole nimetty yhtä selkeästi. Sääntelyn tavoitteita voidaan kuitenkin tunnistaa sekä lain että sen osien tasolla, sillä myös yksittäisellä lain osalla voidaan ajatella olevan tietty lain päätavoitetta tukeva vaikutus tai seuraus taikka muu tavoite.¹²⁶ ABS-sääntelyn kohdalla oikeudenmukainen ja tasapuolinen hyödynjako on asetettu selkeäksi tavoitteeksi, kun taas asianmukainen geenivarojen saatavuus on pikemminkin hyödynjaon toteuttamisen keino.¹²⁷ Saatavuudella on kuitenkin oltava myös itsessään jokin ajateltu tarkoitus tai seuraus, jonka vuoksi se on kirjattu yhdeksi hyödynjaon toteuttamisen keinoksi.

Kuten edellä olen todennut, asianmukainen geenivarojen saatavuus on yksi keinoista, joilla oikeudenmukainen ja tasapuolinen hyödynjako on määrä toteuttaa. Tästä voidaan jo käsitteellisesti tehdä johtopäätös, että asianmukaisen saatavuuden tarkoituksena on vähintäänkin edistää hyödynjakotavoitteen toteutumista. Verrattuna muihin biodiversiteettisopimuksen ja Nagoyan pöytäkirjan tavoiteartikloissa mainittuihin keinoihin¹²⁸ saatavuuden merkitys hyödynjakotavoitteen toteutumiselle on kriittinen, sillä jaettavia hyötyjä ei voi syntyä ilman geenivarojen saatavuutta.¹²⁹ Asianmukaisen geenivarojen saatavuuden avulla saatavuusmekanismin välillisenä tavoitteena on siten mahdollistaa hyödynjaon toteutuminen.

Edellä olen tarkastellut, mitä geenivarojen saatavuudella tarkoitetaan, mutta tässä yhteydessä kysymyksenä on, mitä *asianmukaisella* geenivarojen saatavuudella tarkoitetaan. Oikeuskirjallisuudessa asianmukaisuuden elementtejä on lähestytty biodiversiteettisopimuksen ja Nagoyan pöytäkirjan saatavuussääntelyn perusteella.¹³⁰ Tästä näkökulmasta voidaan katsoa, että asianmukaisen geenivarojen saatavuuden on tarkoitus toteutua saatavuusmekanismia noudattamalla, jolloin asianmukaisen saatavuuden sisältö voidaan määrittää tarkastelemalla saatavuusmekanismiin sisältyviä osatavoitteita.

Asianmukaisen geenivarojen saatavuuden yhtenä ulottuvuutena on, että geenivarojen käyttäjät hankkivat geenivarat saatavuusmekanismin mukaisesti. Nagoyan pöytäkirjan 6 artiklan 1 kohta sisältää maininnan valtioiden

ominaispiirre moniarvoisissa yhteisöissä. Nagoyan pöytäkirjan osalta Kamau, Fedder ja Winter (2010, s. 262) ovat todenneet, että ottaen huomioon neuvottelujen taustalla vallinneet intressikonfliktit pöytäkirja heijastaa sitä, mikä poliittisesti oli mahdollista saavuttaa.

¹²⁶ Vastaavalla tavalla Talan (2005, s. 158) mukaan saman lain sisällä, sen eri osilla, luvulla tai yksittäisillä säännöksillä voi olla erilaisia tavoitteita.

¹²⁷ Greiber ym. 2012, s. 57 ja Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 49.

¹²⁸ Asiaankuuluvan teknologian siirto ja asianmukainen rahoitus.

¹²⁹ Greiber ym. 2012, s. 49.

¹³⁰ Greiber ym. 2012, s. 58.

luonnonvarasuvereniteetista, jonka tunnustaminen oli tarjoajavaltioiden keskeinen vaatimus neuvoteltaessa biodiversiteettisopimuksesta. Biodiversiteettisopimuksen voimaantulon jälkeenkin keskustelua on käyty niin kutsutusta biopiratismista eli geenivarojen hyödyntämisestä ilman tarjoajavaltion suostumusta tai keskinäisesti sovittujen ehtojen vastaisesti.¹³¹ Luonnonvarasuvereniteetin korostamisen perusteella saatavuusmekanismin selkeänä tavoitteena on suojata tarjoajavaltioiden täysivaltaista määräysvaltaa alueensa geenivaroihin. Konkreettisesti suojan on määrä toteutua siten, että geenivarojen käyttäjät noudattavat saatavuussäännöksiä ja pyytävät tarjoajavaltiolta ennakkosuostumuksen saannille.¹³²

Asianmukaisen geenivarojen saatavuuden toinen ulottuvuus koskee saatavuuden mahdollistamista. Saatavuussäätelyn on katsottu paitsi suojaavan tarjoajavaltioita myös osoittavan, että geenivarojen hankkiminen kaupallista hyödyntämistä ja tutkimusta varten on väistämätöntä. Siksi saatavuutta on säänneltävä oikeudellisesti, jotta tarjoajavaltiot eivät voi evätä saantia ilman laillista perustetta.¹³³ Saatavuuden säilyttäminen on tärkeää geenivarojen hyödyntämiseksi muun muassa siksi, että valtiot eivät kykene yksin tutkimaan lajistoaan kansainvälisen tiedeyhteisön tavoin.¹³⁴

Pelkkä geenivarojen saatavuuden mahdollistaminen ei riitä, vaan saatavuus on toteutettava tietyllä tavalla.¹³⁵ Nagoyan pöytäkirjaa edeltäneissä neuvotteluissa saatavuuden parantaminen oli käyttäjävaltioiden ja yksityisen sektorin olennainen intressi, sillä tarjoajavaltioiden ABS-lainsäädäntö joko puuttui kokonaan tai oli vaikeaselkoista ja keskittyi tarjoajavaltioiden suojaamiseen. Tarjoajavaltioiden toimenpiteet eivät edistäneet saatavuutta vaan pikemminkin haittasivat teollisuuden kehitystä.¹³⁶ Nämä saatavuusintressit on huomioitu pöytäkirjan 6 artiklan 3 kohdassa, jonka mukaan tarjoajavaltioiden on muun muassa taattava saatavuussäännösten oikeusvarmuus ja selkeys sekä luotava saatavuutta koskevia oikeudenmukaisia ja perusteltuja sääntöjä.¹³⁷ Asianmukaiseen geenivarojen saatavuuteen siten sisältyy, ettei geenivarojen saatavuutta tule perusteettomasti rajoittaa ja että saatavuus on toteutettava pöytäkirjassa nimettyjen kriteerien mukaisesti. Kriteerien avulla saatavuusmekanismin tarkoituksena on olla toimiva

¹³¹ Oberthür – Rosendal 2014b, s. 239. Biopiratismista tarkemmin Rabitz 2017, s. 54.

¹³² Young 2013, s. 458.

¹³³ Kohli – Bhutani 2017, s. 122.

¹³⁴ Prathapan ym. 2018, s. 1405. Myös Biber-Klemmin ym. (2014, s. 216) mukaan taksonominen tutkimus on riippuvainen lajinäytteiden alituisesta vaihtamisesta eri maissa toimivien asiantuntijoiden välillä.

¹³⁵ Young 2013, s. 458.

¹³⁶ Wallbott – Wolff – Pożarowska 2014, s. 38–39.

¹³⁷ Young 2013, s. 458. Ks. myös Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 160–161.

myös geenivaran käyttäjän kannalta, jotta arvokkaiden geenivarojen löytäminen ja hyödyntäminen säilyvät tosiasiallisesti mahdollisina.

Nagoyan pöytäkirjan 8 artiklan mukaisesti saatavuussäätelyssä on otettava huomioon muun muassa tutkimussektoria koskevat erityistilanteet. Tutkimussektoria koskevan erityismääräyksen mukaan osapuolten tulee edistää ja kannustaa biodiversiteetin suojelua edistävää tutkimusta sekä helpottaa geenivarojen saatavuutta ei-kaupallisia tutkimustarkoituksia varten. Säännös heijastaa pöytäkirjan neuvotteluissa esiintynyttä huolta siitä, että tieteellistä, ja erityisesti ei-kaupallista, tutkimusta tarpeettomasti vaikeutetaan geenivarojen saatavuuden rajoituksilla.¹³⁸ Koska pöytäkirjan tulisi edistää myös biodiversiteetin suojelua, saatavuussäätelyllä ei tulisi rajoittaa tutkimustyötä, joka voi tukea tämän tavoitteen saavuttamista.¹³⁹ Artiklan a kohdan perusteella asianmukaiseen saatavuuteen sisältyy siten tavoite edistää ja helpottaa erityisesti ei-kaupallista tieteellistä tutkimusta.

Hyödynjakomekanismin keskeisenä tavoitteena voidaan pitää geenivarojen käytöstä saatavien hyötyjen oikeudenmukaista ja tasapuolista jakoa. Nagoyan pöytäkirjan hyödynjakosäätelyn mukaan geenivarojen käytöstä sekä myöhemmistä sovelluksista ja kaupallistamisesta saatavat hyödyt on jaettava oikeudenmukaisella ja tasapuolisella tavalla. Biodiversiteettisopimuksen ja Nagoyan pöytäkirjan mukaan niiden tavoitteena puolestaan on geenivarojen käytöstä saatavien hyötyjen oikeudenmukainen ja tasapuolinen jako. Perusteltua on siksi katsoa, että biodiversiteettisopimuksen ja Nagoyan pöytäkirjan hyödynjakotavoite on tarkoitus saavuttaa hyödynjakomekanismin avulla. Seuraavaksi on vielä kysyttävä, minkä mekanismin sisältyvien osatavoitteiden avulla oikeudenmukaisen ja tasapuolisen hyödynjaon on määrä toteutua.

Hyödynjakomekanismissa geenivaroista saatavan hyödyn jakaminen perustuu osapuolten välisiin keskinäisesti sovittuihin ehtoihin. Biodiversiteettisopimus tai Nagoyan pöytäkirja eivät ohjaa hyödynjaon sisältöä, vaan osapuolten odotetaan ABS-sopimuksella määrittävän, mitä oikeudenmukaisella ja tasapuolisella hyödynjaolla tarkoitetaan.¹⁴⁰ Osapuolten on tarkoitus sopia ABS-sopimuksella myös hyödynjaon konkreettisesta toteutuksesta.¹⁴¹ Hyödynjakomekanismin osatavoitteena voidaan siten pitää sitä, että oikeuden-

¹³⁸ Jinnah – Jungcurt 2009, s. 464. Ks. myös Tvedt 2014a, s. 167.

¹³⁹ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 179. Myös Biber-Klemm ym. (2014, s. 218) ovat korostaneet tutkimussektorin kykyä tuottaa biodiversiteettiä koskevaa tietoa, joka on välttämätöntä biodiversiteetin suojelun toteuttamiseksi. Biodiversiteettiä koskevan tiedon välttämättömyydestä päätöksenteossa ks. myös Glowka ym. 1994, s. 58–59.

¹⁴⁰ Tvedt 2014a, s. 163. Ks. myös Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 159–160.

¹⁴¹ Greiber ym. 2012, s. 86.

mukainen ja tasapuolinen hyödynjako toteutetaan sekä menettelyllisesti että sisällöllisesti tarjoajan ja käyttäjän välisen yksityisoikeudellisen ABS-sopimuksen avulla.

Biodiversiteettisopimuksen ja erityisesti Nagoyan pöytäkirjan hyödynjakosäännökset korostavat, että hyödynjakovelvollisuuden tulee koskea kattavasti erilaisia ja eri tavoin saatavia hyötyjä. Pöytäkirjan neuvotteluissa tarjoajavaltioiden intressinä oli varmistaa, että hyödynjakovelvollisuus koskisi kaikilla mahdollisilla hyödyntämiskeinoilla saatuja hyötyjä. Tätä intressiä heijastaa esimerkiksi velvollisuuden ulottaminen nimenomaisesti geenivarojen myöhemmistä sovelluksista ja kaupallistamisesta saatuihin hyötyihin.¹⁴² Hyödynjakovelvollisuuden soveltamisalaa laajentaa myös Nagoyan pöytäkirjaan sisällytetty johdannaisten määritelmä.¹⁴³ Hyötyjen moninaisuutta korostavat niin ikään rahallisten ja muiden kuin rahallisten hyötyjen nimenomainen erottaminen sekä pöytäkirjaan sisällytetty kattava esimerkkilista eri hyödyistä.¹⁴⁴ Hyödynjakomekanismin osatavoitteena voidaan siten pitää myös sitä, että hyödynjakovelvollisuus koskee laajasti erilaisia geenivaroista saatavia hyötyjä.

Biodiversiteetin suojelun vahvistaminen oli käyttäjävaltioiden merkittävä intressi jo biodiversiteettisopimuksen neuvotteluissa.¹⁴⁵ Vaikka hyödynjaon tarkoituksena on jo alun perin ollut tukea sopimuksen muita päätavoitteita,¹⁴⁶ vasta Nagoyan pöytäkirjassa geenivaroista saatavan hyödyn oikeudenmukainen ja tasapuolinen jako on linkitetty nimenomaisesti biodiversiteetin suojeluun ja sen osien kestäväan käyttöön.¹⁴⁷ Tavoitteiden yhteys kiteytyy ajatukseen, että biodiversiteetiltään rikkaat valtiot saavat hyödynjaon avulla taloudellista tukea ja kannustimen biodiversiteetin suojeluun.¹⁴⁸ Saavuttamalla varsinaisen tavoitteensa hyödynjakomekanismin välillisenä tavoitteena on siten edistää biodiversiteetin suojelua ja sen osien kestävää käyttöä.

¹⁴² Glowka – Normand 2013, s. 31.

¹⁴³ Wallbott – Wolff – Pożarowska 2014, s. 50. Johdannaisten määritelmän merkitys on huomattava, sillä Buckin ja Hamiltonin (2011, s. 57) mukaan määritelmä yhdessä geenivarojen käytön määritelmän kanssa vähintäänkin kaksikymmentäkertaisti pöytäkirjan taloudellisen arvon tarjoajavaltioille.

¹⁴⁴ Greiber ym. 2012, s. 88.

¹⁴⁵ McAfee 1999, s. 140–141.

¹⁴⁶ Greiber ym. 2012, s. 59.

¹⁴⁷ Glowka – Normand 2013, s. 32.

¹⁴⁸ Greiber ym. 2012, s. 83. Ks. myös Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 54.

2.4 ABS-mekanismien tavoitteita uhkaavat ongelmat

2.4.1 ABS-säännösten kansallinen implementointi

Seuraavaksi tarkastelen ABS-mekanismeihin liittyviä ongelmia, jotka uhkaavat edellä tunnistettujen tavoitteiden saavuttamista. Tarkoitukseni ei ole nimetä kaikkia ongelmia vaan tunnistaa kirjallisuuden ja muun aineiston perusteella keskeisimpiä ongelmia. Käsittelen ongelmia erikseen linkittäen ne samalla tavoitteisiin, joita ne erityisesti uhkaavat. Ongelmien tarkastelun perusteella arvioin lopuksi, onko ABS-mekanismeilla edellytykset saavuttaa niille asetetut tavoitteet.

Vaikeudet kansainvälisellä tasolla määriteltyjen ABS-säännösten kansallisessa implementoinnissa ovat osoittautuneet merkittäväksi ongelmaksi koko ABS-järjestelmälle. Verrattuna muihin ympäristösopimuksiin implementoinnin merkitys on ABS-järjestelmässä erityisen korostunut, sillä järjestelmän tarkoituksena on säännellä yksityisten toimijoiden monikansallista toimintaa.¹⁴⁹ Kansallista implementointia ei sinänsä tule pitää ABS-sääntelyn ongelmana, vaan se on erottamaton osa kansainvälisen oikeuden täytäntöönpanoa. Sopimusvaltiot ovat kuitenkin käytännössä kohdanneet ongelmia kansallisissa toimenpiteissä, ja mikäli mekanismeja ei saada osaksi kansallista lainsäädäntöä, on ilmeistä, ettei mekanismeille asetettuja tavoitteita saavuteta.¹⁵⁰ Implementoinnin vaikeuksia selittävät monenlaiset syyt, kuten ABS-kysymysten monimutkaisuus ja valtioiden resurssien puute.

Sääntelykohteena geenivarat ja niiden hyödyntäminen ovat äärimmäisen monimutkaisia ja vaativia. Kysymykset myös ovat vielä melko uusia ja edellyttävät vahvaa asiantuntijuutta ja kokemusta esimerkiksi ABS-sopimusten neuvottelusta, immateriaalioikeuksista, biodiversiteetin suojelusta, liiketoiminnasta ja kaupankäynnistä, taloudesta, bioteknologiasta, kansallisesta ja kansainvälisestä oikeudesta sekä sosiaalisista ja kulttuurisista seikoista.¹⁵¹ Nagoyan pöytäkirjan osapuolivaltiot ovat myös raporteissaan korostaneet implementointia vaikeuttavina tekijöinä pöytäkirjan monialaisuutta sekä tarvetta huomioida useita eri toimijoita. Toimenpiteet vaativat laajasti eri seikkojen huomioimista, mutta samalla niiden tulisi pöytäkirjan 6 artiklan mukaisesti olla perusteltuja ja oikeudenmukaisia, edistää hyödynjakoa ja oikeusvarmuutta sekä ehkäistä vaikeaselkoisuutta, viivästyksiä ja kustannuksia geenivarojen käyttäjille.¹⁵²

¹⁴⁹ Wallbott – Wolff – Pożarowska 2014, s. 53.

¹⁵⁰ Tvedt 2014a, s. 174.

¹⁵¹ Greiber ym. 2012, s. 15 ja Orsini 2014, s. 66.

¹⁵² CBD/SBI/2/INF/3, s. 18.

Sääntelykohteen vaativuudesta tulee erityinen ongelma, kun se yhdistetään valtioiden vaihteleviin kykyihin ja resursseihin käsitellä ABS-kysymyksiä. Nagoyan pöytäkirjan tehokas implementointi edellyttää toimenpiteitä sekä tarjoaja- että käyttäjävaltioilta,¹⁵³ mutta useiden valtioiden valmiudet käsitellä ABS-ongelmia ovat hyvin rajallisia tai puuttuvat kokonaan.¹⁵⁴ Myös pöytäkirjan tehokkuusarvioinnissa osapuolivaltiot ovat raportoineet taloudellisten resurssien sekä henkilöstön riittämättömyydestä.¹⁵⁵ Tarjoajavaltioiden toimivaltaisten instituutioiden tulisi muun muassa muodostaa ja jakaa erilaisia oikeuksia, hallita suojelualueita, koordinoida toimintaa, neuvotella ABS-sopimuksia sekä kontrolloida säännösten noudattamista ja väärinkäytöksistä seuraavia sanktioita. Tällaisten instituutioiden luominen ja ylläpitäminen puolestaan vaativat valtioilta resursseja ja rahoitusta.¹⁵⁶

Implementoinnin vaikeudet ovat ongelmallisia erityisesti saatavuusmekanismin ja sen tavoitteiden kannalta, koska Nagoyan pöytäkirjan saatavuussäännökset nojaavat vahvasti tarjoajavaltion kansalliseen lainsäädäntöön.¹⁵⁷ Kansallisen saatavuussääntelyn puuttuminen voi siten olla hyvin haitallista kansallisen luonnonvarasuvereniteetin suojaamisen kannalta. Sääntelyn puuttuminen aiheuttaa myös geenivarojen käyttäjien kannalta epävarmuutta, eikä tarjoajavaltion geenivarojen saatavuus tällöin vastaa tavoitetta asianmukaisesta saatavuudesta.

Vaikeudet sääntelyn implementoinnissa eivät kuitenkaan vaikuta ylitsepääsemättömiltä. Ottaen huomioon, että erityisesti Nagoyan pöytäkirja on melko tuore sopimus, on mahdollista, että ABS-säännösten implementointi vaatii vielä lisää aikaa.¹⁵⁸ Toisaalta ei olisi myöskään saatavuusmekanismin tavoitteiden mukaista, että ABS-sääntelyn vaatimukset asetettaisiin niin alhaisiksi, että jokainen valtio kykenisi vaivatta täyttämään ne. Implementoinnissa havaitut ongelmat korostavat tarvetta tukea valtioita laajalajaisesti kehittämällä esimerkiksi alueellisia tai kansainvälisiä yhdenmukaisia sääntelyratkaisuja sekä vahvistamalla valtioiden taloudellisia ja institutionaalisia valmiuksia. Tärkeänä implementointia tukevana keinona on pidetty myös ei-valtiollisten järjestöjen ja yksityisten tahojen osaamisen ja tietotaidon hyödyntämistä.¹⁵⁹

¹⁵³ Wallbott – Wolff – Pożarowska 2014, s. 53.

¹⁵⁴ Carrizosa 2004, s. 300.

¹⁵⁵ CBD/SBI/2/INF/3, s. 18.

¹⁵⁶ Richerzhagen 2014, s. 147.

¹⁵⁷ Tvedt 2014a, s. 166.

¹⁵⁸ Esimerkiksi Varman (2017, s. 92–95) mukaan Intiassa ABS-kysymyksiin on tartuttu jo ennen biodiversiteettisopimusta, ja nykyisin Intian tilannetta on pidetty verrattain tyydyttävänä.

¹⁵⁹ Glowka ym. 1994, s. 7. Myös Oliva (2013, s. 387) on korostanut yritysten roolia kansallisen järjestelmän kehittämisessä.

2.4.2 Tutkimussektorin erityisasema

Tutkimussektorin merkitys ABS-mekanismien tarkastelussa on moniulotteinen. Yhtäältä tieteellistä tutkimusta on pidetty olennaisena edellytyksenä biodiversiteetin suojelulle ja geenivarojen arvon määrittämiselle,¹⁶⁰ minkä vuoksi tutkimussektorin toimintaedellytyksiä on pyritty tukemaan esimerkiksi Nagoyan pöytäkirjan 8 artiklassa esitetyillä yksinkertaistetuilla menettelyillä. Toisaalta ei-kaupallisen tutkimuksen erityisaseman toteuttamiseen liittyy ongelmia, jotka voivat uhata muun muassa saatavuusmekanismien tavoitetta tukea tutkimussektoria.

Nagoyan pöytäkirjan 8 artiklan a kohdan tärkeimpinä elementteinä on pidetty ei-kaupallista tutkimusta varten kehitettäviä yksinkertaistettuja saatavuusmenettelyjä sekä tutkimustarkoituksen muuttumisen huomioimista.¹⁶¹ Säännös perustuu oletukseen, että kaupallinen ja ei-kaupallinen tutkimus voidaan selkeästi erottaa toisistaan, mutta käytännössä tutkimustarkoitusten erottaminen on osoittautunut vaikeaksi.¹⁶² Ongelmallista muun muassa on, että ei-kaupallinen tutkimus voi usein johtaa löytöihin, joilla on kaupallista arvoa.¹⁶³ Tutkimusta voidaan myös tehdä molempiin tarkoituksiin samoin menetelmin, samoissa tiloissa ja jopa samojen tutkijoiden toimesta.¹⁶⁴ Akateemisen tutkimuksen rahoitus voi olla peräisin yksityiseltä sektorilta.¹⁶⁵ Tieteelliseen tutkimukseen kuuluu niin ikään saatujen tulosten julkaiseminen,¹⁶⁶ jonka seurauksena ei-kaupallisella tutkimuksella saatua tietoa voi olla mahdollista hyödyntää toisaalla kaupalliseen tarkoitukseen.¹⁶⁷ Lisäksi tutkimustarkoitusten erottamista vaikeuttaa, että tarkoitus voi muuttua ajan kuluessa, minkä vuoksi tutkimustarkoituksen lopullinen määrittäminen erityisesti geenivarojen saantihetkellä on hyvin vaikeaa.¹⁶⁸

ABS-mekanismien tavoitteiden kannalta tutkimussektoriin liittyvät epäselvyydet voivat olla monin tavoin haitallisia. Tutkimustarkoitusten erottamisen vaikeudet voivat johtaa ongelmiin saatavuussäntelyltä vaaditun ennakoitavuuden ja selkeyden kannalta.¹⁶⁹ Säätelyn epäselvyys voi siksi rasittaa tutkimussektorin toimintaedellytyksiä ja haitata saatavuus-

¹⁶⁰ Greiber ym. 2012, s. 17.

¹⁶¹ Greiber ym. 2012, s. 120.

¹⁶² Cabrera Medaglia – Perron-Welch – Phillips 2014, s. 119.

¹⁶³ Kursar 2011, s. 257. Samoin Schindel ym. 2015, s. 46.

¹⁶⁴ Greiber ym. 2012, s. 17.

¹⁶⁵ Nijar – Louafi – Welch 2017, s. 612.

¹⁶⁶ Biber-Klemm ym. 2014, s. 216.

¹⁶⁷ Tvedt 2014a, s. 167.

¹⁶⁸ Tvedt 2014a, s. 168.

¹⁶⁹ Cabrera Medaglia – Perron-Welch – Phillips 2014, s. 119. Ks. myös Tvedt – Schei 2014, s. 31.

mekanismin tavoitetta tukea ei-kaupallista tutkimusta. Vaarana on myös, että yksityiset toimijat hyväksikäyttävät keinotekoisesti tutkimussektoria koskevien poikkeusten väljää sääntelyä,¹⁷⁰ mikä on ongelmallista luonnonvarasuvereniteetin suojaamisen sekä hyödynjaon edistämisen kannalta.

2.4.3 *Ex situ* -geenivarat

Ex situ -geenivarat ovat jo pitkään olleet vaikea kipukohta ABS-järjestelmälle,¹⁷¹ ja ne voivat haitata myös hyödynjaon toteutumista. *Ex situ* -geenivaroilla tarkoitetaan geenivaroja, joita säilytetään niiden luontaisen elinympäristön tai esiintymisalueen ulkopuolella esimerkiksi geenipankeissa, eläintarhoissa tai kasvitieteellisissä puutarhoissa.¹⁷² Vastaavasti alkuperäisillä kasvupaikoilla ja esiintymisalueilla sijaitsevia geenivaroja kutsutaan *in situ* -geenivaroiksi.¹⁷³

Hyödynjakomekanismin tavoitteiden kannalta ongelmallista on, että suuri, ellei jopa suurin, osa *ex situ* -geenivaroista on kerätty ennen biodiversiteettisopimuksen voimaantuloa.¹⁷⁴ Tästä syystä nämä geenivarat ovat biodiversiteettisopimuksen ja Nagoyan pöytäkirjan soveltamisalan ulkopuolella.¹⁷⁵ Tarjoajavaltioiden odotukset geenivarojen käytöstä palautuvasta hyödyistä ovat olleet korkeat,¹⁷⁶ mutta huolena on, että *ex situ* -geenivarojen saatavuus korvaa *in situ* -olosuhteissa suoritettavan bioetsinnän.¹⁷⁷ *Ex situ* -geenivarat heikentävät tarjoajavaltioiden asemaa luomalla geenivarojen käyttäjille vaihtoehtoja¹⁷⁸ ja jopa mahdollisuuden ohittaa hyödynjakosäännökset.¹⁷⁹ ABS-sääntelyn soveltamisalan ulkopuolelle jäävät *ex situ* -geenivarat vaarantavat siksi hyödynjakomekanismiin sisältyvän tavoitteen siitä, että hyödynjakovelvollisuus koskisi geenivarojen hyödyn-

¹⁷⁰ Tvedt 2014a, s. 167.

¹⁷¹ Biber-Klemm ym. 2014, s. 214.

¹⁷² Biber-Klemm ym. 2014, s. 215.

¹⁷³ Bowman 1995, s. 6 ja Wolff 2014, s. 136.

¹⁷⁴ Greiber ym. 2012, s. 15.

¹⁷⁵ Nyaberi 2019, s. 16.

¹⁷⁶ Greiber ym. 2012, s. 15.

¹⁷⁷ Biber-Klemm ym. 2014, s. 216. He ovat katsoneet ongelman johtuvan ABS-järjestelmästä itsestään, koska järjestelmä perustuu ajatukseen suoraviivaisesta ja yksinkertaisesta bioetsinnästä. Todellisuus, jossa geenivaroja sekä hankitaan eri tavoin että hyödynnetään informaationa, on kuitenkin tätä monimutkaisempi. Myös Nyaberi (2019, s. 13) on kritisoitunut biodiversiteettisopimusta siitä, ettei se ota huomioon viime vuosikymmenien kehitystä, jossa geenivarojen laajamittainen kerääminen *in situ* -olosuhteista on muuttunut yhä tarpeettommaksi.

¹⁷⁸ Richerzhagen 2014, s. 149.

¹⁷⁹ Biber-Klemm ym. 2014, s. 216.

tämistä mahdollisimman laajasti. Toisaalta mekanismien tavoitteiden kannalta on edullista, että osa ex situ -geenivaroja hallitsevista tahoista on päättänyt soveltaa ABS-säännöksiä geenivariohinsa riippumatta niiden keräysajankohdasta.¹⁸⁰ Tämänkaltaiset bottom up -ratkaisut voivat lopulta johtaa ex situ -geenivaroja koskevista yleisistä periaatteista tai muista säännöistä sopimiseen kansainvälisellä tasolla.¹⁸¹

2.4.4 ABS-sopimusten bilateraalisuus

ABS-järjestelmässä merkittävässä roolissa ovat geenivarojen tarjoajien ja käyttäjien väliset ABS-sopimukset.¹⁸² Kahdenvälisillä ABS-sopimuksilla osapuolten on määrä sopia tarkemmin oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan sekä saatavuuden ja hyödynjaon konkreettisesta toteuttamisesta.¹⁸³ Tästä syystä ABS-järjestelmää on tavallista luonnehtia bilateraaliseksi.¹⁸⁴

Hyödynjakomekanismin tavoitteiden kannalta kahdenvälisiin sopimuksiin sisältyy merkittäviä ongelmia. Sopimusten bilateraalisuuden ja kaupallisten toimintatapojen on katsottu olevan biodiversiteettisopimuksen päätavoitteiden vastaisia, sillä niiden on esitetty johtavan muun muassa ABS-sopimusten alhaiseen taloudelliseen arvoon ja biodiversiteetin puutteelliseen arvostamiseen.¹⁸⁵ Sopimusten alhaista arvoa on selitetty geenivarojen tuotantokustannusten puuttumisella sekä tarjoajavaltioiden välisellä kilpailulla, joka aiheutuu siitä, että samaa geenivaraa esiintyy usein monen eri valtion alueella.¹⁸⁶ Taloudellinen kilpailu ajaa geenivarojen hintaa kohti tuotantokustannuksia, ja koska geenivarat ovat luonnon tarjoama lahja, ABS-sopimuksilla jaettu hyöty jää vähäiseksi.¹⁸⁷ Tarjoajavaltioiden kilpailutilan voi myös johtaa siihen, että valtiot lieventävät saatavuus- ja hyödynjakosääntelyään.¹⁸⁸ Bilateraalisisissa neuvotteluissa oikeudenmukainen ja tasapuolinen hyödynjako voi vaarantua lisäksi silloin, kun toinen sopimusosapuoli on tiedoiltaan tai resursseiltaan selkeästi vahvemmassa

¹⁸⁰ Nyaberi 2019, s. 19.

¹⁸¹ Biber-Klemm ym. 2014, s. 226. Top down- ja bottom up -sääntelystä tarkemmin Tala 2005, s. 147–148.

¹⁸² Tvedt 2014b, s. 9.

¹⁸³ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 131.

¹⁸⁴ Tvedt 2014a, s. 173. Wolffin (2014, s. 136) mukaan kyse on pikemminkin tarjoajien ja käyttäjien bilateraalista neuvottelusta multilateraalisesti neuvotellun järjestelmän puitteissa.

¹⁸⁵ Tvedt – Young 2007, s. 82–83. Näin myös De Jonge 2011, s. 141.

¹⁸⁶ Greiber ym. 2012, s. 17.

¹⁸⁷ Nellyyat 2017, s. 151 ja Vogel ym. 2018.

¹⁸⁸ Greiber ym. 2012, s. 17–18.

asemassa.¹⁸⁹ Muun muassa näiden syiden vuoksi on esitetty, ettei bilateraalilla neuvotteluilla tosiasiallisesti saavuteta koskaan oikeudenmukaista ja tasapuolista hyödynjakoa.¹⁹⁰

Edellä esitetyistä ongelmista huolimatta ABS-mekanismit omaavat nähdäkseen edellytykset tavoitteidensa saavuttamiseen. Tavoitteiden saavuttaminen riippuu kuitenkin merkittävästi ABS-sääntelyn implementoinnista kansalliseen lainsäädäntöön sekä geenivarojen tarjoajien ja käyttäjien välillä tehtävien ABS-sopimusten sisällöstä. Vaikka havaitut ongelmat eivät olisi ylitsepääsemättömiä, on kuitenkin huomattava, etteivät ongelmat ole toisistaan erillisiä, vaan ne vaikuttavat paitsi yhtä aikaa myös toisiinsa. Siten niiden muodostama kokonaisuus selittää todennäköisesti ainakin osittain, miksi ABS-mekanismit eivät toistaiseksi ole saavuttaneet sellaisia tuloksia, joita niiltä on odotettu.

3 ABS-MEKANISMIT JA BIODIVERSITEETIN SUOJELU

3.1 Biodiversiteetin suojeleminen ja suojeleminen edistäminen

3.1.1 Toimenpiteiden päämäärä suojeleminen

Tässä luvussa tarkastelen varsinaista tutkimuskysymystäni, onko ABS-mekanismeja syytä pitää vaikuttavana keinona edistää biodiversiteetin suojeleminen. Kuten edellä on todettu, ABS-mekanismien välillisenä tavoitteena on Nagoyan pöytäkirjan 1 artiklan mukaisesti edistää biodiversiteetin suojeleminen. Lähestyn kysymystä luvussa 2 tehtyjen havaintojen pohjalta kolmi-osaaisesti tarkastelemalla ensin, mitä biodiversiteetin suojeleminen ja sen edistäminen tarkoittaa. Toiseksi käsitelen eri tapoja, joilla mekaniemit voivat edistää biodiversiteetin suojeleminen. Lopuksi arvioin, onko ABS-mekanismeilla Nagoyan pöytäkirjan 1 artiklassa tarkoitettua yhteyttä biodiversiteetin suojeleminen ja kuinka paljon mekaniemien voidaan odottaa edistävän biodiversiteetin suojeleminen.

ABS-mekanismien tavoitteesta edistää biodiversiteetin suojeleminen on esitetty erilaisia kannanottoja. Esimerkiksi Kohlin ja Bhutanin mukaan ABS-järjestelmän päämäärää ei saavuteta, jos järjestelmä eriytyy suojeleminen tavoitteestaan.¹⁹¹ Tvedt jopa katsoo, että syy koko järjestelmän olemassaololle

¹⁸⁹ Greiber ym. 2012, s. 50. Ks. myös Richerzhagen 2014, s. 146.

¹⁹⁰ Ruiz Muller 2018, s. 12. Ks. myös De Jonge 2011, s. 141.

¹⁹¹ Kohli – Bhutani 2017, s. 133.

vaarantuu, mikäli ABS-järjestelmä ei onnistu edistämään biodiversiteetin suojelua.¹⁹² Sen sijaan esimerkiksi Chiarolla, Lapeyre ja Pirard toteavat, ettei Nagoyan pöytäkirjaa suunniteltu ensisijaisesti biodiversiteetin suojelua varten.¹⁹³ Samoin Wolff katsoo, että ABS-säännösten varsinaisena tarkoituksena on ollut keskittyä geenivaroihin ja niistä saatavaan hyötyyn liittyvään oikeudenmukaisuuskysymykseen.¹⁹⁴ Ristiriitaisten kannanottojen perusteella on epäselvää, mikä merkitys suojelun edistämistavoitteella lopulta on ABS-järjestelmässä.

ABS-mekanismien ja biodiversiteetin suojelun yhteyden arvioimiseksi on tarpeellista kysyä, mitä biodiversiteetin suojelulla tarkoitetaan. Kysymyksen tarkoituksena on selvittää, mitä mekanismien odotetaan edistävän. Biodiversiteetin suojelua ei ole määritelty biodiversiteettisopimuksessa tai Nagoyan pöytäkirjassa,¹⁹⁵ joten sen sisältöä on lähestyttävä muilla tavoin. Suojelun sisältöä voidaan ensimmäiseksi tarkastella sen tarkoituksen näkökulmasta. Biodiversiteetin suojelun kontekstissa suojelun päämäärä on selkeä. Koska biodiversiteettiä voidaan yksinkertaisimmillaan pitää ekosysteemien, lajien ja geneettisen monimuotoisuuden määrää ilmentävänä tunnuslukuksi,¹⁹⁶ suojelun päämääränä voidaan pitää tämän tunnusluvun alenemisen estämistä. Biodiversiteetin alenemisen pysäyttäminen on asetettu muun muassa vuosille 2011–2020 hyväksytyyn maailmanlaajuisen biodiversiteettistrategian tavoitteeksi.¹⁹⁷

Biodiversiteetin suojelun päämääränä voidaan monimuotoisuuden alenemisen pysäyttämisen lisäksi pitää tavoitellun biodiversiteetin tason saavuttamista. Esimerkiksi Euroopan unionin luontodirektiivin¹⁹⁸ 1 artiklan a kohdan mukaan suojelulla tarkoitetaan toimenpidekokonaisuutta, jota luontotyyppien ja luonnonvaraisten eläin- ja kasvikantojen suotuisan suojelun tason säilyttäminen tai ennalleen saattaminen edellyttää. Samoin Suomessa luonnonsojelulain (20.12.1996/1096) tavoitteena on muun muassa luonnon monimuotoisuuden ylläpitäminen, jonka on tulkittu tarkoittavan, että suojelutyössä tähdätään suotuisan suojelun tason ylläpitämiseen tai saavuttamiseen.¹⁹⁹ Biodiversiteetin suojelun päämääränä voi

¹⁹² Tvedt 2014b, s. 13. Ks. myös Tvedt 2014a, s. 158.

¹⁹³ Chiarolla – Lapeyre – Pirard 2013, s. 1.

¹⁹⁴ Wolff 2014, s. 151.

¹⁹⁵ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 55.

¹⁹⁶ Kuusiniemi 2012, s. 492.

¹⁹⁷ UNEP/CBD/COP/DEC/X/2, s. 8.

¹⁹⁸ Neuvoston direktiivi 92/43/ETY, annettu 21. päivänä toukokuuta 1992, luontotyyppien sekä luonnonvaraisen eläimistön ja kasviston suojelusta.

¹⁹⁹ Kuusiniemi 2012, s. 494. Suotuisan suojelutason sisällöstä tarkemmin Kallio 2001, s. 22–25.

siten olla monimuotoisuuden vaihtelevuutta kuvaavan tunnusluvun kasvataminen, mikäli biodiversiteetin taso ei vastaa tavoiteltua tasoa.

Rikasta biodiversiteettiä voidaan pitää itseisarvona,²⁰⁰ mutta välttämättömyyttä on havaita, ettei pelkkä tietyn tunnusluvun ylläpitäminen tai saavuttaminen ole biodiversiteetin suojelun perimmäinen päämäärä. Antroposentrisestä eli ihmiskeskeisestä näkökulmasta olennaista on turvata ekosysteemipalveluiden jatkuminen, jota biodiversiteetin köyhtyminen uhkaa.²⁰¹ Ekosysteemipalvelut on määritelty muun muassa ekosysteemien aineellisiksi tuotteiksi ja aineettomiksi palveluiksi ja prosesseiksi, jotka vuorovaikutuksessa ihmisen kanssa muodostuvat inhimillistä hyvinvointia edistäviksi hyödykkeiksi, hyödyiksi ja arvoiksi.²⁰² Ekosysteemipalveluihin kuuluvat muun muassa ravinto, puhdas vesi ja fotosynteesi.²⁰³ Esimerkiksi biodiversiteettistrategian mukaan monimuotoisuuden alenemisen pysäyttämisen tarkoituksena on varmistaa, että ekosysteemit säilyttävät palautumiskykynsä ja jatkavat tärkeiden ekosysteemipalveluiden tuottamista turvaten näin planeetan elämän monimuotoisuuden sekä auttaen ihmisten hyvinvoinnin ylläpitämisessä ja köyhyden poistamisessa.²⁰⁴ Biodiversiteetin köyhtyminen tarkoittaa myös arvokkaan tiedon lähteen menettämistä.²⁰⁵ Sivistyksellisten arvojen lisäksi biodiversiteettiin liittyy esimerkiksi esteettisiä arvoja.²⁰⁶ Rikkaan biodiversiteetin arvoa korostaa se, että se on neljän miljardin vuoden evoluutioprosessin tulosta,²⁰⁷ minkä vuoksi sitä on perusteltua pitää uusiutumattomana luonnonvarana.²⁰⁸

²⁰⁰ Kallio 2001, s. 21.

²⁰¹ Ks. esim. IPBES 2019, s. 10.

²⁰² Saastamoinen ym. 2014, s. 3. Ks. myös Kolström 2010, s. 20–23.

²⁰³ Millennium Ecosystem Assessment 2005, s. v. Ekosysteemipalvelu, jota biodiversiteettisopimuksen ja Nagoyan pöytäkirjan ABS-säännöksillä pyritään tukemaan, on erityisesti geenivarat, ks. Wolff 2014, s. 135.

²⁰⁴ UNEP/CBD/COP/DEC/X/2, s. 8. Palautumiskyvyn saavuttamista voidaan nimittää myös ekosysteemien korkean resilienssin saavuttamiseksi, ks. Borgström 2011, s. 28. Tämä ihmiskeskeinen näkökulma on myös kestävän kehityksen periaatteen taustalla, sillä periaate pyrkii ihmiskunnan perustarpeiden tyydyttämiseen viemättä tulevilta sukupolvilta samaa mahdollisuutta. Tältä osin ks. Kokko 2003, s. 30 ja 2017, s. 138–140.

²⁰⁵ Ympäristöministeriö 2006, s. 9. Biodiversiteetin isäksikin kutsuttu Wilson (1985, s. 701) on kuvailut lajeihin sisältyvää informaatiota seuraavasti: ” – – each species of higher organism is richer in information than a Caravaggio painting, Bach fugue, or any other great work of art”.

²⁰⁶ Kuusiniemi 2013, s. 1188–1189.

²⁰⁷ Swanson 1997, s. 9. Nykyisen monimuotoisuuden luoneesta evoluutioprosessista ks. Voet – Voet – Pratt 2016, s. 7.

²⁰⁸ Birnie – Boyle – Redgwell 2009, s. 584.

Lisäksi luonnon ja muun ympäristön suojeluun liittyy sellaisia arvoja, jotka eivät ole palautettavissa ihmisyksilöiden oikeuksiksi.²⁰⁹ Tarvetta suojelulle voidaan perustella ihmiskeskeisten arvojen ohella luonnon itseisarvosta lähtevillä arvoilla.²¹⁰ Siten suojelussa on olennaista luonnon prosessien jatkumisen turvaaminen, jota esimerkiksi luonnonsuojelulain esitöissä on pidetty nykyaikaisen luonnonsuojelun ensisijaisena päämääränä.²¹¹ Luonnonsuojelulain esitöissä biodiversiteetin merkityksen on nähty kiteytyvän siihen, että monimuotoisuuden ansiosta ekologiset systeemit säilyttävät vastustuskykynsä lyhytaikaisia ja suhteellisen vähäisiä ulkoisia häiriöitä vastaan sekä pystyvät sopeutumaan pitkävaikutteisempiin ja voimakkaampiin muutoksiin. Biodiversiteetin suojelu on siten paitsi luonnon tuottokyvyn myös sen olemassaolon suojelemista.²¹²

3.1.2 Biodiversiteetin suojelun keinot

Suojelun päämäärän tarkastelu ei yksinään riitä biodiversiteetin suojelun sisällön selvittämiseen, vaan tarpeellista on kysyä, millä konkreettisilla keinoilla biodiversiteetin suojelun päämäärä pyritään saavuttamaan. Kysymyksen tarkoituksena on selvittää, mitä biodiversiteetin suojelun keinoja ABS-mekanismien on määrä edistää. Tässä artikkelissa tarkoitukseni ei kuitenkaan ole määrittää kaikkia yksittäisiä suojelun keinoja, vaan lähestyä suojelukeinoja yleisemmällä ja tutkimuskysymyksen kannalta riittävällä tasolla eri näkökulmien ja luokittelutapojen kautta. Tätä varten tarkastelen suojelukeinoja biodiversiteetin eri tasojen, in situ- ja ex situ -suojelun sekä mitigaatiohierarkian avulla.

Biodiversiteetin suojelussa on käytännössä kyse biodiversiteetin eri tasojen eli ekosysteemien, lajien ja lajien sisäisen monimuotoisuuden suojelusta, koska biodiversiteettiä tunnuslukuna ei itsessään voi suojella.²¹³ Hieinan näiden tasojen tavoin luonnonsuojelussa suojelukeinot on perinteisesti

²⁰⁹ HE 309/1993 vp, s. 66.

²¹⁰ Kokko (2017, s. 105) on yhdistänyt biodiversiteetin ihmiskeskeiset sekä luonnosta itsestään lähtevät arvot käyttämällä termiä biodiversiteetin turvaaminen, jonka hän on katsonut sisältävän biodiversiteetin suojelun, sen kestäväen käytön sekä sen heikentymisen estämisen ulottuvuudet. Tältä osin ks. myös Kokko 2003, s. 35. Tässä artikkelissa en tee tällaista käsitteellistä eroa, vaan käyttämäni biodiversiteetin suojelu käsittää arvopohjaltaan nämä molemmat ulottuvuudet. Biodiversiteetin arvoista ks. myös biodiversiteettisopimuksen johdannon 1 kappale.

²¹¹ HE 79/1996 vp, s. 5.

²¹² HE 79/1996 vp, s. 5. Ks. myös UNEP/CBD/COP/DEC/X/2, s. 7.

²¹³ Glowka ym. 1994, s. 4. Samankaltaisesti Kokko (2017, s. 104) on tulkinut, että biologisella monimuotoisuudella ei ympäristöoikeuden turvaamiskohteena tarkoiteta pelkästään luonnon kirjoa tai vaihtelevuutta, vaan myös itse luontoon sisältyviä eliöitä.

jaoteltu alue- ja lajisuojeluun, joiden avulla luonnonsuojelun ja siten myös biodiversiteetin suojelun tavoitteita pyritään saavuttamaan.²¹⁴ Aluesuojelua voidaan toteuttaa esimerkiksi perustamalla luonnonsuojelualueita, joilla liikkumista ja toimimista rajoitetaan.²¹⁵ Lisäksi aluesuojelun keinoihin kuuluvat muun muassa luontotyyppien suojelu sekä uhanalaisten lajien elinympäristöjen suojelu.²¹⁶ Lajisuojelun keinoja ovat puolestaan muun muassa lajin rauhoittaminen ja uhanalaiseksi määrittäminen.²¹⁷ Käytännössä suojelu tarkoittaa eliöyksilöiden suojelua poimimiselta, pyydystämiseltä tai vahingoittamiselta.²¹⁸ Erityisesti lajisuojelun keinona voidaan mainita myös niin kutsuttu avustettu leviäminen, jonka toteuttamisen syynä on etenkin ilmastonmuutos ja sen vaikutukset biodiversiteettiin.²¹⁹ Biodiversiteetin kolmen tason perusteella alue- ja lajisuojelua on tarpeellista vielä täydentää geneettisen monimuotoisuuden ylläpitämiseen ja kasvattamiseen tähtäävillä toimenpiteillä. Konkreettisia suojelukeinoja voivat tältä osin olla esimerkiksi geenivirran ja lajiyksilöiden muuttoliikkeen mahdollistaminen sekä lajien siirrot.²²⁰

Biodiversiteetin suojelun keinoja voidaan toiseksi lähestyä sen perusteella, missä suojelutoimenpiteitä tehdään. Tästä näkökulmasta suojelukeinoja voidaan tarkastella biodiversiteettisopimuksen in situ- ja ex situ -suojelua koskevien 8 ja 9 artiklojen avulla.²²¹ Artiklat sisältävät suojelutoimenpiteitä, joita sopimusosapuolten tulee tehdä in situ- ja ex situ -olosuhteissa. Biodiversiteettisopimuksen mukaan in situ -suojelu on ensisijainen lähestymistapa monimuotoisuuden suojeluun,²²² mutta lähestymistavat on kuitenkin alettu nähdä toisiaan täydentävinä.²²³

²¹⁴ Kuusiniemi 2013c, s. 1192–1193 sekä Vaara 2018, s. 232. Ks. myös Kokko 2003, s. 39.

²¹⁵ Kuusiniemi 2012, s. 509. Glowkan ym. (1994, s. 39) mukaan suojelualueet muodostavat olennaisen osan mitä tahansa kansallista biodiversiteetin suojeluohjelmaa. Ks. myös Suvantola – Similä 2011, s. 49.

²¹⁶ Kuusiniemi 2013c, s. 1192.

²¹⁷ Suvantola – Similä 2011, s. 277.

²¹⁸ Kuusiniemi 2013c, s. 1192.

²¹⁹ Hällfors ym. 2014, s. 10. Ks. myös Vaara 2014, s. 118–119 ja 2018, s. 231–232 sekä Kokko 2017, s. 106–107. Vaara (2018, s. 253) on myös todennut, että siinä missä perinteiset lajisuojelukeinot pyrkivät rajoittamaan ihmisen vaikutusta suojelukohteella, lajien leviämisen avustamisessa ihmisen toiminta on välttämätöntä suojelun onnistumisessa. Siten voidaan todeta, että suojelukeino voi toteutua sekä aktiivisena tekemisellä että passiivisena pidättymisenä ympäristön vahingoittamisesta. Näin myös HE 309/1993 vp, s. 66.

²²⁰ Jarkko ym. 2019, s. 59. He ovat myös korostaneet, että lajien tai ekosysteemien suojelu ei ole yksinään riittävä tapa suojella geneettistä monimuotoisuutta.

²²¹ Näin myös Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 55.

²²² Ks. myös Glowka ym. 1994, s. 39.

²²³ Birnie – Boyle – Redgwell 2009, s. 623. Ks. myös Fitzgerald – Ruohonen-Lehto – Lohtander-Buckbee 2015, s. 36.

Biodiversiteettisopimuksen 8 artiklassa säädetään in situ -suojelun toimenpiteistä. In situ -suojelulla tarkoitetaan biodiversiteettisopimuksen 2 artiklan mukaan muun muassa ekosysteemien ja luontaisten elinympäristöjen suojelua. In situ -suojelua ovat myös lajien elinkykyisten populaatioiden säilyttäminen ja elvyttäminen niiden luonnollisessa ympäristössä ja jalostettujen tai viljelylajien osalta siinä ympäristössä, jossa ne ovat kehittäneet erityisominaisuutensa.²²⁴ Toimenpiteisiin kuuluvat 8 artiklan mukaan suojelualueiden perustaminen sekä biodiversiteetin suojelun kannalta tärkeiden biologisten luonnonvarojen säätely ja hoito. Osapuolten tulee edistää ekosysteemien suojelua, luonnontilaisia elinympäristöjä sekä elinkykyisten populaatioiden ylläpitämistä. Toimenpiteitä ovat myös rappeutuneiden ekosysteemien ennallistaminen ja elvyttäminen sekä uhanalaisten lajien elvyttämisen edistäminen. Osapuolten tulee niin ikään estää sellaisten vieraiden lajien luontoon päästäminen tai valvoa tai hävittää sellaisia vieraita lajeja, jotka uhkaavat ekosysteemejä, elinympäristöjä tai lajeja.

In situ -suojelun täydentämiseksi osapuolten tulee tehdä biodiversiteettisopimuksen 9 artiklassa tarkoitettuja ex situ -suojelutoimenpiteitä. Sopimuksen 2 artiklan määritelmän mukaan ex situ -suojelu tarkoittaa biologisen monimuotoisuuden osien suojelua muussa kuin niiden luonnonomukaisessa ympäristössä. Osapuolten tulee muun muassa ryhtyä toimenpiteisiin uhanalaisten lajien elvyttämiseksi ja ennallistamiseksi sekä niiden palauttamiseksi asianmukaisissa olosuhteissa luonnolliseen elinympäristönsä.²²⁵ Artiklan mukaan osapuolten tulee myös ryhtyä toimenpiteisiin biodiversiteetin osien suojelemiseksi ex situ sekä perustaa ja ylläpitää laitoksia kasvien, eläinten ja pieneliöiden ex situ -suojelua ja tutkimusta varten. Huomionarvoista on, että ex situ -suojelun tulisi tapahtua ensisijaisesti biodiversiteetin ja sen osien alkuperämaassa.²²⁶

Vakiintuneesti katsotaan, ettei biodiversiteetin suojele yksistään luonnon-suojelun keinoin ole riittävää, vaan suojelunäkökulma on niin kutsutun läpäisyperiaatteen mukaisesti huomioitava kaikessa ympäristönkäytössä ja luonnonvarojen hyödyntämisestä koskevassa päätöksenteossa.²²⁷ Läpäisyperiaate voidaan havaita myös biodiversiteettisopimuksessa, jonka 10 artiklan mukaan osapuolten tulee ottaa muun muassa biologisen moni-

²²⁴ Suojelu ei siten myöskään biodiversiteettisopimuksen mukaan tarkoita yksinomaan varjelua ja säilyttämistä vaan myös vallitsevan tilan parantamista ja elvyttämistä. Ks. myös Glowka ym. 1994, s. 44.

²²⁵ Myös Jarkko ym. (2019, s. 41) ovat katsoneet, että ex situ -suojelun perimmäisenä tarkoituksena on aina suojeltujen yksilöiden palauttaminen takaisin luontoon lajien omiin elinympäristöihin.

²²⁶ Ks. myös Glowka ym. 1994, s. 53.

²²⁷ Kuusiniemi 2013b, s. 668 ja IPBES 2019, s. 17.

muotoisuuden suojele huomioon osana kansallista päätöksentekoa. Lisäksi sopimuksen 6 artiklan mukaan osapuolten tulee mahdollisuuksiensa mukaan sisällyttää biodiversiteetin suojele mukaan yhteiskunnan eri sektoreiden sisäisiin ja niiden välisiin suunnitelmiin, ohjelmiin ja toimintaperiaatteisiin. Artiklojen perusteella on olennaista tässä yhteydessä havaita, että in situ- ja ex situ -suojeletoimenpiteiden ohella biodiversiteetin suojelelun tavoitetta voidaan edistää vaikuttamalla biodiversiteettiin liittyvään päätöksentekoon.²²⁸ Käytännössä suojelelunäkökulma voidaan pyrkiä liittämään osaksi ympäristöä ja luonnonvaroja koskevaa päätöksentekoa erilaisilla sääntely- ja ohjauskeinoilla. Keinoja voidaan puolestaan ryhmitellä karkeasti esimerkiksi vaikutustapojen perusteella velvoittaviin oikeudellisiin-hallinnollisiin keinoihin, kuten ympäristölliset luvat, kannustaviin taloudellisiin keinoihin, kuten päästökauppa, sekä informatiivisiin keinoihin, kuten ympäristövastuuseen liittyvät standardit.²²⁹

Näkökulmana biodiversiteetin suojelekeinojen tarkasteluun voidaan käyttää myös niin kutsuttua mitigaatiohierarkiaa.²³⁰ Sitä voidaan hyödyntää esimerkiksi suunniteltaessa tarvittavia suojelekeinoja biodiversiteetin suojelelun ja ympäristönkäytön konkurrenssitilanteessa.²³¹ Samoin sen perusteella suojelekeinoja voidaan asettaa ensisijaisuusjärjestykseen. Hierarkian mukaisesti ensisijaisena suojelekeinona on haittojen välttäminen, joka liittyy muun muassa sijoituspaikan valintaan ja sen alueelliseen määrittelyyn sekä toteutuksen muotoihin.²³² Toissijaisena keinona on lieventää aiheutuvaa haittaa ennalta tai sen aikana,²³³ mutta tällöin luonnonarvot kuitenkin jäävät heikentyneeseen tilaan.²³⁴ Lieventämistoimenpiteenä voidaan esimerkiksi siirtää uhanalaisen lajin yksilöt tilapäisesti suojaan hankkeen rakennusaikana ja palauttaa ne sen jälkeen alkuperäiseen paikkaan.²³⁵ Kolmantena keinona on muutetussa paikassa suoritettava jälkikäteinen ennallistaminen, joka voi käytännössä tarkoittaa esimerkiksi maisemointia

²²⁸ Ks. myös Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 55, jotka ovat lähestyneet biodiversiteetin suojelelun sisältöä juuri biodiversiteettisopimuksen 8–10 artiklojen kautta.

²²⁹ Hollo 2009, s. 94–95 ja Halonen 2016, s. 22. Ks. myös Similä – Kokko 2009, s. 83. Tätä jaottelua tarkemmin ohjauskeinoja on jäsentänyt esimerkiksi Kokko 2017, s. 287–288. Samalla Kokko on todennut, että sääntelykeinot limittyvät toisiinsa ja että niitä ei välttämättä voi erottaa täysin toisistaan.

²³⁰ OECD 2016, s. 44. Ks. myös Suvantola ym. 2018, s. 24.

²³¹ Ympäristöoikeudessa konkurrenssilla voidaan Suvantolan (2004, s. 439–440) mukaan tarkoittaa muun muassa kilpailutilannetta, jossa eri tahot kilpailevat saman alueen käyttämisestä eri tarkoituksiin. Ks. myös Ekstrom – Bennun – Mitchell 2015, s. 8.

²³² Bigard – Pioch – Thompson 2017, s. 43.

²³³ Suvantola ym. 2018, s. 24.

²³⁴ Moilanen – Kotiaho 2017, s. 17.

²³⁵ Suvantola ym. 2018, s. 24.

tai metsänuudistusta suoritetun toiminnan jälkeen.²³⁶ Viimesijaisena vaihtoehtona on ekologinen kompensatio, jolla toiminnan negatiiviset vaikutukset ympäristölle korvataan suojelutoimenpiteillä siten, että negatiivisten ja positiivisten vaikutusten yhteenlaskettu jäännösvaikutus on vähintään neutraali.²³⁷ Toisin sanoen kompensatiolla tavoitellaan toimenpidealueella hävitettävien luonnonarvojen korvaamista no net loss -periaatteen²³⁸ mukaisesti.²³⁹ Lähtökohtaisesti korvaavat toimenpiteet toteutetaan varsinaisen vaikutusalueen ulkopuolella eli ex situ.²⁴⁰

Edellä esitetyn perusteella voidaan todeta, että biodiversiteetin suojelun tavoitteiden toteuttamiseksi on käytössä laaja valikoima ajallisesti, alueellisesti sekä laajuudeltaan ja kohteeltaan erilaisia suojelukeinoja. Suojelukeinojen kirjo muodostuu paitsi perinteisistä luonnonsuojelun keinoista myös muista toimenpiteistä, joilla pyritään edistämään suojelun päämäärän saavuttamista. Biodiversiteetin suojelun laajasta merkityssisällöstä seuraa, että myös arvioitaessa ABS-mekanismien suojelua edistävää vaikutusta biodiversiteetin suojelu on ymmärrettävä laajasti. Suojelun edistäminen puolestaan on perusteltua ymmärtää myötävaikuttamisena biodiversiteetin suojelutavoitteen saavuttamiseen.

3.2 ABS-mekanismien tavat edistää biodiversiteetin suojelua

3.2.1 ABS-mekanismit kannustimena suojeluun

ABS-mekanismien biodiversiteetin suojelua edistävän vaikutuksen tarkastelun seuraavana kysymyksenä on, millä tavoin mekanismit voivat edistää suojelua. Arvioitaviksi tulevat sekä oletetut edistämistavat että käytännössä tehdyt havainnot suojelun edistämisestä. Käsittelen eri edistämistapoja tarkastelemalla niihin liittyviä odotuksia, niistä tehtyjä havaintoja sekä niiden tosiasiallisia mahdollisuuksia edistää biodiversiteetin suojelua.

ABS-mekanismien on vakiintuneesti oletettu edistävän biodiversiteetin suojelua siten, että ne luovat geenivarojen tarjoajille taloudellisen kannustimen biodiversiteetin suojeluun.²⁴¹ Myös Nagoyan pöytäkirjan johdannon mukaan yleinen tietoisuus ekosysteemien ja biologisen monimuotoisuuden taloudellisesta arvosta sekä tämän taloudellisen arvon oikeudenmukainen

²³⁶ Ekstrom – Bennun – Mitchell 2015, s. 52–53.

²³⁷ Laininen 2019, s. 332.

²³⁸ No net loss -periaatteesta tarkemmin esim. OECD 2016, s. 40.

²³⁹ Leino – Belinskij 2018, s. 127.

²⁴⁰ Leino 2015, s. 14.

²⁴¹ Wolff 2014, s. 138 ja Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 54.

ja tasapuolinen jako biologisen monimuotoisuuden haltijoiden kanssa toimivat tärkeinä kannustimina biologisen monimuotoisuuden suojeluun. Oletus kannustinvaikutuksen syntymisestä perustuu siihen, että geenivarojen hyödyntämisen odotetaan johtavan uusien kaupallisten tuotteiden kehittämiseen ja taloudellisen hyödyn saamiseen,²⁴² jolloin myös geenivaran tarjoaja saa ABS-mekanismien avulla osuuden näistä hyödyistä. Jos biodiversiteettiä ei suojella ja jokin laji geenivaroieneen menetetään, kyseisiä geenivaroja ei voida enää hyödyntää eikä taloudellista hyötyä voi syntyä. Geenivarojen tarjoajan on siksi kannattavaa suojella biodiversiteettiään säilyttääkseen geenivaransa ja varmistaakseen osuutensa geenivarojen käytöstä saatavista hyödyistä.²⁴³

Oletusta hyödynjaon voimakkaasta kannustinvaikutuksesta on pidetty epärealistisena.²⁴⁴ Kannustinvaikutusta ei myöskään ole havainnut esimerkiksi Wolff, joka on verrannut suojelualueiden määrän muutoksia biodiversiteetiltään rikkaissa valtioissa. Hänen mukaansa suojelualueiden määrää ei ole kasvatettu ABS-säännösten implementoinnin jälkeen niissä valtioissa, jotka ovat saaneet rahallisia hyötyjä. Hän katsoo havainnon ainakin osittain kumoavan oletuksen siitä, että geenivaroista saatavan hyödyn jakaminen loisi kannustinvaikutuksen biodiversiteetin suojeluun.²⁴⁵ Kannustinvaikutusta biodiversiteetin suojeluun ei ole mainittu myöskään Nagoyan pöytäkirjan tehokkuusarvioinnissa suojelua edistäneenä tekijänä.²⁴⁶

Kannustinvaikutuksen heikkoutta voidaan selittää monin tavoin. Kannustimen syntyyn vaikuttaa, että esimerkkejä toteutuneesta hyödynjaosta on toistaiseksi vain rajallisesti.²⁴⁷ Vaikka odotukset tulevaisuudessa saatavista hyödyistä voivat jossain määrin kannustaa geenivarojen suojeluun,²⁴⁸ pelkät toiveet hyödynsaannista ilman tosiasiallista hyödynjakoa eivät voi kestävästi pitää yllä kannustinvaikutusta. Odotuksia tulevaisuudessa saatavasta hyödystä laskevat lisäksi tehtyjen ABS-sopimusten vähäinen määrä

²⁴² Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 11.

²⁴³ Pavoni 2013, s. 208.

²⁴⁴ Oberthür – Rosendal 2014b, s. 245. Näin myös Chiarolla – Lapeyre – Pirard 2013, s. 3.

²⁴⁵ Ks. tarkemmin Wolff 2014, s. 138–139. Johtopäätöksiä voidaan tehdä Wolffin havaintojen perusteella vain varoen, sillä kannustinvaikutus voi esimerkiksi ilmetä muilla tavoin kuin suojelualueiden määrän kasvuna. Wolffin havaintojen merkitystä heikentää osaltaan myös se, että ne perustuvat tilanteeseen ennen Nagoyan pöytäkirjaa.

²⁴⁶ Ks. erityisesti CBD/SBI/2/INF/3 (s. 70–71), jossa on koottu raporttien vastauksia kysymykseen, miten Nagoyan pöytäkirjan implementointi on edistänyt biodiversiteetin suojelua.

²⁴⁷ Ruiz Muller 2018, s. 1. Yksittäisistä esimerkeistä toteutuneesta hyödynjaosta ks. CBD/SBI/2/INF/3, s. 27–28.

²⁴⁸ Wolff 2014, s. 138.

sekä niiden painottuminen ei-kaupallisiin tutkimustarkoituksiin.²⁴⁹ Kannustinvaikutusta heikentävinä tekijöinä on pidetty myös bioetsinnän tosiasiassa vähäistä taloudellista arvoa,²⁵⁰ suojelukustannukset ylittävän hyödynsaannin epätodennäköisyyttä²⁵¹ sekä pitkää viivettä geenivarojen saannin ja hyötyjen saamisen välillä.²⁵²

Kannustinvaikutusta ja sen merkitystä heikentää osaltaan se, mihin tahoohon kannustin kohdistuu. Hyödynjakomekanismin mukaan geenivaran käytöstä saatavat hyödyt on jaettava geenivarat toimittavan osapuolen kanssa, minkä vuoksi hyödynsaajia ovat lähtökohtaisesti tarjoajavaltiot. Hyödynjakomekanismin mahdollinen kannustinvaikutus kohdistuu siten ensisijaisesti tarjoajavaltioihin.²⁵³ Mahdollista on, ettei tarjoajavaltion saamia hyötyjä lainkaan jaeta eteenpäin paikallistason toimijoille, kuten maanomistajille. Tällöin hyödynjakomekanismi ei luo kannustinta monimuotoisuuden suojeluun tahoille, jotka tosiasiallisesti hallinnoivat luonnonvaroja ja päättävät niiden hyödyntämisestä tai suojelusta.²⁵⁴ Hyödynjakomekanismin kautta jaettujen hyötyjen jäädessä tarjoajavaltiolle mekanismin kannustinvaikutus ei ulotu myöskään yksityiseen sektoriin, jonka toiminnalla on valtavat vaikutukset biodiversiteettiin.²⁵⁵

Kannustinvaikutuksen tarkastelu osoittaa, että hyödynjaon kyky muodostaa tarjoajavaltioille ja varsinkin yksityisille toimijoille taloudellinen kannustin biodiversiteetin suojelemiseen on hyvin heikko. Syytä on myös huomioida, että edellä luvussa 2 havaitut ABS-mekanismien ongelmat, kuten ABS-sopimuksiin liittyvät kysymykset, vaikuttavat ABS-mekanismien toimivuuteen ja siten mekanismien luomaan kannustinvaikutukseen. Geenivarojen käytöstä saatavan hyödyn jakamisen ei siten voida katsoa merkityksellisellä tavalla edistävän biodiversiteetin suojelua kannustinvaikutuksen avulla.

²⁴⁹ Pauchard 2017, s. 11–12. Ks. myös CBD/SBI/2/INF/3, s. 15.

²⁵⁰ Chiarolla – Lapeyre – Pirard 2013, s. 3. Ks. myös McAfee 1999, s. 147.

²⁵¹ Chiarolla – Lapeyre – Pirard 2013, s. 2. Yksittäisen geenivaran hyödyllisyyden todennäköisyydestä ks. Lesser 1998, s. 71 ja Richerzhagen 2014, s. 148.

²⁵² Richerzhagen 2014, s. 148.

²⁵³ Pavoni 2013, s. 208.

²⁵⁴ Chiarolla – Lapeyre – Pirard 2013, s. 4. Ks. myös Oberthür – Rosendal 2014b, s. 245.

²⁵⁵ UNEP/CBD/COP/DEC/VIII/17, s. 1. Muun muassa tästä syystä yksityisen sektorin rooli biodiversiteetisopimuksen tavoitteiden saavuttamisessa on Pavonin (2013, s. 207) mukaan ratkaiseva. Hänen mukaansa yksityisen sektorin toiminta edellyttää kuitenkin markkinaehtoisia kannustimia ja mekanismeja voiton tuottamiseen tai edes oman toiminnan kielteisten vaikutusten hyvittämiseen.

3.2.2 Suojelun rahoittaminen geenivarojen käytöstä saatavilla hyödyillä

Kannustinvaikutuksen lisäksi ABS-mekanismien on odotettu edistävän biodiversiteetin suojelua rahoittamalla suojelutoimenpiteitä geenivarojen käytöstä saatujen hyötyjen avulla.²⁵⁶ Nagoyan pöytäkirjan 9 artiklan mukaan osapuolet rohkaisevat geenivarojen käyttäjiä ja toimittajia kanavoimaan geenivarojen käytöstä saatavia hyötyjä biologisen monimuotoisuuden suojeluun ja sen osien kestävään käyttöön. Ensimmäisen kerran ajatus hyötyjen ohjaamisesta on mainittu jo Bonnin ohjeissa,²⁵⁷ joiden 48 kohdan mukaan hyödyt tulisi kanavoida siten, että ne edistävät biodiversiteetin suojelua ja sen osien kestäväää käyttöä.

Nagoyan pöytäkirjan 9 artiklan velvoittavuus hyötyjen kanavoinnin suhteen on hyvin heikko.²⁵⁸ Pöytäkirja velvoittaa osapuolia ainoastaan rohkaisemaan geenivarojen käyttäjiä ja toimittajia hyötyjen kanavointiin. Tästä syystä jää pitkälti kansallisen harkintavallan varaan, ohjataanko saatuja hyötyjä takaisin suojeluun kokonaisuudessaan, osittain vai lainkaan.²⁵⁹ Säännökseen ei myöskään liity minkäänlaista valvontaa tai muuta hyötyjen kanavointia tukevaa mekanismia.²⁶⁰

Nagoyan pöytäkirjan osapuolivaltiot ovat suhtautuneet hyötyjen kanavointiin vaihtelevasti. Nagoyan pöytäkirjan tehokkuusarvioinnissa osa valtioista on ilmoittanut ohjaavansa saadut hyödyt ainakin osittain suojelua edistävällä tavalla. Toiset ovat puolestaan vain rohkaisseet saatujen hyötyjen ohjaamiseen, jolloin hyötyjä ei välttämättä tosiasiallisesti siirry suojelun hyväksi.²⁶¹ Sen sijaan Suomessa saamelaiden perinteisen tiedon käytöstä saadut hyödyt kohdennetaan geenivaralain 7 §:n mukaan siten, että niillä edistetään saamelaiden omaa kieltä, kulttuuria ja asemaa alkuperäiskansana. Geenivaralakia koskevassa hallituksen esityksessä on pidetty tarpeellisena kohdentaa hyödyt pöytäkirjan 9 artiklaa laaja-alaisemmin.²⁶² Vaikka alkuperäiskansan perinnetiedon käytöstä saatuja hyötyjä voi olla perusteltua arvioida eri tavoin kuin geenivarojen käytöstä saatuja hyötyjä,²⁶³

²⁵⁶ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 11.

²⁵⁷ Greiber ym. 2012, s. 59.

²⁵⁸ Wolff 2014, s. 138.

²⁵⁹ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 12.

²⁶⁰ Oberthür – Rosendal 2014b, s. 245.

²⁶¹ CBD/SBI/2/INF/3, s. 28 ja s. 69–70. Ks. myös Cabrera Medaglia – Perron-Welch – Phillips 2014, s. 113–114.

²⁶² HE 126/2015 vp, s. 35.

²⁶³ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 195–196.

esimerkki osoittaa, että kansallisella tasolla hyötyjä ja varoja ei välttämättä haluta kanavoida yksinomaan pöytäkirjan 9 artiklan tarkoittamalla tavalla.

ABS-mekanismien kyky rahoittaa biodiversiteetin suojelua ohjaamalla jaettuja hyötyjä voidaan vakavasti kyseenalaistaa.²⁶⁴ Kansallisen harkintavallan lisäksi suojelua edistävää vaikutusta rajoittaa hyödynjaon määrä, koska hyötyjä voidaan ohjata suojelutoimenpiteiden rahoittamiseen parhaimmillaan vain siinä määrin kuin hyötyjä ylipäättään syntyy. Heikkouksistaan huolimatta pöytäkirjan 9 artiklaa on pidetty myönteisenä kehityksenä kohti suojelun ja kestävän käytön vahvistamista ABS-järjestelmässä sekä biodiversiteettisopimuksen kolmen päätavoitteen linkittämistä toisiinsa.²⁶⁵

3.2.3 ABS-mekanismien muut tavat edistää suojelua

Biodiversiteetin suojelun edistämistä ei ole määritelty biodiversiteettisopimuksessa tai Nagoyan pöytäkirjassa. Vaikka ABS-mekanismien suojelua edistävän vaikutuksen on nähty tarkoittavan ensisijaisesti kannustinvaikutusta ja suojelun rahoittamista käytöstä saaduilla hyödyillä,²⁶⁶ suojelua on mahdollista edistää myös muilla tavoilla.²⁶⁷ Biodiversiteetin suojelun edistämiseen soveltuvina hyötyinä on pidetty esimerkiksi Nagoyan pöytäkirjan liitteessä nimettyjä muita kuin rahallisia hyötyjä.²⁶⁸

Esimerkkejä biodiversiteetin suojelua edistäneistä hyödyistä ja vaikutuksista voidaan löytää Nagoyan pöytäkirjan tehokkuusarvioinnista. Vaikka moni sopimusvaltio on yleisesti todennut olevan vielä liian aikaista arvioida pöytäkirjan suojelua edistävää vaikutusta, valtiot ovat havainneet pöytäkirjan implementoinnin muun muassa lisänneen tietoisuutta biodiversiteetin suojelun, kestävän käytön sekä ekosysteemipalveluiden arvosta. Viranomaisten ja luonnonvarojen hallinnoivien tahojen on lisäksi havaittu olevan aiempaa tietoisempia pöytäkirjan hyödyistä ja kehittävän suojelutoimia. Pöytäkirjan ja ABS-mekanismien implementointi on myös auttanut parantamaan tietoa eri lajeista ja niiden populaatioista sekä tukenut geenivarojen arvon määrittämistä. Arvon määrittämisessä tutkimus- ja kehitystyön rooli on tunnistettu olennaiseksi. Pöytäkirjan implementointi on niin ikään

²⁶⁴ Näin myös Wolff 2014, s. 151–152.

²⁶⁵ Greiber ym. 2012, s. 126.

²⁶⁶ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 11.

²⁶⁷ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 54.

²⁶⁸ Greiber ym. 2012, s. 88.

lisännyt paikallisyhteisöjen osallistumista suojeluun sekä auttanut tunnistamaan biodiversiteetin suojelun keskeisiä elementtejä.²⁶⁹

Suojelua edistäneiden hyötyjen ohella sopimusvaltiot ovat Nagoyan pöytäkirjan tehokkuusarvioinnissa raportoineet hyödynjakomekanismin kautta saamistaan muista kuin rahallisista hyödyistä.²⁷⁰ Vaikka näitä hyötyjä ei suoraan ole nimetty biodiversiteetin suojelua edistäviksi, ne liittyvät läheisesti edellä mainittuihin suojelua edistäneisiin pöytäkirjan implementoinnin hyötyihin. Tavallisimpia ei-rahallisia hyötyjä ovat arvioinnin mukaan olleet kansallisten valmiuksien kehittyminen, tietotaidon jakaminen, erilaiset koulutukset sekä yhteisjulkaisut. Muita hyötyjä ovat olleet muun muassa pääsy geenivarojen tutkimustietoon, näyttöiden saanti kansallisista kokoelmista, pääsy ex situ -laitoksiin ja tietokantoihin, yhteistyö tutkimus- ja kehitystyössä, teknologiasiirot sekä tutkimusolosuhteiden parantuminen.²⁷¹ Ei-rahalliset hyödyt ovat siten liittyneet usein tutkimustyöhön.

Nagoyan pöytäkirjan tehokkuusarvioinnin perusteella ABS-mekanismien voidaan todeta tuottaneen sellaisia hyötyjä, joilla on biodiversiteetin suojelua edistäviä vaikutuksia. Arviointi myös vahvistaa odotuksia siitä, että juuri ei-rahalliset hyödyt voivat olla rahallisia hyötyjä välittömämmin saatavissa.²⁷² Edellä havaitut hyödynjakomekanismiin liittyvät vaikeudet sekä ABS-sopimusten vähäinen määrä rajoittavat myös ei-rahallisten hyötyjen saamista. Kuitenkin verrattuna ABS-mekanismien taloudelliseen kannustinvaikutukseen tai kykyyn rahoittaa suojelua ei-rahalliset hyödyt muodostavat potentiaalisimman ja realistisimman tavan edistää biodiversiteetin suojelua.

3.3 ABS-mekanismien yhteys biodiversiteetin suojeluun

3.3.1 Onko ABS-mekanismien yhteys suojeluun olemassa?

Artikkelin viimeisenä kysymyksenä arvioin ABS-mekanismien yhteyttä biodiversiteetin suojeluun sekä tämän yhteyden vaikuttavuutta. Ensimmäiseksi tarkastelen mekanismien yhteyttä suojeluun kokonaisuutena erityisesti edellä suojelun edistämistavoista tehtyjen havaintojen perusteella. Tämän jälkeen arvioitavaksi tulee havaitun yhteyden vaikuttavuus eli se,

²⁶⁹ CBD/SBI/2/INF/3, s. 70–71.

²⁷⁰ CBD/SBI/2/INF/3, s. 28.

²⁷¹ CBD/SBI/2/INF/3, s. 28–29.

²⁷² Glowka – Normand 2013, s. 32. Lisäksi Greiber ym. (2012, s. 88) ovat pitäneet ei-rahallisia hyötyjä hyvin arvokkaina tarjoajataholle mutta kustannuksiltaan edullisina käyttäjätaholle.

kuinka paljon mekanismien voidaan odottaa edistävän biodiversiteetin suojelua.

ABS-järjestelmä voidaan nähdä osana viime vuosikymmenien jatkumoa,²⁷³ jossa ympäristötavoitteita pyritään saavuttamaan velvoittavan lainsäädännön sijaan taloudellisten ohjauskeinojen avulla.²⁷⁴ Koska odotukset ABS-mekanismien avulla jaettavasta hyödystä ovat olleet korkeita,²⁷⁵ myös mekanismien biodiversiteetin suojelua edistävän vaikutuksen on oletettu olevan erityisesti taloudellinen.²⁷⁶ Mekanismeja on luonnehdittu jopa edelläkävijöiksi taloudellisen toiminnan ja ekosysteemipalveluita tuottavien terveiden ekosysteemien yhdistämisessä.²⁷⁷

Vaikka taloudellisilla ohjauskeinoilla on sijansa ympäristöoikeudellisessa ohjauskeinovalikoimassa,²⁷⁸ niiden roolia biodiversiteetin suojelussa voi olla syytä pohtia tarkemmin. ABS-mekanismien kannustinvaikutuksen ja hyötyjen kanavoinnin tulokset ovat olleet heikkoja ja monen mielestä pettymys.²⁷⁹ Taloudellisten instrumenttien vaatimattomat tulokset ovat jopa johtaneet kyseenalaistamaan taloudellisen lähestymistavan roolin kansainvälisessä biodiversiteetin ja ekosysteemipalveluiden hallinnassa ylipäättään.²⁸⁰

Sen lisäksi, että ABS-mekanismeilta odotettujen kannustinvaikutuksen ja hyötyjen kanavoinnin tulokset ovat olleet heikkoja, niitä voidaan pitää jopa keskenään ristiriitaisina ja kilpailevina. Voidaan nimittäin kysyä, kuinka voimakkaan taloudellisen kannustimen voivat luoda sellaiset rahalliset hyödyt, jotka on jo valmiiksi korvamerkitty kohdennettaviksi suojelutoimenpiteisiin. Kyse ei ole joko–tai-valinnasta, vaan hyötyjä voidaan ohjata suojelutoimenpiteisiin vain osittain,²⁸¹ mutta tällöinkin odotettavissa olevien vapaasti käytettävien hyötyjen osuus hyödyistä on pienempi. Täysin korvamerkityt hyödyt voivat teoriassa kannustaa investoimaan suojeluun, jotta se alkaisi rahoittaa itse itseään, mutta hyödynsaajalle vapaasti

²⁷³ Wolff 2014, s. 132.

²⁷⁴ Gunningham 2009, s. 185.

²⁷⁵ Wolff 2014, s. 138.

²⁷⁶ Greiber ym. 2012, s. 83.

²⁷⁷ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 12. Tosin biodiversiteettisopimuksen osapuolikokouksessa (UNEP/CBD/COP/DEC/X/44, s. 2) markkinapohjaiset instrumentit on edelleen nähty selkeästi perinteistä sääntelyä täydentävinä ohjauskeinoina. Myös Pavoni (2013, s. 209) pitää selvänä, ettei biodiversiteettiä voida suojella pelkästään vapauttamalla markkinavoimat.

²⁷⁸ Kuusiniemi 2013a, s. 119–120.

²⁷⁹ Esim. Ruiz Muller 2018, s. 1.

²⁸⁰ Wolff 2014, s. 153.

²⁸¹ Nagoyan pöytäkirjan tehokkuusarvioinnissa mainittujen esimerkkien perusteella näin on myös tehty, ks. CBD/SBI/2/INF/3, s. 69–70.

käytettävät hyödyt ovat silti arvokkaampia, sillä myös ne voidaan halutaessa kohdentaa suojelun rahoittamiseen.

ABS-mekanismien ja biodiversiteetin suojelun heikko taloudellinen yhteys johtaa pohtimaan toisenlaista yhteyttä niiden välillä. Edellä olen pitänyt ABS-mekanismien tuottamia muita kuin rahallisia hyötyjä, kuten lisääntynyttä tietoisuutta biodiversiteetin arvosta ja monipuolista tutkimusyhteistyötä, realistisimpina keinoina edistää biodiversiteetin suojelua. Näiden hyötyjen tarkempi tarkastelu osoittaa, että niiden suojelua edistävä vaikutus voi ilmetä monin tavoin.

ABS-mekanismien tuottamat tiedot biodiversiteetistä, sen osista sekä geenivaroista ja niiden arvosta voivat osaltaan edistää merkittävästi biodiversiteetin suojelua. Kuten edellä on todettu, biodiversiteettisopimuksen osapuolten tulee tehdä erilaisia suojelutoimenpiteitä sekä ottaa biodiversiteetin suojelu huomioon osana kansallista päätöksentekoa. Suojelutoimenpiteet ja niitä koskeva päätöksenteko puolestaan edellyttävät välttämättä tietoa muun muassa lajeista ja ekosysteemeistä.²⁸² Siten biodiversiteetistä saatavat tiedot voivat tukea biodiversiteettiin liittyvää päätöksentekoa sekä biodiversiteetin huomioimista. Lisäksi ABS-mekanismien tuottamat hyödyt ja tiedot voivat tukea ABS-mekanismeja koskevaa päätöksentekoa ja ABS-sopimusneuvotteluja²⁸³ sekä siten hyötyjen saamista myös jatkossa.

Huomattava osa tarjoajavaltioiden Nagoyan pöytäkirjan tehokkuusarvioinnissa raportoimista muista kuin rahallisista hyödyistä liittyy tutkimustyöhön ja sen kehittämiseen.²⁸⁴ Tämänkaltaiset hyödyt ovat omiaan kehittämään tarjoajavaltioiden omia tutkimusvalmiuksia. Pitkällä tähtäimellä tarjoajavaltioiden tutkimusvalmiudet voivat vahvistua jopa siinä määrin, että ne kykenevät tutkimustyön avulla hankkimaan suojelun edellyttämää tietotaitoa sekä hyödyntämään geenivarojaan turvautumatta ulkopuolisiin tutkijoihin ja yrityksiin.²⁸⁵ Tutkimusvalmiuksien kehittyminen yhdessä biodiversiteetin ja geenivarojen arvoa koskevan tietoisuuden lisääntymisen kanssa voi siten toimia jopa kannustimena tarjoajavaltioille suojella omia geenivarojaan,²⁸⁶ jotta niiden on mahdollista hyödyntää geenivarojaan tutkimusvalmiuksien kehityttyä riittävästi.

²⁸² Glowka ym. 1994, s. 58–59.

²⁸³ Grajal 1999, s. 8.

²⁸⁴ CBD/SBI/2/INF/3, s. 28–29.

²⁸⁵ Näin myös Glowka – Normand 2013, s. 32. Tarjoajavaltioiden tutkimus- ja hyödyntämisvalmiuksien kehittäminen voi olla perusteltua myös valtioiden laaja-alaisemman kehityksen kannalta, sillä McAfee (1999, s. 146) on todennut, että yksikään valtio ei ole vaurastunut perushyödykkeiden viennillä vapaiden markkinoiden ehdoilla, eivätkä geenivarat tässä suhteessa tee hänen mukaansa poikkeusta.

²⁸⁶ Myös Nagoyan pöytäkirjan johdannon mukaan kannustimena biodiversiteetin suoje-

Edellä esitetyt havainnot ja pohdinnat johtavat toteamaan, että ABS-mekanismien ja biodiversiteetin suojelun välinen yhteys on olemassa. Yhteyden on tavallisesti oletettu olevan suoraviivainen ja taloudellinen, mutta mekanismien kykyä edistää suojelua taloudellisesti on pidettävä heikkona. Todellisuudessa ABS-mekanismien biodiversiteetin suojelua edistävä vaikutus toteutuu erityisesti mekanismien tuottamien muiden kuin rahallisten hyötyjen myötä.

3.3.2 ABS-mekanismien vaikuttavuuden arviointi

Lopuksi tarkoituksenani on pohtia ABS-mekanismien vaikuttavuutta biodiversiteetin suojelun kannalta. Biodiversiteetin suojelu tulee edellä esitetyn mukaisesti ymmärtää laajana toimintakokonaisuutena, jonka päämääränä on biodiversiteetin heikkenemisen estäminen sekä sen halutun tason saavuttaminen. Tässä yhteydessä vaikuttavuuden arvioinnissa on kyse siitä, missä määrin mekanismit voivat edistää biodiversiteetin suojelun tavoitteen saavuttamista. Arviointi ei siten kohdistu ABS-mekanismien toteutuneisiin vaikutuksiin.²⁸⁷ Lisäksi on syytä huomioida, että edellä todetun mukaisesti biodiversiteetin köyhtyminen on valtava ongelma, joka edellyttää lukuisia yhtäaikaisia eri alojen toimenpiteitä. Tästä syystä ABS-mekanismien biodiversiteetin suojelua edistävää vaikutusta voidaan pitää merkittävänä silloinkin, kun sen osuus koko suojelukokonaisuudessa on erittäin pieni. Lähestyn vaikuttavuutta tarkastelemalla, kuinka laajasti ABS-säännöksiä sovelletaan maantieteellisesti, sekä vertaamalla ABS-mekanismien biodiversiteetin suojelua edistävää vaikutusta biodiversiteetin köyhtymisen merkittävimpiin syihin.

Biodiversiteetin suojelun edistämisen globaalia vaikuttavuutta voidaan lähestyä ensimmäiseksi tarkastelemalla ABS-järjestelmän osapuolivaltioita.²⁸⁸ Kuten artikkelin johdannossa on todettu, biodiversiteettisopimuksen on ratifioinut toistaiseksi yhteensä 196 valtiota. Nagoyan pöytäkirjan on

luun toimii hyödynjaon lisäksi yleinen tietoisuus ekosysteemien ja biologisen monimuotoisuuden taloudellisesta arvosta.

²⁸⁷ Vrt. Similä 2002, s. 186, joka on yhdistänyt sääntelyn vaikuttavuuden arvioinnin sen tarkasteluun, onko sääntelyn tavoitteet saavutettu. Tässä valittu näkökulma on välttämätön jo siltä kannalta, että ABS-mekanismien yhdistäminen biodiversiteetissä tai sen köyhtymistä aiheuttavissa tekijöissä tapahtuneisiin muutoksiin on äärimmäisen hankalaa. Sääntelyn ja havaittujen muutosten yhdistämisen vaikeudesta ks. Similä 2002, s. 186–187 ja Wolff 2014, s. 134.

²⁸⁸ Wolff 2014, s. 137.

puolestaan ratifioinut tällä hetkellä 131 valtiota.²⁸⁹ Olennaisin puute ABS-mekanismien vaikuttavuuden kannalta on, että Yhdysvallat ei ole kummaan sopimuksen jäsen. Puute on merkittävä, sillä Yhdysvallat kuuluu biodiversiteetiltään maailman rikkaimpiin valtioihin²⁹⁰ mutta on myös alueena maailman suurin geenivarojen käyttäjä.²⁹¹ Tästä syystä suuri osa geenivarojen hyödyntämisestä tapahtuu ABS-mekanismien ulkopuolella.

Mekanismien vaikuttavuutta rajoittaa myös se, etteivät kaikki biodiversiteettisopimuksen ja Nagoyan pöytäkirjan jäsenet rajoita geenivarojen saatavuutta tai edellytä hyödynjakoa. Nagoyan pöytäkirjalla perustetun saatavuuden ja hyötyjen jaon tiedonvälitysjärjestelmän²⁹² sekä Nagoyan pöytäkirjan tehokkuusarvioinnin perusteella voidaan havaita, että vain hieman yli puolet sopimusvaltioista on asettanut geenivarojen saatavuuden ennakosuostumuksen alaiseksi.²⁹³ Suuri määrä maailman geenivaroja jää siten ABS-sääntelyn ulkopuolelle, eikä tarjoajille jaettavia hyötyjä tai biodiversiteetin suojelua edistävää vaikutusta voi niiden osalta syntyä. Toisaalta ABS-sääntelyn soveltamisen kattavuutta laajentavat kaupallisten toimijoiden²⁹⁴ ja ex situ -geenivaroja hallinnoivien laitosten päätökset noudattaa sääntelyä vapaaehtoisesti.²⁹⁵

ABS-mekanismien soveltamisen laajuuden lisäksi mekanismien vaikuttavuutta voidaan arvioida suhteessa biodiversiteetin köyhtymisen syihin. Näkökulmassa on kyse siitä, kuinka paljon ABS-mekanismien biodiversiteetin suojelua edistävä vaikutus voi vaikuttaa tekijöihin, jotka aiheuttavat monimuotoisuuden heikkenemistä. Heikkenemistä aiheuttavat erityisesti elinympäristöjen häviäminen sekä niiden muuttaminen esimerkiksi maatalouden tarpeisiin.²⁹⁶ Muita merkittäviä syitä ovat lajien liiallinen hyödyntäminen ja niiden tahaton pyydystäminen esimerkiksi kalastuksen yhteydes-

²⁸⁹ Ajantasainen lista Nagoyan pöytäkirjan jäsenistä on luettavissa osoitteessa www.cbd.int/information/parties.shtml. Nagoyan pöytäkirjan jäsenmäärä on kasvanut edelleen vuosittain. Nagoyan pöytäkirjan osapuolivaltioiden huomioiminen erikseen on tarpeen, sillä esimerkiksi Pauchardin (2017, s. 11) mukaan hänen tuloksensa vahvistavat oletusta, että molemmat sopimukset ratifioineet valtiot ovat motivoituneempia toimivan ABS-sääntelyn luomiseen verrattuna valtioihin, jotka ovat ainoastaan biodiversiteettisopimuksen osapuolia.

²⁹⁰ Morgera – Buck – Tsioumani 2014, s. 7.

²⁹¹ Wallbott – Wolff – Pożarowska 2014, s. 4. Ks. myös Oberhür – Rabitz 2014, s. 88. Yhdysvaltojen jättäytymisestä biodiversiteettisopimuksen ulkopuolelle tarkemmin Oberhür – Rosendal 2014, s. 234.

²⁹² Ks. Nagoyan pöytäkirjan 14 artikla.

²⁹³ CBD/SBI/2/INF/3, s. 20. Tiedonvälitysjärjestelmä on löydettävissä osoitteesta www.absch.cbd.int/.

²⁹⁴ Wolff 2014, s. 137.

²⁹⁵ Nyaberi 2019, s. 19.

²⁹⁶ IPBES 2019, s. 12.

sä sekä vieraslajien leviäminen. Köyhtymistä aiheuttavat myös saasteet ja ilmastonmuutos.²⁹⁷

Biodiversiteetin köyhtymisen syistä elinympäristöjen muuttuminen on ABS-mekanismien vaikuttavuuden kannalta kiinnostavin. Se on paitsi merkittävin yksittäinen tekijä lajien monimuotoisuuden heikkenemiselle myös keskeisesti ihmisen toiminnasta johtuvaa.²⁹⁸ ABS-mekanismien vaikutus biodiversiteetin suojeluun voisi olla huomattava, jos mekanismit vaikuttaisivat esimerkiksi maankäyttöä koskevaan päätöksentekoon. Edistävää vaikutus voisi toteutua esimerkiksi siten, että jonkin alueen suojelua pidettäisiin maa- tai metsätaloudeksi arvokkaampana.²⁹⁹ Kansallista päätöksentekoa on tavallisesti pidetty kykenemättömänä huomioimaan biologisten luonnonvarojen kestäväntä ehtymistä kansallisen vaurauden menetyksenä.³⁰⁰ On myös tavallista, ettei maankäyttöä koskevassa päätöksenteossa huomioida kaikkien sellaisten ekosysteemipalveluiden arvoa, joihin päätökset vaikuttavat.³⁰¹ Täältä kannalta biodiversiteetin suojelun arvoa koskevan tietoisuuden lisääntymisellä voisi olla merkittäviä vaikutuksia kansalliseen päätöksentekoon ja siten biodiversiteetin suojeluun.

ABS-mekanismien vaikuttavuus paikallistason toimijoiden päätöksiin voi olla heikompi kuin kansalliseen päätöksentekoon. ABS-järjestelmää on kritisoitu siitä, ettei hyötyjä välttämättä jaeta eteenpäin paikallisille toimijoille, jotka tosiasiallisesti vaikuttavat merkittävästi biodiversiteettiin ja sen suojeluun.³⁰² Tästä syystä kansallisen lainsäädännön ja sen luomien kannustimien merkitys korostuu arvioitaessa mekaniismien vaikuttavuutta paikallistasolla. Ilman kannustinta suojeluun on tavallista, että jopa vähäinen yksityinen hyöty asetetaan merkittävän yhteisen menetyksen edelle.³⁰³

Lajien liiallinen hyödyntäminen ja tahaton pyydystäminen esimerkiksi kalastuksen yhteydessä ovat elinympäristöjen muuttumisen tavoin olennaisesti ihmisen toiminnasta aiheutuvia monimuotoisuutta välittömästi vähentäviä tekijöitä. ABS-mekanismien vaikutukset näihin tekijöihin ovat kuitenkin todennäköisesti heikot. Ne ovat vahvasti sidoksissa taloudelliseen toimintaan,³⁰⁴ ja ABS-mekanismien ja niiden hyötyjen yhteys näihin

²⁹⁷ TEEB 2009, s. 15. Tahattomasta pyydystämisestä Gillespie 2011, s. 306.

²⁹⁸ Gillespie 2011, s. 166. Ks. myös IPBES 2019, s. 28.

²⁹⁹ Eri maankäyttötapojen vertailusta ja vaikutusten arvottamisesta ks. TEEB 2009, Chapter 1, s. 23–24.

³⁰⁰ Glowka ym. 1994, s. 59. Ks. myös IPBES 2019, s. 14.

³⁰¹ TEEB 2009, Chapter 1, s. 22.

³⁰² Chiarolla – Lapeyre – Pirard 2013, s. 4 ja Oberthür – Rosendal 2014b, s. 245. Ks. myös Reid ym. 1993, s. 29–30.

³⁰³ TEEB 2009, Chapter 1, s. 23.

³⁰⁴ Pascoe 1997, s. 1 ja IPBES 2019, s. 28–29.

toiminnanharjoittajiin on etäisempi kuin esimerkiksi maanomistajiin. Lisäksi ne heikentävät biodiversiteettiä erityisesti vesialueilla,³⁰⁵ joiden geenivaroihin ei useinkaan edes sovelleta ABS-sääntelyä.³⁰⁶ Ajateltavissa sen sijaan on, että tietoisuuden lisääntyminen ja ekosysteemipalveluiden kasvava arvostus johtavat esimerkiksi kireämpään luonnonsuojelua ja luonnonvarojen käyttöä koskevaan lainsäädäntöön, jolla vaikutetaan myös lajien liialliseen hyödyntämiseen ja tahattomaan pyydystämiseen. Mekanismin vaikuttavuus näihin biodiversiteetin köyhtymisen syihin on siten mahdollinen mutta etäinen ja heikko.

ABS-mekanismien vaikuttavuuden kannalta tilanne on hyvin heikko myös vieraslajien leviämisen, saasteiden ja ilmastonmuutoksen osalta. Ihmisen toiminnan merkitys näiden tekijöiden taustalla on olennainen,³⁰⁷ mutta niiden vaikutus biodiversiteettiin ei ole yhtä välitön kuin esimerkiksi lajien hyödyntämisessä. Tutkimustieto ja lisääntyvä tietoisuus auttavat havaitsemaan näiden tekijöiden yhteyden biodiversiteettiin, mutta on vaikeaa nimetä yhtä yksittäistä toimintaa, joka suoraan aiheuttaisi vieraslajien leviämisen, saasteiden syntyminen tai ilmastonmuutoksen. Koska syyt näiden ongelmien taustalla ovat monimutkaisia, ABS-mekanismien mahdollisuus vaikuttaa näihin biodiversiteettiä heikentäviin tekijöihin jää erittäin kaukaiseksi.

4 JOHTOPÄÄTÖKSET

Tässä artikkelissa tutkimuskysymyksenäni oli, onko geenivarojen saatavuus- ja hyödynjakomekanismeja syytä pitää vaikuttavana keinona edistää biodiversiteetin suojelua. Lähestyin kysymystä kaksiosaisesti tarkastelemalla ensimmäiseksi ABS-mekanismien toimivuutta eli sitä, onko mekanismeilla edellytykset saavuttaa niille asetetut tavoitteet. Toimivuuden arvioimiseksi tunnistin mekanismeihin sisältyviä tavoitteita sekä niiden saavuttamista uhkaavia ongelmia. Tarkastelun perusteella saatavuusmekanismin päätavoitteita eli asianmukaista geenivarojen saatavuutta ja hyödynjaon mahdollistamista uhkaavat erityisesti saatavuussääntelyn implementointiin ja tutkimussektorin erityisasemaan liittyvät vaikeudet. Hyödynjakomekanismin päätavoitetta eli geenivarojen käytöstä saatavan hyödyn oikeudenmukaista ja tasapuolista jakamista uhkaavat puolestaan

³⁰⁵ Millennium Ecosystem Assessment 2005, s. 67.

³⁰⁶ Oberthür – Pożarowska 2014, s. 183.

³⁰⁷ IPBES 2019, s. 13.

erityisesti ex situ -geenivaroihin ja ABS-sopimusten bilateralisuuteen sisältyvät ongelmat.

Havaituista ongelmista huolimatta ABS-mekanismeilla on nähdäkseeni edellytykset tavoitteidensa saavuttamiseen. Implementoinnin vaikeudet korostavat tarvetta tukea valtioita esimerkiksi yhdenmukaisten sääntelyratkaisujen avulla sekä vahvistaa niiden taloudellisia ja institutionaalisia valmiuksia. Erityishuomiota on kiinnitettävä tutkimussektorin erityisasemaa koskeviin ratkaisuihin, sillä saatavuusmekanismin tarkastelun perusteella tutkimussektori on olennainen sidosryhmä ABS-järjestelmässä. Hyödynjakomekanismin osalta edellytykset tavoitteiden saavuttamiseen ovat olemassa erityisesti ABS-sopimuksen joustavuuden ansiosta, mutta erillinen kysymys on, saavutetaanko tavoitteita todellisuudessa.

ABS-mekanismien toimivuuden arvioinnin pohjalta tarkastelin toiseksi mekanismien biodiversiteetin suojelua edistävää vaikutusta. Havaitsin biodiversiteetin suojelun tarkoittavan laajaa toimintakokonaisuutta, jonka tavoitteena on biodiversiteetin heikkenemisen pysäyttäminen ja halutun biodiversiteetin tason saavuttaminen erityisesti luonnon prosessien turvaamiseksi. Biodiversiteetin suojelun perustana ovat sekä ihmiskeskeiset että luonnon itseisarvosta lähtevät arvot. Vastaavasti ABS-mekanismien biodiversiteetin suojelua edistävä vaikutus voi kohdistua laajasti erilaisiin suojelutoimenpiteisiin. ABS-mekanismien on odotettu edistävän biodiversiteetin suojelua taloudellisesti, mutta suojelua edistävän vaikutuksen tarkastelu osoitti, että potentiaalisimmat ja realistisimmat tavat edistää suojelua liittyvät geenivarojen käytöstä syntyviin muihin kuin rahallisiin hyötyihin. ABS-mekanismien vaikuttavuutta rajoittaa se, että mekanismeja sovelletaan vain osassa maailman valtioita. Biodiversiteetin köyhtymisen merkittävimmistä syistä ABS-mekanismit voivat vaikuttaa lähinnä elinympäristöjen muuttumiseen ja maankäyttöön, ja tällöinkin tosiasialliset vaikutukset biodiversiteetin tilaan riippuvat lopulta kansallisesta päätöksenteosta ja lainsäädännöstä. Mekanismien vaikutusten vertaaminen köyhtymisen syihin myös korostaa, kuinka valtavia ja vaikeita ongelmia syyt ovat ja kuinka pieni tekijä ABS-järjestelmä on pyrkimyksessä suojella maapallon biodiversiteettiä.

Artikkelin keskeinen havainto on, että tutkimussektori toimii olennaisena linkkinä ABS-mekanismien ja suojelun välillä. ABS-järjestelmän eri sidosryhmistä tutkimussektori on omiaan tuottamaan tarjoajavaltioille niiden suojelutoimenpiteitä ja tutkimusvalmiuksia edistäviä hyötyjä.³⁰⁸ ABS-järjestelmän toimijoiden on siten tarpeellista tunnistaa näiden hyötyjen ja

³⁰⁸ Biber-Klemm ym. 2014, s. 218.

niitä erityisesti tuottavan tutkimussektorin yhteys biodiversiteetin suoje-
luun ja tarjoajavaltioiden omiin etuihin. Tutkimussektorin merkitystä on
tarpeellista korostaa, koska ABS-järjestelmää on kritisoitu siitä, ettei tutki-
mustyön olennaista yhteyttä suojeleluun ja tarjoajavaltion omiin etuihin tun-
nisteta riittävästi, vaan tutkimussektoria päinvastoin rajoitetaan ja se
rinnastetaan kaupalliseen tutkimukseen.³⁰⁹ Tältä kannalta on hyvin myön-
teistä, että tutkimussektorin merkityksen tunnistaminen on nimenomaisesti
mainittu Nagoyan pöytäkirjan tehokkuusarvioinnissa suojelelun edistä-
neenä hyötynä.³¹⁰

ABS-mekanismien vaikuttavuuden tarkastelu osoittaa, etteivät mekanis-
mit yksinään voi pelastaa maapallon biodiversiteettiä, mikä ei tietysti kos-
kaan ole ollut niiden tarkoituksenaan.³¹¹ ABS-mekanismeilla on edellytykset
tuottaa jossain määrin erilaisia hyötyjä, jotka voivat osaltaan edistää bio-
diversiteetin suojelelun. Mekanismien suojelelun edistävää vaikutusta kuiten-
kin heikentävät muun muassa vaikutuksen välillisuus, ABS-mekanismien
toimivuuteen liittyvät ongelmat sekä hyötyjen vähäinen määrä. ABS-
mekanismien biodiversiteetin suojelelun edistävä vaikutus on siten rajallinen,
eivätkä korkeat odotukset suojelelun edistämisen suhteen ole nähdäkseen
perusteltuja. Näin ollen ABS-mekanismeja ei ole mielestäni syytä pitää
vaikuttavana keinona edistää biodiversiteetin suojelelun vaan mekanismeina,
joilla voi olla myös biodiversiteetin suojelelun edistäviä vaikutuksia. ABS-
mekanismien ensisijaisena tarkoituksena on perusteltua pitää oikeudenmu-
kaisen ja tasapuolisen hyödynjaon saavuttamista Nagoyan pöytäkirjan
1 artiklan sanamuodon mukaisesti. ABS-mekanismien heikko vaikutus bio-
diversiteetin suojeleluun ei itsessään ole perusteltu argumentti ABS-järjes-
telmän oikeudenmukaisuusulottuvuutta vastaan.³¹² Nähdäkseni sitä eivät
ole myöskään yliarvioitujen odotukset geenivarjojen hyödyntämisestä tai
siitä saatavista hyödyistä. Harvinaisuudestaan huolimatta ”uuden *Tolypo-
cladium inflatum*” löytäminen on mahdollista milloin tahansa. Sen vuoksi
bioetsintä ja sen löytöjen hyödyntäminen on toteutettava tarjoajavaltion
ABS-säännösten mukaisesti riippumatta löytöjen mahdollisesta vaikutuk-
sesta biodiversiteetin suojeleluun.

³⁰⁹ Grajal 1999, s. 7–8 ja Cabrera Medaglia – Perron-Welch – Phillips 2014, s. 118.

³¹⁰ CBD/SBI/2/INF/3, s. 71.

³¹¹ Oberthür – Rosendal 2014b, s. 246.

³¹² Oberthür – Rosendal 2014b, s. 246.

LÄHTEET

Kirjallisuus

- Berger, Miia, Keskipitkän aikavälin ilmastopoliitiikan suunnitelma: päämäärä, vaikutusmekanismit ja vaikuttavuuden haasteet. Ympäristöpolitiikan ja -oikeuden vuosikirja IX 2016, s. 61–108.
- Beyerlin, Ulrich – Marauhn, Thilo, *International Environmental Law*. Hart Publishing 2011.
- Biber-Klemm, Susette – Davis, Kate – Gautier, Laurent – Martinez, Sylvia I., Governance options for ex-situ collections in academic research, s. 213–231 teoksessa Oberthür, Sebastian – Rosendal, G. Kristin (Eds.), *Global Governance of Genetic Resources: Access and benefit sharing after the Nagoya Protocol*. Routledge 2014.
- Bigard, Charlotte – Pioch, Sylvain – Thompson, John D., The inclusion of biodiversity in environmental impact assessment: Policy-related progress limited by gaps and semantic confusion. *Journal of Environmental Management* 200 2017, s. 35–45.
- Birnie, Patricia W. – Boyle, Alan E. – Redgwell, Catherine, *International Law & The Environment*. 3rd Edition. Oxford University Press 2009.
- Borgström, Suvi, Iso paha susi vai hyödyllinen hukka? Ekologis-juridinen näkökulma suden suojelun yhteiskunnalliseen hyväksyttävyyteen. Itä-Suomen yliopisto, Yhteiskuntatieteiden ja kauppatieteiden tiedekunta 2011.
- Bowman, Michael, The Nature, Development and Philosophical Foundations of the Biodiversity Concept in International Law, s. 5–31 teoksessa Bowman, Michael – Redgwell, Catherine, *International Law and the Conservation of Biological Diversity*. Kluwer Law International 1995.
- Briceño Moraia, Linda, Access to genetic resources and benefit sharing: The Nagoya Protocol in the light of the TRIPS Agreement, s. 216–238 teoksessa Ghidini, Gustavo – Peritz, Rudolph J. R. – Ricolfi, Marco (Eds.), *TRIPS and Developing countries: Towards a New IP World Order?* Edward Elgar Publishing 2014.
- Buck, Matthias – Hamilton, Clare, The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity. *Review of European Community & International Environmental Law* 20 (1) 2011, s. 47–62.
- Cabrera Medaglia, Jorge – Perron-Welch, Frederic – Phillips, Freedom-Kai, Overview of National and Regional Measures on Access and Benefit-sharing: Challenges and Opportunities in Implementing the Nagoya Protocol. CISDL 2014.
- Carrizosa, Santiago, Conclusions, Lessons, and Recommendations, s. 295–302 teoksessa Carrizosa, Santiago – Brush, Stephen B. – Wright, Brian D. – McGuire, Patrick E. (Eds.), *Accessing Biodiversity and Sharing the Benefits: Lessons from Implementation of the Convention on Biological Diversity*. IUCN 2004.
- Chiarolla, Claudio – Lapeyre, Renaud – Pirard, Romain, Bioprospecting under the Nagoya Protocol: a conservation booster? *IDDDRI Policy Brief* 14 2013, s. 1–4.
- Crema, Luigi, Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s). *European Journal of International Law* 21 2010, s. 681–700.

- De Jonge, Bram, What is Fair and Equitable Benefit-sharing? *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* 24 (2) 2011, s. 127–146.
- Dedeurwaerdere, Tom – Brogiato, Arianna – Louafi, Selim – Welch, Eric W. – Batur, Fulya, Governing Global Scientific Research Commons under the Nagoya Protocol, s. 389–421 teoksessa Morgera, Elisa – Buck, Matthias – Tsioumani, Elsa (Eds.), *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing in Perspective: Implications for International Law and Implementation Challenges*. Martinus Nijhoff Publishers 2013.
- Ekstrom, Jon – Bennun, Leon – Mitchell, Robin, *A cross-sector guide for implementing the Mitigation Hierarchy*. Cross Sector Biodiversity Initiative 2015.
- Fisher, Elizabeth – Lange, Bettina – Scotford, Eloise – Carlarne, Cinnamon, Maturity and Methodology: Starting a Debate about Environmental Law Scholarship. *Journal of Environmental Law* 21 (2) 2009, s. 213–250.
- Fitzgerald, Heli – Ruohonen-Lehto, Marja – Lohtander-Buckbee, Katileena, *Suomen arvokkaat geenivarat*. Suomen ympäristökeskus 2015.
- Gillespie, Alexander, *Conservation, biodiversity and international law*. Edward Elgar Publishing 2011.
- Glowka, Lyle – Burhenne-Guilmin, Françoise – Synge, Hugh – McNeely, Jeffrey A – Gündling, Lothar, *A Guide to the Convention on Biological Diversity*. IUCN 1994.
- Glowka, Lyle – Normand, Valérie, *The Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing: Innovations in Environmental Law*, s. 21–52 teoksessa Morgera, Elisa – Buck, Matthias – Tsioumani, Elsa (Eds.). *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing in Perspective: Implications for International Law and Implementation Challenges*. Martinus Nijhoff Publishers 2013.
- Gottschalk, Peter, *Building the Nagoya Protocol Regime on Access and Benefit-Sharing*. Faculty of Law, Lund University 2018.
- Grajal, Alejandro, *Biodiversity and the Nation State: Regulating Access to Genetic Resources Limits Biodiversity Research in Developing Countries*. *Conservation Biology* 13 (1) 1999, s. 6–10.
- Greiber, Thomas – Moreno, Sonia Peña – Åhrén, Mattias – Carrasco, Jimena Nieto – Kamau, Evanson Chege – Cabrera Medaglia, Jorge – Oliva, Maria Julia – Perron-Welch, Frederic – Ali, Natasha – Williams, China, *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing*. IUCN 2012.
- Gunningham, Neil, *Environment Law, Regulation and Governance: Shifting Architectures*. *Journal of Environmental Law* 21 (2) 2009, s. 179–212.
- Halonen, Lea, *Metsäojitukset ja vesiensuojelusääntely – Sääntelyteoreettinen tutkimus vesiensuojelusääntelyn toimivuudesta*. Itä-Suomen yliopisto, Yhteiskuntatieteiden ja kauppatieteiden tiedekunta 2016.
- Halonen, Lea – Pappila, Minna, *Alueelliset metsäohjelmat metsätalouden ohjauksessa – Yhteistoiminnallisen hallinnan mahdollisuudet ja ongelmat metsien käytön ekologisen kestävyiden edistämiseksi*. *Ympäristöpolitiikan ja -oikeuden vuosikirja XII* 2019, s. 127–181.
- Harvey, Alan L. – Gericke, Nigel, *Bioprospecting: Creating a Value for Biodiversity*, s. 323–338 teoksessa Pavlinov, Igor Ya. (ed.), *Research in Biodiversity*. Intech 2011.
- Hollo, Erkki J., *Johdatus ympäristöoikeuteen*. 3., uudistettu painos. Talentum 2009.

- Hollo, Erkki J., Nagoyan pöytäkirjan geenivarojen saatavuutta ja hyödyn jakamista koskeva sääntelytarpeet luonnonvaraisten sekä maa- ja metsätalouden geenivarojen hyödyntämisessä. Suomen Ympäristöoikeusinstituutti 2012.
- Hällfors, Maria H. – Vaara, Elina M. – Hyvärinen, Marko – Oksanen, Markku – Schulman, Leif E. – Siipi, Helena – Lehvävirta, Susanna, Coming to Terms with the Concept of Moving Species Threatened by Climate Change – A Systematic Review of the Terminology and Definitions. PLoS ONE 9 (7) 2014.
- ICC, Pathogens and the International Regime on Access and Benefit-Sharing. ICC 2009.
- IPBES, Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services. IPBES Secretariat 2019.
- Jarkko, Riikka – Juslén, Aino – Kekkonen, Mari – Aspi, Jouni, Opas geneettiseen monimuotoisuuteen – Esimerkkejä Suomen luonnosta. Luonnontieteellinen keskusmuseo, Helsingin yliopisto ja Oulun yliopisto 2019.
- Jinnah, Sikina – Jungcurt, Stefan, Could Access Requirements Stifle Your Research? Science 323 (5913) 2009, s. 464–465.
- Kallio, Pasi, Suotuisa suojelutaso luonnonsuojeluoikeudessa. Edita 2001.
- Kamau, Evanson Chege – Fedder, Bevis – Winter, Gerd, The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing: What is New and what are the Implications for Provider and User Countries and the Scientific Community? Law, Environment and Development Journal 6 (3) 2010, s. 246–262.
- Kohli, Kanchi – Bhutani, Shalini, Can Benefits Be Shared? Three Tangles for Access and Benefit Sharing, s. 121–134 teoksessa Laladhas, K. P. – Nilayangode, Preetha – Oommen, V. (Eds.), Biodiversity for Sustainable Development. Springer 2017.
- Kokko, Kai, Biodiversiteettiä turvaavat oikeudelliset periaatteet ja mekanismit. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003.
- Kokko, Kai, Ympäristöoikeuden tutkimusmetodeista Suomessa. Ympäristöjuridiikka 1/2016, s. 29–42.
- Kokko, Kai, Ympäristöoikeuden perusteet: yleiset opit, sääntely ja ratkaisun teoria. Edita 2017.
- Kolström, Taneli, Mitä ekosysteemipalvelut ovat?, s. 19–32 teoksessa Hiedanpää, Juha – Suvantola, Leila – Naskali, Arto (toim.), Hyödyllinen luonto: ekosysteemipalvelut hyvinvointimme perustana. Vastapaino 2010.
- Kotilainen, Juha M., – Pölönen, Ismo – Peltonen, Lasse – Metsä-Simola, Klaus, Kaivosso-pimukset – sisällöt, funktiot ja riskit. Ympäristöpolitiikan ja -oikeuden vuosikirja XII 2019, s. 7–41.
- Kuokkanen, Tuomas, Geenivaroja koskeva Nagoyan pöytäkirja. Ympäristöpolitiikan ja -oikeuden vuosikirja V 2011, s. 333–339.
- Kursar, Thomas, A., What Are the Implications of the Nagoya Protocol for Research on Biodiversity? BioScience 61 (4) 2011, s. 256–257.
- Kuusiniemi, Kari, Luonnon-, maiseman- ja kulttuurinsuojelu, s. 489–526 teoksessa Ekroos, Ari – Kumpula, Anne – Kuusiniemi, Kari – Vihervuori, Pekka, Ympäristöoikeuden pääpiirteet. 3., uudistettu painos. Sanoma Pro 2012.

- Kuusiniemi, Kari, Perusteet, s. 47–286 teoksessa Kuusiniemi, Kari – Ekroos, Ari – Kumpula, Anne – Vihervuori, Pekka, *Ympäristöoikeus. 2.*, uudistettu painos. Sanoma Pro 2013. (Kuusiniemi 2013a)
- Kuusiniemi, Kari, Luonnonvarojen hyödyntäminen, s. 665–868 teoksessa Kuusiniemi, Kari – Ekroos, Ari – Kumpula, Anne – Vihervuori, Pekka, *Ympäristöoikeus. 2.*, uudistettu painos. Sanoma Pro 2013. (Kuusiniemi 2013b)
- Kuusiniemi, Kari, Luonnonsuojelu, s. 1181–1281 teoksessa Kuusiniemi, Kari – Ekroos, Ari – Kumpula, Anne – Vihervuori, Pekka, *Ympäristöoikeus. 2.*, uudistettu painos. Sanoma Pro 2013. (Kuusiniemi 2013c)
- Laird, Sarah A. – ten Kate, Kerry, Biodiversity prospecting: the commercial use of genetic resources and best practice in benefit-sharing, s. 241–286 teoksessa Laird, Sarah A. (ed.), *Biodiversity and Traditional Knowledge: Equitable Partnerships in Practice*. Earthscan 2002.
- Laininen, Jenni, Elinympäristöjen vapaaehtoinen kompensatio yritysten välisin sopimuksin toteutettuna. *Ympäristöpolitiikan ja -oikeuden vuosikirja 2019*, s. 332–345.
- Leino, Laura, Korvaavat toimenpiteet pienialaisten luontokohteiden suojelusta poikettaessa. *Ympäristöjuriidikka 1/2015*, s. 9–34.
- Leino, Laura – Belinskij, Antti, Vesienhoidollinen kompensatio hankkeiden toteuttamisen edellytyksenä. *Ympäristöpolitiikan ja -oikeuden vuosikirja 2018*, s. 117–167.
- Lesser, William, *Sustainable Use of Genetic Resources under the Convention on Biological Diversity: Exploring Access and Benefit Sharing Issues*. CAB International 1998.
- Lovejoy, Thomas E., Eden no more. *Science Advances* 5 (5) 2019, Editorial.
- Mcafee, Kathleen, Selling Nature to Save It? *Biodiversity and Green Developmentalism. Environment and Planning D: Society and Space* 17 1999, s. 133–154.
- Millennium Ecosystem Assessment, *Ecosystems and Human Well-Being: Synthesis*. World Resources Institute 2005.
- Moilanen, Atte – Kotiaho, Janne S., Ekologisen kompensaation määrittämisen tärkeät operatiiviset päätökset. *Ympäristöministeriö* 2017.
- Morgera, Elisa, *CBD / ICNP-1: All About Compliance*. *Environmental Policy and Law* 41 (4–5) 2011, s. 189–191.
- Morgera, Elisa – Buck, Matthias – Tsioumani, Elsa, *Conclusions*, s. 507–517 teoksessa Morgera, Elisa – Buck, Matthias – Tsioumani, Elsa (Eds.), *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing in Perspective: Implications for International Law and Implementation Challenges*. Martinus Nijhoff Publishers 2013.
- Morgera, Elisa – Tsioumani, Elsa – Buck, Matthias, *Unraveling the Nagoya Protocol: A Commentary on the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing to the Convention on Biological Diversity*. Brill 2014.
- Määttä, Tapio, Biodiversiteetti oikeudellisena kategoriana: näkökulmia ja tulkintoja. *Oikeustiede– Jurisprudentia* 2001, s. 307–373.
- Määttä, Tapio, *Ympäristöoikeudelliset väitöskirjat Suomessa 1908–2010*. *Ympäristöjuriidikka 2/2010*, s. 37–60.
- Määttä, Tapio, *Metodinen pluralismi oikeustieteessä – ympäristöoikeudellisen tutkimuksen suuntaukset ja menetelmät*, s. 135–222 teoksessa Miettinen, Tarmo (toim.), *Oikeustieteellinen opinnäyte – Artikkeleita oikeustieteellisten opinnäytteiden vaatimuksista*,

- metodista ja arvostelusta. Edilex Kirjat 16.2.2016. www.edilex.fi/kirjat/16170, haettu 22.6.2021.
- Nelliyat, Prakash, Bio-resources Valuation for Ensuring Equity in Access and Benefit Sharing: Issues and Challenges, s. 135–153 teoksessa Laladhas, K. P. – Nilayangode, Preetha – Oommen, V. (Eds), Biodiversity for Sustainable Development. Springer 2017.
- Nijar, Guardial Singh – Louafi, Sélim – Welch, Eric W., The implementation of the Nagoya ABS Protocol for the research sector: experience and challenges. *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 17 (5) 2017, s. 607–621.
- Nyaberi, Justry Patrick Lumumba, Access and Benefit Sharing under the Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol. *Nordic Environmental Law Journal* 1 2019, s. 7–28.
- Oberthür, Sebastian – Pożarowska, Justyna, The impact of the Nagoya Protocol on the evolving institutional complex of ABS governance, s. 178–195 teoksessa Oberthür, Sebastian – Rosendal, G. Kristin (Eds.), *Global Governance of Genetic Resources: Access and benefit sharing after the Nagoya Protocol*. Routledge 2014.
- Oberthür, Sebastian – Rabitz, Florian, The role of the European Union in the Nagoya Protocol negotiations, s. 79–95 teoksessa Oberthür, Sebastian – Rosendal, G. Kristin (Eds.), *Global Governance of Genetic Resources: Access and benefit sharing after the Nagoya Protocol*. Routledge 2014.
- Oberthür, Sebastian – Rosendal, G. Kristin, Global governance of genetic resources: Background and analytical framework, s. 1–17 teoksessa Oberthür, Sebastian – Rosendal, G. Kristin (Eds.), *Global Governance of Genetic Resources: Access and benefit sharing after the Nagoya Protocol*. Routledge 2014. (Oberthür – Rosendal 2014a)
- Oberthür, Sebastian – Rosendal, G. Kristin, Conclusions: An assessment of global governance of genetic resources after the Nagoya Protocol, s. 231–250 teoksessa Oberthür, Sebastian – Rosendal, G. Kristin (Eds.), *Global Governance of Genetic Resources: Access and benefit sharing after the Nagoya Protocol*. Routledge 2014. (Oberthür – Rosendal 2014b)
- OECD, Biodiversity Offsets: Effective Design and Implementation. OECD Publishing 2016.
- Oliva, Maria Julia, The Implications of the Nagoya Protocol for the Ethical Sourcing of Biodiversity, s. 371–387 teoksessa Morgera, Elisa – Buck, Matthias – Tsioumani, Elsa (Eds.), *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing in Perspective: Implications for International Law and Implementation Challenges*. Martinus Nijhoff Publishers 2013.
- Orsini, Amandine, The role of non-state actors in the Nagoya Protocol negotiations, s. 60–78 teoksessa Oberthür, Sebastian – Rosendal, G. Kristin (Eds.), *Global Governance of Genetic Resources: Access and benefit sharing after the Nagoya Protocol*. Routledge 2014.
- Pascoe, Sean, *Bycatch Management and the Economics of Discarding*. FAO 1997.
- Pauchard, Nicolas, Access and Benefit Sharing under the Convention on Biological Diversity and Its Protocol: What Can Some Numbers Tell Us about the Effectiveness of the Regulatory Regime? *Resources* 6 (1) 11 2017.

- Pavoni, Riccardo, Channelling investment into biodiversity conservation: ABS and PES schemes, s. 206–227 teoksessa Dupuy, Pierre-Marie – Viñuales, Jorge E. (Eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection*. Cambridge University Press 2013.
- Phillips, Peter W. B. – Smyth, Stuart J. – de Beer, Jeremy, Access and Benefit-Sharing in the Age of Digital Biology, s. 181–195 teoksessa Oguamanam, Chidi (ed.), *Genetic Resources, Justice and Reconciliation: Canada and Global Access and Benefit Sharing*. Cambridge University Press 2019.
- Prathapan, K. Divakaran – Pethiyagoda, Rohan – Bawa, Kamaljit S. – Raven, Peter H. – Rajan, Priyadarsanan Dharma, When the cure kills – CBD limits biodiversity research. *Science* 360 (6396) 2018, s. 1405–1406.
- Pölonen, Ismo, Paikallisten osallistumisoikeudet malminetsintä- ja kaivoslupavaiheissa – uuden kaivoslain arviointia. *Ympäristöjuridiikka* 2012/2, s. 70–105.
- Rabitz, Florian, *The Global Governance of Genetic Resources: Institutional Change and Structural Constraints*. Routledge 2017.
- Raven, Peter, The Epic of Evolution and the Problem of Biodiversity Loss, s. 27–57 teoksessa McManis, Charles R. (ed.), *Biodiversity and the Law: Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*. Earthscan 2007.
- Reid, Walter V. – Laird, Sarah A. – Gámez, Rodrigo – Sittenfeld. Ana – Janzen, Daniel H. – Gollin, Michael A. – Juma, Calestous, *A New Lease on Life*, s. 1–52 teoksessa Reid, Walter V – Laird, Sarah A. – Gámez, Rodrigo – Sittenfeld. Ana – Janzen, Daniel H. – Gollin, Michael A. – Juma, Calestous, *Biodiversity Prospecting: Using Genetic Resources for Sustainable Development*. World Resources Institute 1993.
- Richerzhagen, Carmen, The Nagoya Protocol: Fragmentation or Consolidation? *Resources* 3 2014, s. 135–151.
- Ruiz Muller, Manuel, *Access to Genetic Resources and Benefit Sharing 25 Years on: Progress and Challenges*. ICTSD 2018.
- Saastamoinen, Olli – Kniivilä, Matleena – Alahuhta, Janne – Arovuori, Kyösti – Kosenius, Anna-Kaisa – Horne, Paula – Otsamo, Antti – Vaara, Matti, *Yhdistävä luonto: ekosysteemipalvelut Suomessa*. Itä-Suomen yliopisto 2014.
- Salpin, Charlotte, The Law of the Sea: a before and an after Nagoya?, s. 149–183 teoksessa Morgera, Elisa – Buck, Matthias – Tsioumani, Elsa (Eds.). *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing in Perspective: Implications for International Law and Implementation Challenges*. Martinus Nijhoff Publishers 2013.
- Schindel, David E. – Bubela, Tania – Rosenthal, Joshua – Castle, David – du Plessis, Pierre – Bye, Robert, The New Age of the Nagoya Protocol. *Nature Conservation* 12 2005, s. 43–56.
- Secretariat of the Convention on Biological Diversity, *Global Biodiversity, Outlook 5*. Secretariat of the Convention on Biological Diversity 2020.
- Sharman, Martin – Mlambo, Musa C., Wicked: The Problem of Biodiversity Loss. *GAIA* 21 (4) 2012, s. 274–277.
- Similä, Jukka, Ympäristösääntely ja arvioinnin näkökulmat. *Oikeus* 2002/2, s. 178–201.
- Similä, Jukka – Kokko, Kai, Oikeudellinen sääntely ja metsäluonnon monimuotoisuus. *Ympäristöpolitiikan ja -oikeuden vuosikirja III* 2009, s. 69–129.

- Similä, Jukka – Raunio, Anne – Hildén, Mikael – Anttila, Susanna, Luonnonsuojelulainsäädännön arviointi – Lain toimivuus ja kehittämistarpeet. Suomen ympäristökeskus 2010.
- Suvantola, Leila, Vaaran vyöhykkeellä – luonnonsuojelun ja ympäristönkäytön konkurrenssista. Oikeustiede–Jurisprudentia 2004, s. 433–509.
- Suvantola, Leila – Similä, Jukka, Luonnonsuojeluoikeus. Edita 2011.
- Suvantola, Leila – Halonen, Lea – Leino, Laura – Miettinen, Eija – Ahvensalmi, Aleksis, Ekologisen kompensaation ohjauskeinojen kehittäminen. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 76/2018.
- Svarstad, Hanne – Bugge, Hans Chr. – Dhillion, Shivcharn S., From Norway to Novartis: cyclosporin from *Tolypocladium inflatum* in an open access bioprospecting regime. Biodiversity and Conservation 9 2000, s. 1521–1541.
- Swanson, Timothy, Global Action for Biodiversity: An International Framework for Implementing the Convention on Biological Diversity. Earthscan 1997.
- Tala, Jyrki, Lakien laadinta ja vaikutukset. Edita 2005.
- Tanskanen, Anna-Liisa, Vihertyvä maataloustuki: Pinta-alaperusteisten viljelijätukien ympäristöehdot ja niihin liittyvä valvonta- ja seuraamusjärjestelmä. Itä-Suomen yliopisto 2019.
- TEEB, The Economics of Ecosystems and Biodiversity for National and International Policy Makers. TEEB 2009.
- ten Kate, Kerry – Laird, Sarah A, The Commercial Use of Biodiversity: Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing. Earthscan 1999.
- Toivonen, Leena, The role of traditional knowledge in the conservation of biological diversity. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2011.
- Tully, Stephen, The Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing. Review of European Community & International Environmental Law 12 (1) 2003, s. 84–98.
- Tvedt, Morten Walløe, Beyond Nagoya: Towards a legally functional system of access and benefit sharing, s. 158–177 teoksessa Oberthür, Sebastian – Rosendal, G. Kristin (Eds.), Global Governance of Genetic Resources: Access and benefit sharing after the Nagoya Protocol. Routledge 2014. (Tvedt 2014a)
- Tvedt, Morten Walløe, Into ABS implementation: Challenges and opportunities for the Nagoya Protocol. Bridges Trade Biores 8 (8) 2014, s. 9–13. (Tvedt 2014b)
- Tvedt, Morten Walløe – Young, Tomme, Beyond Access: Exploring Implementation of the Fair and Equitable Sharing Commitment in the CBD. IUCN 2007.
- Tvedt, Morten Walløe – Schei, Peter Johan, The term ‘genetic resources’: Flexible and dynamic while providing legal certainty?, s. 18–32 teoksessa Oberthür, Sebastian – Rosendal, G. Kristin (Eds.), Global Governance of Genetic Resources: Access and benefit sharing after the Nagoya Protocol. Routledge 2014.
- Tvedt, Morten Walløe – Eijssink, Vincent – Steen, Ida Helene – Strand, Roger – Rosendal, G. Kristin, The Missing Link in ABS: The Relationship between Resource and Product. Environmental Policy and Law 46 (3–4) 2016, s. 227–237.
- Vaara, Elina, Lajien avustetun leviämisen käsite ja sen soveltuminen voimassa olevaan luonnonsuojelulainsäädäntöön. Ympäristöjuridiikka 3–4/2014, s. 117–157.
- Vaara, Elina, Kohti dynaamisempaa luonnonsuojelulainsäädäntöä ilmaston muuttuessa – esimerkkinä lajien leviämisen avustaminen. Ympäristöpolitiikan ja -oikeuden vuosikirja XI 2018, s. 227–262.

- Varma, R. V., Access and Benefit Sharing in India: Challenges Ahead, s. 87–96 teoksessa Laladhas, K. P. – Nilayangode, Preetha – Oommen, V. (Eds.), *Biodiversity for Sustainable Development*. Springer 2016.
- Voet, Donald – Voet, Judith G. – Pratt, Charlotte W., *Fundamentals of Biochemistry: Life at the Molecular Level*. 5th Edition. Wiley 2016.
- Vogel, Joseph – Ruiz Muller, Manuel – Angerer, Klaus – Oduardo-Sierra, Omar, *Inside Views: Ending Unauthorised Access To Genetic Resources (aka Biopiracy): Bounded Openness*. *Intellectual Property Watch* 6.4.2018. <https://www.ip-watch.org/2018/04/06/ending-unauthorised-access-genetic-resources-aka-biopiracy-bounded-openness/>, haettu 27.1.2020.
- Wallbott, Linda – Wolff, Franziska – Pożarowska, Justyna, *The negotiations of the Nagoya Protocol: Issues, coalitions and process*, s. 33–59 teoksessa Oberthür, Sebastian – Rosendal, G. Kristin (Eds.), *Global Governance of Genetic Resources: Access and benefit sharing after the Nagoya Protocol*. Routledge 2014.
- Wallius, Johanna, *Oikeus geenivaroihin*. Talentum Media 2001.
- Wilhelmsson, Thomas, *Annetaan kaikkien oikeustieteellisten kukkien kukkia – yhdessä*. *Oikeus* 2020/4, s. 503–508.
- Wilson, Edward Osborne, *The Biological Diversity Crisis*. *BioScience* 35 (11) 1985, s. 700–706.
- Wolff, Franziska, *The Nagoya Protocol and the diffusion of economic instruments for ecosystem services in international environmental governance*, s. 132–157 teoksessa Oberthür, Sebastian – Rosendal, G. Kristin (Eds.), *Global Governance of Genetic Resources: Access and benefit sharing after the Nagoya Protocol*. Routledge 2014.
- Young, Tomme Rosanne, *An International Cooperation Perspective on the Implementation of the Nagoya Protocol*, s. 451–505 teoksessa Morgera, Elisa – Buck, Matthias – Tsioumani, Elsa. *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing in Perspective: Implications for International Law and Implementation Challenges*. M. Nijhoff Pub 2013.
- Österberg, Saara, *Ympäristölupaohjauksen vaikutukset Terrafamen kaivoksen vesienhallinnan kehittämistyössä. Ympäristöpolitiikan ja -oikeuden vuosikirja XI 2018*, s. 49–116.

Virallislähteet

- A/RES/65/161. Resolution Adopted by the General Assembly on 20 December 2010. 65/161. *Convention on Biological Diversity*. 11.11.2011.
- CBD/COP/DEC/14/20. Decision Adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity. 14/20. *Digital sequence information on genetic resources*. 30.11.2018.
- CBD/NP/MOP/DEC/3/1. Decision Adopted by the Parties to the Nagoya protocol on access and benefit-sharing. 3/1. *Assessment and review of the effectiveness of the Protocol (Article 31)*. 30.11.2018.
- CBD/SBI/2/INF/3. *Analysis of information contained in the interim national reports and information published in the access and benefit-sharing clearing house*. 15.5.2018.

- HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- HE 79/1996 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle luonnonsuojelulainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 126/2015 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle biologista monimuotoisuutta koskevaan yleissopimukseen liittyvän geenivarojen saatavuudesta sekä niiden käytöstä saatavien hyötyjen oikeudenmukaisesta ja tasapuolisesta jaosta tehdyn Nagoyan pöytäkirjan hyväksymisestä sekä laeiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja biologista monimuotoisuutta koskevaan yleissopimukseen liittyvän Nagoyan pöytäkirjan täytäntöönpanosta.
- UNEP/CBD/COP/2/19. Report of the Second Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity. 30.11.1995.
- UNEP/CBD/COP/6/20. Report of the Sixth Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological diversity. 27.5.2002.
- UNEP/CBD/COP/DEC/VIII/17. Decision Adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity at its Eighth Meeting. VIII/17. Private-sector engagement. 15.6.2006.
- UNEP/CBD/COP/DEC/X/1. Decision Adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity at its Tenth Meeting. X/1. Access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their utilization. 29.10.2010.
- UNEP/CBD/COP/DEC/X/2. Decision Adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity at its Tenth Meeting. X/2. The Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 and the Aichi Biodiversity Targets. 29.10.2010.
- Ympäristöministeriö, Biologinen monimuotoisuus talouskysymyksenä. Suomen ympäristö 48/2006.
- Ympäristöministeriö, Nagoyan pöytäkirjan kansallisen voimaansaattamisen edellyttämät vähimmäisvaatimukset Suomen kannalta. Ympäristöministeriön selvitys 2013.

Muut lähteet

- Duodecim terveyskirjasto, Kustannus Oy Duodecim. <https://www.terveyskirjasto.fi/terveyskirjasto/tk.koti>, haettu 19.1.2021.
- Klima- og miljødepartementet og Nærings- og fiskeridepartementet, Forslag til forskrift om uttak og utnytting av genetisk materiale (bioprospekteringsforskriften). 3.10.2017. <https://www.regjeringen.no/contentassets/61c7cb809a7b4df3891df59b45e45fbb/horingsnotat-med-forskrift-og-merknader.pdf>, haettu 8.1.2021.
- List of Parties. <https://www.cbd.int/information/parties.shtml>, haettu 26.7.2021.
- Lohtander-Buckbee, Katileena, Digitaalinen sekvenssi-informaatio ja geenivarat, mikä muuttuu vai muuttuuko? Suomen ympäristökeskus 12.12.2019. <http://www.btnk.fi/files/seminaarit/lohtanderbuckbee.pdf>, haettu 27.1.2021.
- Suomen luonnonsuojeluliitto ry, Asiantuntijalausunto esitykseen YmV 9.12.2015.
- The Access and Benefit-Sharing Clearing-House. <https://absch.cbd.int/>, haettu 16.2.2021.

LYHENTEET

ABS	access and benefit-sharing
biodiversiteettisopimus	Biologista monimuotoisuutta koskeva yleissopimus, SopS 78/1994
DNA	deoksiribonukleiinihappo
geenivaralaki	laki biologista monimuotoisuutta koskevaan yleissopimukseen liittyvän Nagoyan pöytäkirjan täytäntöönpanosta (394/2016)
HE	hallituksen esitys
IPBES	Hallitustenvälinen luontopaneeli
kasvigeenivasopimus	Elintarvikkeiden ja maatalouden kasvigeenivaroja koskeva kansainvälinen sopimus, SopS 90/2004
luontodirektiivi	Neuvoston direktiivi 92/43/ETY, annettu 21. päivänä toukokuuta 1992, luontotyyppien sekä luonnonvaraisen eläimistön ja kasviston suojelusta
Nagoyan pöytäkirja	Biologista monimuotoisuutta koskevaan yleissopimukseen liittyvä geenivarojen saatavuudesta sekä niiden käytöstä saatavien hyötyjen oikeudenmukaisesta ja tasapuolisesta jaosta tehty Nagoyan pöytäkirja, SopS 46/2016
SopS	sopimussarja
vp	valtiopäivät
YK	Yhdistyneet kansakunnat

ACCESS AND BENEFIT-SHARING OF GENETIC RESOURCES AS A LEGAL MEANS TO CONTRIBUTE TO THE CONSERVATION OF BIODIVERSITY

The common objective of the Convention on Biological Diversity (CBD) and its Nagoya Protocol is the fair and equitable sharing of the benefits arising from the utilization of genetic resources. According to the Nagoya Protocol, its objective is the fair and equitable sharing of the benefits arising from the utilization of genetic resources, including by appropriate access to genetic resources, thereby contributing to the conservation of biological diversity. Although the Nagoya Protocol is seen to contribute to the conservation of biological diversity, the contribution is contested in the biodiversity related literature. This article will examine whether the ABS mechanisms of the CBD and Nagoya Protocol can contribute to the conservation of biodiversity.

The objective of contributing to the conservation of biodiversity through the ABS mechanisms is indirect by its nature. Therefore, section 2 will examine what the ABS mechanisms and their direct objectives are and whether the mechanisms are able to reach these objectives. Based on these findings, section 3 will examine the ability of the ABS mechanisms to indirectly contribute to the conservation of biodiversity.

The main findings of the article conclude that the ABS mechanisms are able to reach their direct objectives, as well as the contributions to the conservation of biodiversity to some extent. The contributions have been expected to be primarily economical by adding incentives to conserve biodiversity and by supporting the conservation financially. However, according to the findings in this article, the most realistic link between the ABS mechanisms and the conservation of biodiversity is mainly related to the non-monetary benefits of the genetic resources and the ABS mechanisms. Therefore, the ability of the ABS mechanisms to contribute to the conservation of biodiversity seems possible but limited. Another notable finding is how significant role the research sector plays in the ABS regime by utilizing the genetic resources, as well as generating benefits which contribute to the conservation of biodiversity. Hence, it is essential for the ABS stakeholders to recognize the connection between the research sector, conservation of biodiversity and the interests of the providers of genetic resources.

Veera Väitalo

**KULTTUURISEN KANSANMURHAN
KÄSITE**

Sisällys

1	JOHDANNOKSI	373
2	KULTTUURISEN KANSANMURHAN ASEMA JOUKKOTUHONTASOPIMUKSESSA.....	377
2.1	Kulttuurisen kansanmurhan historiallinen pohjautuminen joukkotuhontasopimukseen ja sen varhaisimmat määritelmät	377
2.2	Kulttuurisen kansanmurhan tulkinnalliset mahdollisuudet osana joukkotuhontasopimusta.....	383
3	KULTTUURISEN KANSANMURHAN ASEMA IHMISOIKEUSJÄRJESTELMÄSSÄ	387
3.1	Kulttuuristen oikeuksien suojelun yhteys kulttuuriseen kansanmurhaan	387
3.2	YK:n julistus alkuperäiskansojen oikeuksista (UNDRIP).....	389
3.3	Johtopäätökset	392
4	KULTTUURISEN KANSANMURHAN ELEMENTIT	393
4.1	Kulttuurisen kansanmurhan kohde	393
4.1.1	Vähemmistöryhmät ja alkuperäiskansat.....	393
4.1.2	Kohderyhmän kulttuurinen identiteetti	395
4.2	Kulttuurisen kansanmurhan ilmenemismuodot	396
4.2.1	Kulttuuriomaisuuden tuhoaminen	396
4.2.2	Kohderyhmän pakkosulauttaminen	402
4.2.3	Lasten siirtäminen pakolla ryhmästä toiseen	409
5	LOPUKSI	413
	LÄHTEET.....	418
	OIKEUSTAPAUKSET.....	425
	ABSTRACT	428

Kulttuurisen kansanmurhan käsite

1 JOHDANNOKSI

Kulttuurisen kansanmurhan¹ käsite on kansainvälisessä oikeudessa vakiintunut. Se on silti historiallisesti paljon huomiota saanut sekä edelleen tänä päivänä ajankohtainen valitettavan usein esillä olevien massiivisten ihmisoikeusloukkausten vuoksi. Viimeisimpinä ajankohtaisina tapauksina voidaan mainita erityisesti uiguuriyhteisöön kohdistuneet hyökkäykset Kiinassa sekä jesidiyhteisöön kohdistuneet hyökkäykset Syyrian ja Pohjois-Irakin alueella. Tarve käsitteen oikeudellisen sisällön selkiyttämiseksi on ilmeinen. Kulttuurisen kansanmurhan käsite on kytköksissä yksinkertaisemmin ymmärrettävään kansanmurhaan, joka on määritelty Yhdistyneiden kansakuntien² yleissopimuksessa joukkotuhontana pidettävän rikoksen ehkäisemiseksi ja rankaisemiseksi³. Yleiskielessä ymmärretty kansanmurha, josta juridisesti käytetään nimitystä joukkotuhonta, on nimetty kirjallisuudessa ”rikoksien rikokseksi”⁴. Sitä käytetään usein kuvaamaan pahimpia mahdollisia rikoksia, kuten ihmisten massaluonteista tappamista.⁵ Tähän verrattuna kulttuurinen kansanmurha ei edellytä yhdenkään yksilön tappamista eikä sen uhrien tarvitse välttämättä kokea lainkaan fyysistä vahinkoa. Tämä johtuu siitä, että kulttuurinen kansanmurha kohdistuu ihmisryhmän traditioihin, arvoihin, kieleen ja muihin tekijöihin, jotka tekevät kyseisestä ryhmästä erottuvan. Kulttuurinen kansanmurha tuhoaa ihmisryhmän kulttuurisen aineksen, joka ilmentää sen identiteettiä, saadakseen aikaan tuon ryhmän katoamisen. Sen taustalla on ajatus, että

* Artikkelin perustuu Lapin yliopistossa hyväksytyyn maisteritutkielmaan Veera Väitalo, Kulttuurisen kansanmurhan käsite, Lapin yliopisto 2020.

¹ Engl. *cultural genocide* tai *ethnocide*.

² United Nations (UN), jäljempänä YK.

³ Sops 5/1960, jäljempänä joukkotuhontasopimus.

⁴ Esim. Schabas 2000 otsikoi tutkielmansa joukkotuhonnasta ”the crimes of crimes”; ks. myös Bechky 2012, s. 553; Berster 2015, s. 677.

⁵ Hon 2013, s. 359.

tuhoamalla ihmisryhmän kulttuurinen aines voidaan ryhmän olemassaolo tosiasiaa hävittää yksikkönä, vaikka kaikki sen jäsenet jäisivät eloon.

Kulttuurisen kansanmurhan ja joukkotuhontasopimuksessa määritellyn joukkotuhonnan väliset rajat ovat suhteessa toisiinsa häilyvät. Joukkotuhonnan on tulkittu koskevan vain ryhmän fyysisistä tai biologista hävittämistä. Yleensä kulttuuriseen kansanmurhaan kytkeytyy samanaikaisesti näitä joukkotuhontasopimuksessa tarkoitettuja keinoja, jolloin kulttuuriaineksen tuhoaminen asetetaan usein toissijaiseen rooliin. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, etteikö kulttuurinen kansanmurha voisi tapahtua fyysisistä ja/tai biologisista keinoista riippumatta.

Kulttuurisen kansanmurhan käsite yksilöitiin ensimmäisen kerran joukkotuhontasopimuksen laatimisen yhteydessä, jolloin se määriteltiin yhdeksi joukkotuhonnan muodoksi. Käsitettä ei kuitenkaan sisällytetty lopulliseen joukkotuhontasopimukseen, eikä sitä ole sisällytetty myöhemmässäkään kansainvälisen oikeuden kehityksessä mihinkään kansainväliseen sopimukseen tai julistukseen. Perusteluina on usein esitetty käsitteen määrittelyn vaikeutta ja joukkotuhontasopimuksen vakiintunutta tulkintalinjaa. Lopputuloksena on ollut, että käsitteeseen kohdistuneesta laajasta huomiosta huolimatta sillä ei ole kirjoitetussa laissa vahvistettua muotoa.

Englanninkielisessä kirjallisuudessa kulttuurisesta kansanmurhasta esiintyy useita rinnakkaisia tai vaihtoehtoisia käsitteitä, kuten huonosti suomentuvat käsitteet ”*indigenocide*”⁶, joka korostaa alkuperäiskansojen sortamiskokemuksia, ja ”*eliticide*”⁷, joka korostaa kohderyhmän arvostettujen yksilöiden, kuten aatteellisten johtajien, karkottamista tai tappamista.⁸ Kulttuurisen kansanmurhan yhteydessä usein esiintyvä käsite on myös ”*ethnocide*”, jota toisinaan käytetään erillisenä terminä⁹, mutta toisinaan myös synonyyminä kulttuuriselle kansanmurhalle.¹⁰ Lisäksi usein puhutaan myös niin sanotusta etnisestä puhdistuksesta, jolla tarkoitetaan alueen muuttamista etnisesti yhtenäiseksi kohderyhmään kuuluvien yksilöiden pakkosiirtämisellä pois alueelta.¹¹ Näiden kaikkien termien voidaan katsoa generisesti kuuluvan kulttuurisen kansanmurhan alaan.

⁶ Esim. Bachman – Carasik 2019, s. 98.

⁷ Novic 2016, s. 6.

⁸ Lisää vaihtoehtoisista käsitteistä esim. Schabas 2009, s. 235–236.

⁹ Esim. Novic 2016, s. 29–30.

¹⁰ Esim. Unesco vuonna 1981 laatimassa San José julistuksessa (Unesco and the Struggle Against Ethnocide: Declaration of San José) johdanto-osa perustelukappale 2.

¹¹ Esim. Kimpimäki 2015, s. 104; Yavuz – Erdagöz 2019, s. 273; Werle 2005, s. 204. Käsite etninen puhdistus syntyi alun perin journalistisesta ilmauksesta, mutta sittemmin se on otettu sekä poliittiseen että oikeudelliseen kirjallisuuteen. Novic 2016, s. 46.

Kulttuurinen kansanmurha voidaan ymmärtää suppeassa ja laajassa merkityksessä. Suppeassa merkityksessä sillä viitataan puolalaisen lakimiehen Raphaël Lemkinin muotoilemaan määritelmään, jonka mukaan kulttuurinen kansanmurha on yksi joukkotuhonnan muoto biologisen ja fyysisen hävittämisen rinnalla. Laajassa merkityksessä sen ymmärretään tarkoittavan itsenäistä kokonaisuutta suhteessa fyysiseen ja biologiseen kansanmurhaan.¹² Kulttuurisen kansanmurhan käsitteen määrittelyn vaikeus nousee siitä, että ilmiönä se rakentuu osaltaan joukkotuhontarikoksen ja osaltaan kulttuuristen ihmisoikeuksien – joilla muutoin on niukasti yhtymäkohtia – varaan. Lisäksi käsitteen hahmottamista vaikeuttaa se jo edellä esitetty seikka, että kulttuurisen kansanmurhan toteuttamisessa ei välttämättä loukata lainkaan yksilöiden fyysistä koskemattomuutta. Tästä huolimatta kulttuurisen kansanmurhan lopputulos on sama kuin joukkotuhontasopimuksessa määritellyn joukkotuhonnan – sosiaalisen ihmisryhmän olemassaolon häviäminen. Ihmisryhmän kulttuuriaineksen hävittämisen vaikutukset estävät kulttuurin siirtymisen seuraaville sukupolville, jolloin syntyvä haitta on moninkertainen. Se ulottuu yksilöihin ja yhteisöön sekä koko ihmiskuntaan.

Tämän artikkelin tavoitteena on pyrkiä määrittelemään, mitä kulttuurinen kansanmurha kansainvälisessä oikeudessa tarkoittaa, ja havainnollistaa, millaisia tekomuotoja siihen liittyy. Artikkelin määrittelee kulttuurisen kansanmurhan käsitteen ihmisryhmän yksilöiden kulttuuri-identiteetin tuhoamisena, joka johtaa ryhmän yhtenäisyyden heikkenemiseen ja lopulta sen hajoamiseen sosiaalisena yksikkönä. Tässä tavoitteessaan artikkeli jäljittää kulttuurisen kansanmurhan käsitteen kehityksen sen varhaisesta muodosta kohti myöhempää kansainvälisen oikeuden kehitystä sekä havainnollistaa sen tekomuotoja tarkastelemalla oikeustapauksia, joissa on käsitelty kulttuuriaineksen tuhoamista joko kulttuurisen kansanmurhan käsitteen kautta taikka muutoin oikeudellisesti huomioitu ajatus kulttuuriaineksen tuhoamisesta sen vakavine seurauksineen. Tämä tarkoittaa, että tässä artikkelissa pyritään siten luomaan synteisiä erilaisten sopimusluonnoksissa ja oikeuskäytännössä esitettyjen näkemysten välille. Käsillä olevan työn puitteissa kulttuurisen kansanmurhan käsite ja tunnusmerkistö eivät ole määriteltävissä yksiselitteisellä tavalla, mutta tutkimustyön tavoitteena on tähdätä edes täsmällisempään käsitteen määritelmään ja rikoksen elementtien systematisointiin.

¹² Novic 2016, s. 5.

Kulttuurisen kansanmurhan käsite esiintyy kansallisesti lähinnä journalistisissa teksteissä.¹³ Kansainvälisesti kulttuurista kansanmurhaa puolestaan on käsitelty artikkelijulkaisujen muodossa ja muutama aiheelle omistautunut kirjakin on julkaistu. Kansainvälinen kirjallisuus on kohdistunut käsittelemään erityisesti kulttuurisen kansanmurhan asemaa osana kansainvälistä oikeutta¹⁴, sen edellä mainittua historiallista pohjautumista Lemkinin joukkotuhonnan määritelmään¹⁵ sekä sen tulkinnallisia mahdollisuuksia osana joukkotuhontasopimusta¹⁶ ja muita kansainvälisiä rikoksia, kuten osana vainoa rikoksena ihmisyyttä vastaan¹⁷. Tämä tutkimustyö sivuaa edellä mainittuja aihealueita kokonaiskuvan hahmottamiseksi. Tältä pohjalta käsittely etenee aihealueen pohjustavista ja yleisistä seikoista kohti yksityiskohtaisempaa tarkastelua. Erityisesti luvuissa 2–3 käsitellään kulttuurisen kansanmurhan käsitteen historiallista pohjautumista joukkotuhontarikokseen, sen tulkinnallisia mahdollisuuksia osana joukkotuhontasopimusta ja käsitteen myöhempiä ilmentymismuotoja kansainvälisen oikeuden kehityksessä, erityisesti ihmisoikeuksien alaan kuuluvien normien piirissä. Tällä käsittelyllä pyritään sijoittamaan kulttuurinen kansanmurha osaksi oikeusjärjestelmää, jotta käsitteen määrittelyn hahmottamisella ylipäätään on oikeudellista merkitystä. Tämän pohjustavan käsittelyn tarkoitus on osoittaa, että kulttuurisen kansanmurhan kieltäminen on jo käytännössä olemassa pirstaloituneessa muodossa osana kansainvälistä oikeutta, vaikkei sitä ole määritelty kansainväliseksi rikokseksi.

Pohjustavaan argumentointiin tukeutuen tutkimusartikkelin lähtökohtana on käsitellä kulttuurista kansanmurhaa kansainvälisenä rikoksena ja tältä pohjalta systematisoida sen tunnusmerkistöön kuuluvia elementtejä yksityiskohtaisemmin luvussa 4. Luku määrittelee kulttuurisen kansanmurhan kohderyhmän kulttuuri-identiteetin ja ihmisryhmän yhtenäisyyden näkökulmasta. Kohderyhmäksi määritetään ihmisryhmät, joiden kulttuuriset ominaispiirteet tekevät ryhmästä erottumiskykyisen suhteessa toisiin ryhmiin. Tällaisina ryhminä käsiteltäväksi tulevat erityisesti vähemmistöryhmät ja alkuperäiskansat. Lisäksi luvussa hahmotetaan kulttuurisen kansanmurhan tekemuotoja oikeuskäytännön kautta. Vaikka kulttuurisen kansanmurhan käsitettä ei ole artikuloitu kansainvälisessä oikeudessa, kulttuuriaineksen tuhoaminen on kuitenkin huomioitu eri rikosnimikkeiden alla kansallisten ja kansainvälisten tuomioistuinten oikeuskäytännössä.

¹³ Esim. Pajari 2018; Töyrylä 2019.

¹⁴ Esim. Berster 2015.

¹⁵ Esim. Bechky 2012; Bilsky – Klagsbrun 2018.

¹⁶ Esim. Clavero 2008; Negri 2013.

¹⁷ Esim. Thake 2018.

Käsillä olevan tutkimusartikkelin tieteellinen kontribuutio jo olemassa olevaan kulttuurista kansanmurhaa käsittelevään kirjallisuuteen on siten yhtäältä kulttuurisen kansanmurhan käsitteen täsmällisemmässä määrittämisessä ryhmän kulttuurisen yhteenkuuluvuuden näkökulmasta ja toisaalta kansainvälisenä rikoksena käsiteltävän kulttuurisen kansanmurhan tunnusmerkistön yksityiskohtaisemmassa hahmottamisessa.

2 KULTTUURISEN KANSANMURHAN ASEMA JOUKKOTUHONTASOPIMUKSESSA

2.1 Kulttuurisen kansanmurhan historiallinen pohjautuminen joukkotuhontasopimukseen ja sen varhaisimmat määritelmät

Kulttuurinen kansanmurha yksilöitiin ensimmäisen kerran joukkotuhontasopimuksen laatimisen yhteydessä. Joukkotuhontasopimuksen luonnosprosessin käynnistyessä vuonna 1946 YK:n yleiskokous määritteli päätöslauselmassaan 96 (I) joukkotuhonnan ihmisryhmien olemassaolon riistämiseksi, joka järkyttää ihmiskuntaa ja johtaa suuriin menetyksiin näiden ihmisryhmien edustamien kulttuuristen ja muiden kontribuutioiden muodossa.¹⁸ On huomattava, että jo tässä yhteydessä, kun YK:n yleiskokous vahvisti joukkotuhonnan kansainvälisen oikeuden mukaan tuomittavaksi rikokseksi, se nosti kulttuurisen ulottuvuuden osaksi joukkotuhonnan vakavia seurauksia.

Joukkotuhontasopimuksen ensimmäinen luonnos määritteli, että sopimuksen tarkoituksena on estää rodullisten, kansallisten, kielellisten, uskonnollisten tai poliittisten ihmisryhmien hävittäminen. Tällainen hävittämisteko pyrkii joko kokonaan tai osittain hävittämään ryhmän tai estämään sen säilymisen tai kehittymisen.¹⁹ Luonnos jakoi tekemuodot kolmeen kategoriaan: fyysiseen, biologiseen ja kulttuuriseen joukkotuhontaan.

Joukkotuhonta termin kehittäjä Raphaël Lemkin²⁰ osallistui sopimusluonnoksen laadintaan ja perusteli joukkotuhonnan kulttuurista ulottu-

¹⁸ A/RES/96(I) johdanto-osan perustelukappale 1.

¹⁹ UN Doc E/447, s. 5, 24. Ensimmäiseen luonnokseen viitataan yleensä sihteeristön luonnoksena (*Secretariat draft*, UN doc. E/447). Schabas 2000, s. 52.

²⁰ Lemkin yhdisti kreikkalaisen sanan ”*genos*”, joka tarkoittaa rotua tai heimoa, sekä latinalaisen sanan ”*cide*”, joka tarkoittaa tappamista. Näiden yhdistelmänä syntyi englanninkielinen termi ”*genocide*”, joka on kansallisessa oikeuskirjallisuudessa suomennettu joukkotuhonnaksi. Lemkin 1945, s. 39; Hon 2013, s. 361. Kehittäessään termiä Lemkin piti silmällä ensisijaisesti Armenian väestön tuhoa, jonka se kärsi Ottomanien hallituksen

vuotta muun muassa siten, että rodullinen, kansallinen tai uskonnollinen ryhmä ei pysty jatkamaan olemassaoloaan, ellei se säilytä henkistä ja moraalista yhtenäisyyttään. Tällaisen ryhmän oikeus olemassaoloon ei perustu vain moraaliseen näkökulmaan, vaan myös sen edustamaan arvoon, jonka ryhmä tuo ihmiskunnalle yleisesti. Jos kulttuurinen monimuotoisuus tuhoetaan, olisi sillä yhtä tuhoisia vaikutuksia sivistyneelle maailmalle kuin fyysisellä kansan hävittämisellä. Lemkin lisäsi, että kulttuurinen kansanmurha on toimintaa, joka äärimmäisillä keinoilla pyrkii nopeaan ja täydelliseen ihmisryhmän kulttuurisen, moraalisen ja uskonnollisen elämän hävittämiseen.²¹

Joukkotuhontasopimuksen ensimmäinen luonnos kriminalisoi siten ryhmän yksilöiden tuhoamisen ja syntyvyyden estämisen, mutta myös julmil-la keinoilla tapahtuvan ryhmän tiettyjen ominaispiirteiden tukahduttamisen. Kulttuurinen kansanmurha määriteltiin ryhmän ominaispiirteiden hävittämisenä, jonka tekotapa on:

- a) lasten siirtäminen pakolla ryhmästä toiseen;
- b) ryhmän kulttuuria edustavien yksilöiden pakollinen ja systemaattinen karkottaminen;
- c) kansallisen kielen käytön kieltäminen jopa yksityisissä kanssakäymisissä;
- d) kansallisella kielellä painettujen kirjojen tai uskonnollisten teosten systemaattinen tuhoaminen tai uusien julkaisujen kieltäminen; tai
- e) historiallisten tai uskonnollisten muistomerkkien systemaattinen tuhoaminen tai niiden muuntaminen vieraaseen käyttötarkoitukseen taikka historiallista, taiteellista, tai uskonnollista arvoa sisältävien asiakirjojen ja esineiden sekä esineiden, joita käytetään uskonnollisessa palvonnassa, tuhoaminen tai hajottaminen.²²

aikana ensimmäisessä maailmansodassa, mutta lopulta termi tuli kuitenkin kansainväliseen tietoisuuteen, kun hän sovelsi sitä natsi-Saksan toteuttamaan holokaustiin toisen maailmansodan aikana 1940-luvulla. Galip 2019, s. 92; Finnegan 2020, s. 2; Hon 2013, s. 361. Ensimmäisen luonnoksen laadintaan osallistui Lemkinin lisäksi Henri Donnedieu de Vabres, Pariisin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan professori ja Nürnbergin oikeudenkäyntien entinen tuomari sekä romanialainen Vespasian V. Pella, oikeustieteen professori ja Kansainvälisen rikosoikeusyhdistyksen (International Association of Penal Law, AIDP) presidentti. UN Doc E/447; Schabas 2000, s. 52.

²¹ UN Doc E/447, s. 27.

²² UN Doc E/447, s. 2–3, 26.

Ensimmäisen sopimusluonnoksen jälkeen nimitettiin väliaikainen (*ad hoc*) komitea yleissopimuksen laatimiseksi.²³ Komitean laatimaan luonnokseen²⁴ sisältyi edelleen kulttuurista kansanmurhaa koskeva 3 artikla, mutta nyt huomattavasti suppeammassa muodossa.

Tässä yleissopimuksessa tarkoitetaan joukkotuhonnalla jokaista seuraavaa tarkoituksellista tekoa, joka tähtää jonkin kansallisen, rodullisen tai uskonnollisen ryhmän kielen, uskonnon tai kulttuurin hävittämiseen ryhmän kansallisuuden taikka rodullisen alkuperän taikka uskonnollisen vakaumuksen vuoksi:

1. ryhmän kielen käytön kieltäminen päivittäisessä kanssakäymisessä tai kouluissa taikka ryhmän kielellä olevien julkaisujen painamisen ja levityksen kieltäminen;
2. kirjastojen, museoiden, koulujen, historiallisten muistomerkkien, palvontapaikkojen tai muiden ryhmän kulttuuri-instituuttien ja esineiden tuhoaminen tai käytön estäminen.²⁵

Kummankin sopimusluonnoksen yhteydessä esitettiin eriäviä mielipiteitä joukkotuhonnan kulttuurisen ulottuvuuden suhteen. Vahvojen näkemuserojen seurauksena YK:n yleiskokous kokoontui 25. lokakuuta vuonna 1948 yksinomaan päättämään siitä, sisällytetäänkö kulttuurisen kansanmurhan käsite osaksi joukkotuhontasopimusta.²⁶ Tässä kokouksessa kulttuurista kansanmurhaa koskeva 3 artikla äänestettiin yleissopimuksen ulkopuolelle.²⁷

²³ Väliaikainen komitea koostui seitsemästä edustajasta: Kiinasta, Ranskasta, Libanonista, Puolasta, Neuvostoliitosta, Yhdysvalloista ja Venezuelasta. CR 2006/16, s. 17; E/AC.25/W.1/Add.3, s. 1–2; Schabas 2000, s. 61. Komitea kokoontui kaikkiaan 28 kertaa vuoden 1948 huhti- ja toukokuun aikana uuden sopimusluonnoksen laatimiseksi. Schabas 2000, s. 61.

²⁴ UN Doc. E/794.

²⁵ UN Doc. E/794, s. 17: “In this Convention genocide also means any deliberate act committed with the intent to destroy the language, religion, or culture of a national, racial or religious group on grounds of the national or racial origin or the religious beliefs of its members such as: 1. Prohibiting the use of language of the group in daily intercourse or in schools, or the printing and circulation of publications in the language of the group; 2. Destroying or preventing the use of libraries, museums, schools, historical monuments, places of worship or other cultural institutions and objects of the group.”

²⁶ UN Doc A/C.6/SR.83.

²⁷ Käsitteen ulkopuolelle jättämistä puolsi 25 delegaatiota (Etelä-Afrikan unioni, Yhdistynyt kuningaskunta, Yhdysvallat, Australia, Belgia, Bolivia, Brasilia, Kanada, Chile, Tanska, Dominikaaninen tasavalta, Ranska, Kreikka, Intia, Iran, Liberia, Luxemburg, Alankomaat, Uusi-Seelanti, Norja, Panama, Peru, Siam, Ruotsi, Turkki), sen sisällyttämisen puolesta äänesti 16 delegaatiota (Neuvostoliitoliitto, Jugoslavia, Valko-Venäjän sosialistinen neuvostotasavalta, Kiina, Tšekkoslovakia, Ecuador, Egypti, Etiopia, Libanon, Meksiko, Pakistan, Filippiinit, Puola, Saudi-Arabia, Syyria, Ukrainan sosialistinen neuvostotasavalta), ja 4

Merkittävin argumentaatio kulttuurisen kansanmurhan puolesta oli, että kulttuurisen kansanmurhan poistaminen olisi vastoin YK:n yleiskokouksen päätöslauselmaa 96 (I) joukkotuhonnan tuomitsemisesta, jonka johdanto-osassa nimenomaisesti mainitaan kulttuurinen kansanmurha. Lisäksi esitettiin, että kulttuurista kansanmurhaa ei voida erottaa fyysisestä ja biologisesta kansanmurhasta, koska rikoksilla on sama motiivi ja kohde.²⁸ Argumentaatiot korostivat, että on olemassa kaksi keinoa hävittää ihmisryhmän olemassaolo: ryhmän jäsenten hävittäminen ja ryhmän ominaispiirteiden tukahduttaminen. Yksilöistä koostuvalla ryhmällä on oma kulttuurinsa, ja tuon kulttuurin tuhoaminen tapahtuu yleensä vähemmällä väkivallalla, mutta lopputulos on sama – ryhmän olemassaolon häviäminen.²⁹ Kulttuurisen kansanmurhan käsitettä tukevien osapuolten mukaan yleis-sopimus tulisi täydellisesti epäonnistumaan tavoitteessaan, jos kulttuurin kansanmurha jätettäisiin yleissopimuksen ulkopuolelle.³⁰

Kulttuurista kansanmurhaa vastustavien argumenttien mukaan fyysisen ja biologisen sekä kulttuurisen kansanmurhan välillä on liian suuri luontainen eroavaisuus. Kulttuurisen kansanmurhan sisällyttäminen osaksi yleis-sopimusta osoittaisi loogisuuden ja mittasuhteiden puutetta, jos massamurhat ja kirjastojen sulkemiset kiellettäisiin samassa sopimuksessa.³¹ Käsitteiden asettamista samalle tasolle pidettiin siten ”keinotekoisena”. Lisäksi huomautettiin, että YK:n päätöslauselmassa viitattiin vain vähäisessä määrin ihmisryhmien osuuksista kulttuuriin ja sen arvoon ihmiskunnalle.³² Vastustavien argumenttien mukaan kulttuurinen kansanmurha kuului pikemminkin ihmisoikeuksien tai vähemmistöjen suojaksi tarkoitettujen normien piiriin. Tämän perustelun mukaan kulttuurin suojelu kohdentuu ensisijaisesti siihen, että suojataan ryhmän jäsenten ajatuksen- ja ilmaisunvapauksia, jotka on oikeuksina turvattava ihmisoikeusjärjestelmässä.³³ Vaihtoehtoisesti kulttuurista kansanmurhaa tulisi tarkastella erillisen

delegaatiota (Venezuela, Afganistan, Argentiina ja Kuuba) pidättäytyi äänestämästä. Egypti ehdotti kokouksen lykkäämistä aiheen tärkeyden ja sen vuoksi, etteivät useat (13) delegaatiot olleet edustettuina kokouksessa. Tämä päätös kuitenkin hylättiin 24 vastustavalla äänellä. UN Doc A/C.6/SR.83, s. 200, 206.

²⁸ UN Doc A/C.6/SR.83, s. 193 (Pakistanin lausunto). Pakistan lausui, että kulttuurinen kansanmurha tarkoittaa todella loppua, kun taas fyysinen kansanmurha on vain keino. Se korosti, että miljoonille ihmisille useimmissa ”itäisissä maissa” (*Eastern countries*) pyhien kirjojen ja pyhäkköjen suojelu on itse elämää tärkeämpää; näiden pyhien kirjojen tai pyhäkköjen tuhoaminen merkitsisi henkisen elämän tuhoa.

²⁹ UN Doc A/C.6/SR.83, s. 203.

³⁰ UN Doc. E/794, s. 17.

³¹ Doc A/C.6/SR.83, s. 199 (Tanskan lausunto).

³² Doc A/C.6/SR.83, s. 200 (Iranin lausunto).

³³ UN Doc E/447, s. 27; Doc A/C.6/SR.83, s. 197, 200, 203.

kansainvälisen yleissopimuksen puitteissa, jotta sen oikeudelliset vivahteet tulisivat korrektisti käsitellyiksi. Viimeiseksi esitettiin, että kulttuurisen kansanmurhan käsite, sellaisena kuin se oli muotoiltu 3 artiklassa, oli liian epätäsmällinen. Tämän perustelun mukaan 3 artikla oli ”epäyhtenäinen sekoitus heterogeenisiä elementtejä ja abstrakteja käsityksiä, joilta puuttui tarkkuus – käytetyt termit olivat epämääräisiä ja liian yleisiä”.³⁴

On sinänsä kiistatonta, että kirjastojen sulkeminen tai kielen käytön kieltäminen ei uhkaa ihmishenkiä samassa suhteessa kuin fyysinen väkivalta. Ne uhkaavat kuitenkin yhteiskunnan, kulttuurin ja yhteisöjen perustaa, koska ne alentavat elämänlaatua ja heikentävät identiteettiä. Esitetty argumentaatio ei myöskään ota huomioon sitä tosiasiaa, että valtaväestö ei ole aina se taho, joka alistaa tai sortaa kohderyhmää. Myös tasaväkiset ryhmät voivat haluta poistaa toisensa olemassaolon taistelussa vallasta ja hallitsijuudesta. Kulttuurisen kansanmurhan käsitteleminen esitetyn tavoin ainoastaan ihmisoikeuksien kautta, ei myöskään anna sen luonteen ansaitsemaa riittävää painoarvoa, koska tällöin kulttuurinen kansanmurha jää kriminalisoimatta. Lisäksi oletus, että kulttuurinen kansanmurha olisi helpommin muotoiltavissa itsenäiseksi kansainvälisen oikeuden osa-alueeksi, on epäilemättä altruistinen.³⁵ Tällainen yleissopimus *kulttuurisena* joukkotuhontana pidettävän rikoksen ehkäisemiseksi ja rankaisemiseksi ei ole koskaan toteutunut.

On sinänsä totta, että kulttuurisen kansanmurhan käsite, sellaisena kuin se luonnosprosessissa oli esillä, kattaa hyvin laaja-alaisen kirjon tekemuotoja. Tästä syystä on aiheellista kysyä, hylättiinkö kulttuurinen kansanmurha todella joukkotuhontasopimuksen luonnosprosessissa vai hylättiinkö siinä vain lopulta 3 artikla sellaisena kuin se oli sopimusluonnoksessa muotoiltu. Tämä ajatus saa tukea seuraavista näkökulmista.

Ensinnäkin kulttuurista kansanmurhaa edustava tekemuoto, eli lasten pakollinen siirtäminen ryhmästä toiseen, otettiin lopullisen sopimustekstin määritelmään.³⁶ Asiaa koskeva määräys sisällytettiin sellaisenaan yleissopimuksen e kohdaksi. Kohta havainnollistaa, että ero kulttuurisen sekä fyysisen ja biologisen kansanmurhan välillä on häilyvä. Lasten pakollisella siirtämisellä ryhmästä toiseen heidän sulauttamisekseen valtaväestöön on

³⁴ UN Doc A/C.6/SR.83, s. 196–197 (Venezuelan lausunto).

³⁵ Hon 2013, s. 368–369.

³⁶ Määräys sisällytettiin lopulliseen yleissopimukseen Kreikan ehdotuksesta. Sen lisäämistä kannatti äänestyksessä 20 ääntä 13:a vastaan. Lisäksi 13 delegaatiota äänesti tyhjää. Kreikka korosti, että lisäys oli muotoiltu samoin ehdoin kuin vastaava määräys ensimmäisessä yleissopimusluonnoksessa, jonka sihteeristö oli laatinut. Se tarkoitti siten lasten siirtämistä yhdestä esimerkiksi uskonnollisesta tai kansallisesta ihmisryhmästä toiseen, ei esimerkiksi siirtämistä maasta toiseen. A/C.6/SR.82, s. 186, 187, 190.

selvä kulttuurinen ulottuvuus. Toisaalta siirtäminen ryhmästä toiseen voidaan toteuttaa myös tarkoituksena tuhota tai aiheuttaa vakavaa fyysistä haittaa ryhmän jäsenille. Siten tekemuotojen väliset rajat ovat suhteessa toisiinsa vaikeasti hahmotettavat eikä niitä voida täysin erottaa toisistaan. Voidaan kysyä, mitä eroa on toimenpiteillä, joilla estetään syntymä puoli tuntia ennen synnytystä, ja lapsen kaappauksella puoli tuntia syntymän jälkeen. Tämän tekemuodon ottaminen osaksi lopullista yleissopimusta osoittaa, ettei luonnosprosessissa kenties vain oltu tyytyväisiä 3 artiklaan sellaisena kuin se oli muotoiltu. Valtiot olisivat voineet olla valmiita äänestämään toisenlaisen sanamuodon puolesta. Joka tapauksessa lasten pakollista siirtämistä koskevan tekemuodon luokittelu joko kulttuuriseksi, biologiseksi tai fyysiseksi on haastavaa, koska steriloinnilla ja abortilla ei ole eroa sieppauksiin.³⁷ Nykyisen joukkotuhontasopimuksen e kohdan voidaan nähdä edustavan jäännöstä kulttuurisesta kansanmurhasta osana kansainvälistä oikeutta.

Lisäksi voidaan kyseenalaistaa äänestyksen taustalla ollut poliittinen motivaatio. Powell on esittänyt, että kulttuurisen kansanmurhan jättäminen pois yleissopimuksesta johtui käsitettä vastaan äänestäneiden halusta olla kriminalisoimatta omaa käyttäytymistään. Powell on esittänyt lausuman ensisijaisesti suhteessa Yhdysvaltoihin johtuen sen historiasta alkuperäiskansojensa ja afroamerikkalaisten suhteen.³⁸ Samoin Novic on todennut, että Yhdysvallat, Kanada ja Ranska vastustivat kulttuurisen kansanmurhan sisällyttämistä yleissopimukseen entisten kolonialististen rakenteidensa vuoksi.³⁹ Lisäksi osat valtioista ilmaisivat luonnosprosessissa huolensa siitä, että kulttuurisen ulottuvuuden sisällyttäminen osaksi joukkotuhontaa saattaisi estää toiminnan, jolla valtiot pyrkivät kohtuulliseen väestön sulauttamiseen, josta minkään kansallista yhtenäisyyttä tavoittelevan valtion ei voida odottaa luopuvan.⁴⁰ Tällainen kannanotto vahvistaa näkemystä, että joukkotuhontasopimuksen luonnosprosessissa artiklan sanamuotoa muokkasi valtioiden halu olla kriminalisoimatta nimenomaan omaa käyttäytymistään.

On selvää, että joukkotuhontasopimuksen luonnosprosessissa kulttuurisella ulottuvuudella on ollut keskeinen osa joukkotuhonnan käsitettä. Se on valtioiden lausumien keskiössä aina siihen asti, kunnes se äänestetään sopimuksen ulkopuolelle johtuen valtioiden epäluulosta sen soveltamisalaa

³⁷ Ks. A/C.6/SR.82, s. 187–190.

³⁸ Powell 2007, s. 532.

³⁹ Novic 2016, s. 29.

⁴⁰ UN Doc A/C.6/SR.63, s. 7 (Egyptin lausunto), s. 5–6 (Brasilian lausunto). Valtiot kutsuivat tätä englanniksi ilmauksella ”*reasonable policy of assimilation*”.

kohtaan. Vaikka kulttuurinen kansanmurha äänestettiin yleissopimuksen ulkopuolelle, voidaan luonnoksissa esillä olleita kahta ehdotusta pitää kuitenkin todisteena siitä, että kulttuurisen kansanmurhan käsite tekemuotoineen on määriteltävissä riittävän konkreettisesti.⁴¹

2.2 Kulttuurisen kansanmurhan tulkinnalliset mahdollisuudet osana joukkotuhontasopimusta

Joukkotuhontasopimuksen 2 artiklassa määritellään voimassaolevan kansainvälisen oikeuden mukainen joukkotuhonta.⁴² Joukkotuhontasopimuksen kriminalisoinnin on tulkittu nykyisellään koskevan vain kohderyhmän fyysistä tai biologista hävittämistä, joko kokonaan tai osittain. Tämä tulkintalinja perustuu lähinnä siihen seikkaan, että luonnosprosessissa vain näihin kategorioihin kuuluneet tekemuodot tulivat osaksi lopullista sopimustekstiä.⁴³ Tässä luvussa pyritään kuitenkin haastamaan tätä tulkintalinjaa, koska voidaan väittää, ettei se ole valtiosopimusoikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen⁴⁴ tulkinta-artikloiden mukainen. Lisäksi voidaan väittää, että mikäli joukkotuhontasopimusta tulkittaisiin tätä tulkintalinjaa laajemmalla tulkinnalla ja valtiosopimusoikeutta koskevien tulkinta-artikloiden mukaisesti, kulttuurinen kansanmurha voisi sisältyä joukkotuhontasopimuksen soveltamisalaan. Tämän nykyisen tulkintalinjan historian ymmärtäminen ja sen kyseenalaistaminen auttaa ymmärtämään niitä kannanottoja, joiden mukaan kulttuurinen kansanmurha voisi sisältyä sellaisenaan joukkotuhontasopimuksen soveltamisalaan.

⁴¹ Hon 2013, s. 368.

⁴² Joukkotuhonnalla tarkoitetaan 2 artiklan mukaan ”jokaista seuraavaa tekoa, joka tähtää jonkin kansallisen, etnillisen, rodullisen tai uskonnollisen ryhmän hävittämiseen tässä sen ominaisuudessa joko kokonaan tai osittain: a) ryhmän jäsenten tappamista; b) vaikean ruumiillisen tai henkisen vammän aiheuttamista ryhmän jäsenille; c) ryhmän elinehtojen tahallista huonontamista tarkoituksella aikaansaada sen fyysillinen hävittäminen joko kokonaan tai osittain; d) toimenpiteiden toteuttamista, joiden tarkoituksena on syntyväisyyden ehkäiseminen ryhmän piirissä; e) lasten pakollista siirtämistä ryhmästä toiseen.” Lisäksi 3 artiklan mukaan joukkotuhonnan ohella rangaistavaa on myös salahanke joukkotuhonnan suorittamiseksi, välitön ja julkinen yllytys joukkotuhontaan, joukkotuhonnan yritys ja osallisuus joukkotuhontaan.

⁴³ Lasten pakollista siirtämistä ryhmästä toiseen tekemuotoa lukuun ottamatta, josta enemmän luvussa 4.2.3.

⁴⁴ Sops 32–33/1980.

Joukkotuhontasopimuksen vallitsevan tulkintalinjan vahvasti ensimmäinen kerran Kansainvälisen oikeuden toimikunta⁴⁵ vuonna 1996, kun se määritteli joukkotuhontasopimuksen sanaa ”hävittää”:

Kuten yleissopimuksen joukkotuhontana pidettävän rikoksen ehkäisemiseksi ja rankaisemiseksi valmistelutyöt selvästi osoittavat, kyseessä oleva hävittäminen on ryhmän aineellinen hävittäminen joko fyysisellä tai biologisella tavalla, ei tietyn ryhmän kansallisen, kielellisen, uskonnollisen, kulttuurisen tai muun identiteetin hävittäminen. Kansallista tai uskonnollista elementtiä ja rodullista tai etnistä elementtiä ei oteta huomioon sanan ”hävittämiseen” määritelmässä, joka on otettava huomioon vain sen aineellisessa merkityksessä, eli fyysisessä tai biologisessa merkityksessä.⁴⁶

Mielenkiintoista määritelmässä on, että toimikunta muodosti kantansa viittaamalla suoraan valmistelutöihin. Toimikunta huomautti, että luonnosprosessissa oli ollut esillä kulttuurisen kansanmurhan käsite, mutta antoi merkittävimmän painoarvon sille, että lopullisesta sopimustekstistä se oli jätetty pois sekä sille, että lopulliseen sopimustekstiin kuului vain tekemuodot, jotka kuuluivat ”fyysisen” ja ”biologiseen” kategoriaan. Toimikunnan mukaan kohtien a–c tekemuodot muodostavat fyysisen kansanmurhan ja kohtien d–e tekemuodot biologisen kansanmurhan.⁴⁷

Myöhemmin Kansainvälisen oikeuden toimikunnan omaksuma näkemys vahvistettiin Jugoslavia-tuomioistuimen⁴⁸ *Krstić*-tuomiossa⁴⁹. Oikeudenkäyntijaosto totesi ensin, että fyysisen tuhoamisen ohella joukkotuhonta voidaan suorittaa myös määrätietoisella ryhmän kulttuuriaineuksen ja identiteetin hävittämällä, joka lopulta johtaa ryhmän katoamiseen muusta yhteisöstä erottuvana kokonaisuutena. Tämän jälkeen oikeudenkäyntijaosto kuitenkin totesi, että vaikka yleissopimuksessa ei asiasta nimenomaisesti mainita, valmistelutyöt osoittavat, että ryhmän ”kulttuurinen”

⁴⁵ International Law Commission (ILC).

⁴⁶ A/CN.4/SER.A/1996/Add.1(Part2), s. 45–46: “As clearly shown by the preparatory work for the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the destruction in question is the material destruction of a group either by physical or by biological means, not the destruction of the national, linguistic, religious, cultural or other identity of a particular group. The national or religious element and the racial or ethnic element are not taken into consideration in the definition of the word “destruction”, which must be taken only in its material sense, its physical or biological sense.”

⁴⁷ A/CN.4/SER.A/1996/Add.1(Part2), s. 46.

⁴⁸ International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991 (ICTY).

⁴⁹ Prosecutor v. Radislav Krstić, 2.8.2001 (IT-98-33-T).

hävittäminen hylättiin sopimuksen ulkopuolelle. Oikeudenkäyntijaosto viittasi suoraan Kansainvälisen oikeuden toimikunnan edellä mainittuun määritelmään, minkä seurauksena tuomioistuin perusti tulkintansa myös sopimuksen valmistelutöihin.⁵⁰ Myös Kansainvälinen tuomioistuin⁵¹ on seurannut tätä tulkintalinjaa ja perustanut erityisesti tapauksissa Bosnia-Hertsegovina v. Serbia ja Montenegro⁵² ja Kroatia v. Serbia⁵³ tulkintansa joukkotuhontasopimuksen valmistelutöihin.

Tätä tulkintalinjaa on kuitenkin aiheellista kyseenalaistaa valtiosopimus-oikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen ja sen tulkinta-artikloiden perusteella. Lars Berster on esittänyt, että tämä tulkintalinja hävittämisestä, joka rajoittuu vain kohderyhmien fyysiseen ja biologiseen hävittämiseen, on selvästi ristiriidassa vakiintuneiden valtiosopimusoikeutta koskevien tulkintasääntöjen kanssa.⁵⁴ Wienin yleissopimuksen 32 artiklan mukaan valtiosopimuksen valmistelutöitä ja valtiosopimusta tehtäessä vällinneita olosuhteita voidaan käyttää täydentävinä tulkintakeinoina, kun 31 artiklan yleinen tulkintasääntö⁵⁵ jättää merkityksen epäselväksi tai hämäräksi tai johtaa tulokseen, joka on selvästi mahdoton tai kohtuuton. Lisäksi yleissopimuksen 32 artiklan mukaan täydentäviä tulkintakeinoja voidaan käyttää myös, kun pyritään vahvistamaan se merkitys, johon 31 artiklaa soveltamalla on päädytty.

⁵⁰ Prosecutor v. Radislav Krstić 2001, kohta 574, 576.

⁵¹ International Court of Justice (ICJ).

⁵² Bosnia-Hertsegovina v. Serbia ja Montenegro, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, 26.2.2007. Tapauksessa oli esillä, että Bosnia-Hertsegovinan konfliktin aikana serbijoukot tuhosivat tarkoituksellisesti kohderyhmän historiallista, kulttuurista ja uskonnollista omaisuutta. Kansainvälinen tuomioistuin totei, että tällaisen perinteen tuhoaminen oli olennainen osa etnistä puhdistusta ja osoitti pyrkimystä poistaa Bosnian muslimien olemassaolo. Tuomioistuin katsoi kuitenkin, ettei kulttuurisen, historiallisen ja uskonnollisen perinteen tuhoaminen kuulu joukkotuhonnan tekemuotoihin. Lopulta viitaten Kansainvälisen oikeuden toimikunnan määritelmään ja Jugoslavia-tuomioistuimen Krstic-tapaukseen sekä siihen, ettei lopullinen joukkotuhontasopimus sisältänyt kulttuurisen kansanmurhan määritelmää, se perusti tuomionsa myös joukkotuhontasopimuksen valmistelutöihin. Bosnia-Hertsegovina v. Serbia ja Montenegro 2007 kohdat 335, 338, 342, 344.

⁵³ Kroatia v. Serbia, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, 3.2.2015, ks. kohta 136.

⁵⁴ Berster 2015, s. 679. Ks. samoin Novic 2016, s. 59–60.

⁵⁵ Wienin yleissopimuksen 31 artikla 1 kohta ”Valtiosopimusta on tulkittava vilpittömässä mielessä ja antamalla valtiosopimuksessa käytetyille sanannoille niille kuuluvassa yhteydessä niiden tavallinen merkitys, sekä valtiosopimuksen tarkoituksen ja päämäärän valossa.” Yleissopimuksen 31 artiklan mukaan sopimusta tulkittaessa sopimusta on katsottava kokonaisuutena ja otettava muun ohella huomioon laajemmin kaikki kansainvälisen oikeuden asiaan vaikuttavat säännöt (2 ja 3 kohdat).

Edellä kuvatun oikeuskäytännön perusteella on kuitenkin melko selvää, että Kansainvälisen oikeuden toimikunta ja mainitut tuomioistuimet ovat käyttäneet joukkotuhontasopimuksen valmistelutöitä tulkinnan ensisijaisena lähteenä. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että edellä kuvattua hyvin rajoitettua tulkintalinjaa laajemmalla joukkotuhontasopimuksen 2 artiklan tulkinnalla kulttuurinen kansanmurha voisi sisältyä sopimuksen soveltamisalaan.⁵⁶ Näkemysten mukaan tähän voidaan päätyä, jos joukkotuhontasopimuksen 2 artiklan sanamuodoille annetaan Wienin yleissopimuksen 31 artiklan mukaisesti niiden tavanomainen merkitys eikä nojaututa sopimuksen täydentäviin tulkintakeinoihin.

Joukkotuhontasopimuksen sanamuodon mukaan joukkotuhonnalla tarkoitetaan a–e kohdissa mainittua tekoa, joka tähtää jonkin kansallisen, etnillisen, rodullisen tai uskonnollisen ryhmän hävittämiseen tässä sen ominaisuudessa joko kokonaan tai osittain. Kuten edellä on argumentoitu, ryhmän hävittäminen *tässä sen ominaisuudessa* voi tapahtua myös ilmeisen väkivallattomin keinoin hävittämällä ryhmän jäsenten yhteenkuuluvuuden perustavat siteet eli ne ryhmän kulttuuriset ominaispiirteet, jotka tekevät siitä erottumiskykyisen suhteessa toisiin ryhmiin.⁵⁷ Sopimuksen sanamuodon merkitystä ei voida tässä suhteessa pitää 32 artiklan mukaisesti niin epäselvänä tai hämäränä, että valmistelutöitä olisi käytettävä täydentävänä tulkintakeinona. Mikäli joukkotuhontasopimuksen sanamuodolle ”ryhmän hävittäminen tässä sen ominaisuudessa” annettaisiin sen tavanomainen merkitys, ei sen voida tulkita osoittavan ainoastaan ryhmän fyysistä tai biologista hävittämistä. Tämä tulkinta suojaa lähinnä ryhmän fyysistä olemassaoloa eikä ryhmän olemassaoloa ominaisuuksineen.

Lisäksi voidaan väittää, että tulkintalinjassa on kiinnitytty liiaksi luonnosprosessin esillä olleisiin kategorisiin jaotteluihin. Edellä kerrotun mukaisesti tulkintalinja perustuu osaltaan siihen seikkaan, että luonnosprosessissa vain fyysisiin ja biologisiin kategorioihin kuuluneet tekomuodot tulivat osaksi lopullista sopimustekstiä lukuun ottamatta lasten pakollista siirtämistä ryhmästä toiseen koskevaa e kohtaa. Kun huomioidaan, että tekomuotojen väliset rajat ovat suhteessa toisiinsa vaikeasti hahmotettavat ja ettei niitä voida täysin erottaa toisistaan, on pidettävä epä-tarkoituksenmukaisena, että tulkintalinjassa on kiinnitytty tähän kategoriseen jaotteluun eikä niinkään sopimuksen lähtökohtaiseen tarkoitukseen estää ihmisryhmien olemassaolon hävittäminen YK:n yleiskokouksen päätöslauselman 96 (I) mukaisesti.

⁵⁶ Esim. Berster 2015, s. 677, 679.

⁵⁷ Ryhmän yhtenäisyyden perustavista ominaispiirteistä lisää alaluvussa 4.1.2.

Tämä tulkinnallinen lähestymistapa, joka nojautuu jo olemassa oleviin kansainvälisen oikeuden normeihin, on huomattavasti potentiaalisempi keino kulttuurisen kansanmurhan sisällyttämiseksi osaksi kansainvälistä oikeutta kuin esimerkiksi ajatus käsitteen sisällyttämisestä uuteen yleissopimukseen. Kulttuurinen kansanmurha olisi mahdollista tulkita yhdeksi joukkotuhonnan muodoksi Wienin yleissopimuksen 31 artiklan 3 kohdan b alakohdan mukaan vastoin joukkotuhontasopimuksen valmistelutöitä, kun tämä tulkintalinjan muutos näkyisi myös myöhemmässä valtiokäytännössä.⁵⁸ Tämä kulttuurisen kansanmurhan näkökulmasta myönteinen tulkinta sisältää kuitenkin käsitteenä sen konkreettisemmän määrittelyn menetyksen osana kansainvälistä oikeutta.

3 KULTTUURISEN KANSANMURHAN ASEMA IHMISOIKEUSJÄRJESTELMÄSSÄ

3.1 Kulttuuristen oikeuksien suojelun yhteys kulttuuriseen kansanmurhaan

Tässä luvussa käsitellään kulttuurisen kansanmurhan käsitteen ilmentymismuotoja ihmisoikeuksien alaan kuuluvien normien piirissä sekä kulttuuristen oikeuksien suojelua yleisesti, koska voidaan väittää, että nämä normit kattavat kulttuurisen kansanmurhan aineellisen osan. Kulttuurinen kansanmurha ilmiönä rakentuu joukkotuhontarikoksen ohella osaltaan myös kulttuuristen ihmisoikeuksien varaan. Ihmisoikeuksien alaan kuuluvat normit kulttuurin suojelusta pyrkivät käsittelemään kulttuurisen kansanmurhan kanssa yhteistä tekijää: ryhmän kulttuuriin kohdistuvien hyökkäysten estämistä.

Kulttuurin suojelun pyrkimykset ihmisoikeuksien piirissä voidaan jäljittää jo aikaan ennen joukkotuhontasopimuksen laatimista. Ensimmäinen sopimusoikeudellinen instrumentti, joka tunnusti kulttuuristen oikeuksien olemassaolon, oli vuonna 1949 laadittu Genèveen sopimus siviilihenkilöiden suojelemisesta sodan aikana.⁵⁹ Sen 27 artiklan mukaan ”suojelluilla henkilöillä on kaikissa olosuhteissa oikeus vaatia, että heidän henkilöään, kunniaansa, perheoikeuksiaan, uskonnollisia vakaumuksiaan ja uskonnon-

⁵⁸ Wienin yleissopimuksen 31 artiklan 3 kohdan b alakohdan mukaan valtiosopimusta tulkittaessa on huomioitava myös jokainen myöhempi valtiosopimusta sovellettaessa noudatettu käytäntö, joka osoittaa osapuolten välisen yhteisymmärryksen valtiosopimuksen tulkinnasta.

⁵⁹ Sops 8/1955.

harjoitustaan, tottumuksiaan ja tapojaan kunnioitetaan ja pidetään arvossa”. Punaisen Ristin kansainvälisen komitean⁶⁰ mukaan artikla edellyttää ihmisoikeuksien kunnioittamista ja on ymmärrettävä laajimmassa mahdollisessa muodossaan, jolloin se kattaa kaikki yksilön oikeudet ja ominaisuudet, jotka ovat erottamattomia hänen olemassaolostaan. Genèven sopimuksen 27 artiklan tavoitteena oli estää paluu toisen maailmansodan aikaisiin käytäntöihin, joita voidaan komitean mukaan kuvata kulttuuriseksi kansanmurhaksi.⁶¹ On huomattava, että Punaisen Ristin kansainvälinen komitea on siten tunnustanut kulttuurisen kansanmurhan vakavuuden jo ennen joukkotuhontasopimuksen laatimista.

YK:n ihmisoikeusjärjestelmän ytimen muodostavissa instrumenteissa⁶² määrätään keskeisimpinä kulttuurisina oikeuksina jokaisen oikeudesta osallistua yhteisönsä kulttuurielämään⁶³, ajatuksen, omantunnon ja uskonnon vapaudesta⁶⁴ sekä oikeudesta mielipiteen- ja sananvapauteen⁶⁵. Nämä oikeudet ovat niin sanotusti kulttuurisia perusoikeuksia.⁶⁶ Ne turvaavat ihmisryhmien oikeuden kulttuurisen, uskonnollisen ja sosiaalisen identiteetin säilymiseen ja yhteisön kehittämiseen sekä mahdollistavat itseilmaisun.

On esitetty, että kulttuuristen oikeuksien suojele yleisesti, ja erityisesti KP-sopimuksen 27 artikla, kattaa kulttuurisen kansanmurhan aineellisen osan.⁶⁷ KP-sopimuksen 27 artiklan sanamuoto⁶⁸ kieltää artiklassa lausuttuja oikeuksia vaarantavat toimet ja pakkosulauttamisen. Lisäksi sen katsotaan edistävän sitä, että vähemmistöryhmät säilyttävät erillisen identiteettinsä.⁶⁹ Kulttuurisen kansanmurhan keskeisenä ajatuksena on, että ryhmät

⁶⁰ International Committee of the Red Cross (ICRC).

⁶¹ Commentary on the Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 1958, s. 201, 203: ” – – the measures adopted in certain cases during the Second World War, which could with justice be described as ‘cultural genocide’.”

⁶² YK:n ihmisoikeusjärjestelmän ydin koostuu ihmisoikeuksien yleismaailmallisesta julistuksesta (Universal Declaration of Human Rights, UN Doc. A/810), kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevasta yleissopimuksesta (Sops 7–8/1976, jäljempänä KP-sopimus) ja taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevasta yleissopimuksesta (Sops 6/1976, jäljempänä TSS-sopimus).

⁶³ Ihmisoikeuksien yleismaailmallisen julistuksen 27 artikla ja TSS-sopimuksen 15 artikla. Lisäksi KP-sopimuksen 27 artikla muotoilee kyseisen oikeuden negaation muotoon.

⁶⁴ Ihmisoikeuksien yleismaailmallisen julistuksen 18 artikla ja KP-sopimuksen 18 artikla.

⁶⁵ Ihmisoikeuksien yleismaailmallisen julistuksen 19 artikla ja KP-sopimuksen 19 artikla.

⁶⁶ Ks. Hokkanen 2014, s.4.

⁶⁷ Novic 2016, s. 111.

⁶⁸ KP-sopimuksen 27 artiklan sanamuoto kuuluu: ”Niissä valtioissa, joissa on kansallisia, uskonnollisia tai kielellisiä vähemmistöjä, tällaisiin vähemmistöihin kuuluvilta henkilöiltä ei saa kieltää oikeutta yhdessä muiden ryhmänsä jäsenten kanssa nauttia omasta kulttuuristaan, tunnustaa ja harjoittaa omaa uskontoaan tai käyttää omaa kieltään.”

⁶⁹ Dinstein 1976, s. 118.

ovat olemassa sosiaalisena yksikkönä yksittäisten jäsentensä ulkopuolella ja ryhmän kulttuuri, sen keskeisenä ominaisuutena, vaikuttaa koko ryhmän yhtenäisyyteen ja olemassaoloon.⁷⁰ Siten voidaan sanoa, että ryhmän yhtenäisyyteen ja kulttuuriainekseen kohdistuvat toimet heijastelevat 27 artiklassa turvattuja oikeuksia eli ryhmän oikeutta kulttuuriseen olemassaoloon ja identiteettiin.

3.2 YK:n julistus alkuperäiskansojen oikeuksista (UNDRIP)

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että YK:n vuonna 2007 hyväksymällä alkuperäiskansojen oikeuksien julistuksella⁷¹ saavutetaan parhain suoja kulttuurista kansanmurhaa vastaan.⁷² Lisäksi kulttuurisen kansanmurhan käsite esiintyi julistuksen luonnosversiossa (7 artikla) seuraavasti:

Alkuperäiskansoilla on kollektiivinen ja yksilöllinen oikeus siihen, ettei heitä saateta alttiiksi *kulttuuriselle kansanmurhalle*, joka käsittää seuraavien toimien ehkäisyn ja suojan niiltä:

- a) kaikilta toimilta, joiden tarkoituksena tai seurauksena on riistää heidän yhtenäisyytensä erottuvana kansana; tai heidän kulttuuriarvonsa tai etninen identiteettinsä;
- b) kaikilta toimilta, joiden tarkoituksena tai seurauksena on riistää heiltä maat, alueet tai resurssit;
- c) kaikenlaiselta väestönsiirrolta, jonka tarkoituksena tai seurauksena on heidän oikeuksiensa loukkaaminen tai heikentäminen;
- d) muunlaiselta kulttuurien tai elämäntapojen assimilaatiolta tai integraatiolta, joka heille on asetettu lailla, hallinnollisilla tai muilla toimenpiteillä;
- e) kaikenlaiselta heitä vastaan suunnatulta propagandalta.⁷³

⁷⁰ Novic 2016, s. 111.

⁷¹ United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UN Doc. A/61/L.67 and Add.1). Viitataan usein lyhenteellä UNDRIP tai DOTROIP.

⁷² Hon 2013, s. 372.

⁷³ E/CN.4/Sub.2/1993/29 s. 52: "Indigenous peoples have the collective and individual right not to be subjected to ethnocide and cultural genocide, including prevention of and redress for: (a) Any action which has the aim or effect of depriving them of their integrity as distinct peoples, or of their cultural values or ethnic identities; (b) Any action which has the aim or effect of dispossessing them of their lands, territories or resources; (c) Any form of population transfer which has the aim or effect of violating or undermining any of their rights; (d) Any form of assimilation or integration by other cultures or ways of life imposed on them by legislative, administrative or other measures; (e) Any form of propaganda directed against them."

Kulttuurisen kansanmurhan käsite jätettiin kuitenkin lopullisen julistustekstin ulkopuolelle. Alkuperäiskansojen oikeuksien julistuksen hyväksytyssä muodossa ”kulttuurinen kansanmurha” korvattiin lauseella, jonka mukaan ”alkuperäiskansoilla ja niihin kuuluvilla yksilöillä on oikeus siihen, ettei heitä pakkosulauteta eikä heidän kulttuuriaan tuhota” samalla kun määräys siirrettiin 8 artiklaan, 1 kohdaksi. Kun kyseinen lause luetaan yhdessä asianomaisen artiklan 2 kohdan kanssa, joka kuuluu ”toiminta, jonka tarkoituksena tai vaikutuksena on se, että alkuperäiskansoilta riistetään niiden koskemattomuus erillisinä kansoina tai niiden kulttuuriset arvot tai etninen identiteetti”, voidaan sen väittää heijastavan samaa hävittämistarkoitusta kuin mihin joukkotuhontasopimuksen luonnosprosessissa kulttuurista kansanmurhaa koskevalla määritelmällä pyrittiin. Tämän näkemyksen on vahvistanut *International Law Association*⁷⁴ alkuperäiskansojen oikeuksia käsitelleessä vuoden 2010 Haagin konferenssissaan⁷⁵. ILA on todennut, että vaikka kulttuurinen kansanmurha jätettiin lopullisen alkuperäiskansojen oikeuksien julistustekstin ulkopuolelle, sen korvaava kulttuurin suojelua koskeva lause, ettei alkuperäiskansoja ”pakkosulauteta eikä niiden kulttuuria tuhota”, sisältää kulttuurisen kansanmurhan määritelmän. ILA:n mukaan lause kattaa saman soveltamisalan kuin joukkotuhontasopimuksen luonnosprosessissa esillä ollut kulttuurinen kansanmurha.⁷⁶ Tässä mielessä voidaan väittää, että alkuperäiskansojen oikeuksien julistuksen 8 artikla heijastaa kulttuurista kansanmurhaa.

Merkittävää alkuperäiskansojen oikeuksien julistuksen kohdalla on se, että julistus hyväksyttiin 143 valtion kannatuksella.⁷⁷ Vain neljä valtiota äänesti julistusta vastaan.⁷⁸ Hyväksyjien valtava määrä on merkittävä, koska valtioiden edustajat tietävät äänestäessään YK:n julistuksen puolesta, tai sitä vastaan, että julistuksilla on voimakas vaikutus kansainvälisen tapaoikeuden kehittymiseen. YK:n yleiskokouksessa, jossa julistuksesta äänestettiin, olivat edustettuina lähes kaikki maailman valtiot. Kun kansainvälinen tapaoikeus muotoutuu sitä mukaan kuin valtiot omaksuvat jonkin oikeudellisesti merkittävän käytännön, jota alkavat pitää oikeudellisesti sitovana, on selvää, että yleiskokouksessa hyväksytyillä julistuksilla on

⁷⁴ Jäljempänä ILA.

⁷⁵ ILA:n 74. konferenssi Haagissa 15.–19. elokuuta 2010.

⁷⁶ Report of the 74th Conference 2010, s. 858–859.

⁷⁷ Declaration on the Rights of Indigenous Peoples -verkkosivut.

⁷⁸ Uusi-Seelanti, USA, Kanada ja Australia äänestivät julistusta vastaan, ja 11 maata (Azerbaidžan, Bangladesh, Bhutan, Burundi, Kolumbia, Georgia, Kenia, Nigeria, Venäjä, Samoa ja Ukraina) pidättäytyi äänestämästä. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples -verkkosivut.

voimakas vaikutus siihen, miten kansainvälinen tapaoikeus kehittyi.⁷⁹ Kyseisen asetelman on vahvistanut Kansainvälinen tuomioistuin *Nicaragua*-tapauksessaan.⁸⁰ Valitettavaa kuitenkin on, että moni lukuisia alkuperäiskansoja asuttava maa, kuten Kanada, USA ja Venäjä, ei tukenut julistusta. Sittemmin julistusta vastaan äänestäneet ja äänestyksestä pidättäytyneet valtiot ovat eri tavoin kuitenkin ilmaisseet myönteisestä suhtautumisestaan julistukseen.⁸¹

Alkuperäiskansojen oikeuksien julistusuunnoksessa viitataan Unescon vuonna 1981 laatimaan San Josén julistukseen⁸², johon sisältyy myös kulttuurisen kansanmurhan käsite. San Josén julistuksessa nimenomaisesti todetaan, että kulttuurinen kansanmurha on samanarvoinen kansainvälisen oikeuden loukkaus kuin kansanmurha, joka tuomittiin vuoden 1948 joukkotuhontasopimuksessa (kohta 1). Julistuksen johdanto-osan perustelukappaleen 2 mukaan kulttuurinen kansanmurha tarkoittaa sitä, että ”etnisesti ryhmältä kielletään oikeus nauttia, kehittää ja välittää omaa kulttuuriin ja omaa kieltään, joko kollektiivisesti tai erikseen”. Sen mukaan kulttuurinen kansanmurha on massiivinen ihmisoikeusloukkaus, joka loukkaa erityisesti etnisten ryhmien oikeutta kulttuuriseen identiteettiin, sellaisena kuin se on vahvistettu lukuisissa YK:n ja sen erityisjärjestöjen julistuksissa, yleissopimuksissa ja muissa sopimuksissa.⁸³ Alkuperäiskansojen edustajat ovat esittäneet, että kulttuurisen kansanmurhan käsitteen käyttö San Josén julistuksessa on tehnyt siitä ”löydettävissä olevan” osan kansainvälistä oikeutta.⁸⁴

⁷⁹ Koivurova 2008, s. 256.

⁸⁰ Nicaragua v. United States of America 27.6.1986, kohta 188.

⁸¹ Koivurova 2010, s. 41.

⁸² Unesco and the Struggle Against Ethnocide: Declaration of San José 1981.

⁸³ San Josén julistus johdanto-osa perustelukappale 2: ”Ethnocide means that an ethnic group is denied the right to enjoy, develop and transmit its own culture and its own language, whether collectively or individually. This involves an extreme form of massive violation of human rights and, in particular, the right of ethnic groups to respect for their cultural identity, as established by numerous declarations, covenants and agreements of the United Nations and its Specialized Agencies, as well as various regional intergovernmental bodies and numerous non-governmental organizations.”

⁸⁴ E/CN.4/2003/92 kohta 59. Väitettä on kuitenkin kritisoitu. Kritiikki kohdistui siihen, että San Josén julistuksen ovat laatineet etnokehityksen ja kulttuurisen kansanmurhan asiantuntijat (*Experts of Ethno-Development and Ethnocide*) eivätkä valtiot.

3.3 Johtopäätökset

Valtiot ovat varsin laajalti tunnustaneet kulttuurisia oikeuksia ja sitoutuneet suojelemaan niitä.⁸⁵

Tämä laaja tuki on osoitus valtioiden yhteisymmärryksen tarpeesta kulttuuriperinnön säilyttämisessä ja suojelemisessa. Muutos on saanut alkunsa, koska on alettu entistä enemmän tiedostaa, että kulttuuriperinnön suojelemisella on ihmisille olennaisen tärkeää arvoa.⁸⁶ Vaikka ihmisoikeuksien ja vähemmistöjen suojaksi tarkoitettujen normien piirissä on tapahtunut merkittävää kehitystä, mitä tulee kulttuurin suojelun pyrkimyksiin, kulttuurista kansanmurhaa ei ole vahvistettu missään kansainvälisessä instrumentissa, joka olisi verrattavissa vakavuusasteeltaan joukkotuhontasopimukseen.⁸⁷

Joukkotuhontasopimuksessa muotoiltu joukkotuhonnan määritelmä on otettu sellaisenaan kansainvälisten rikostuomioistuinten perussääntöihin.⁸⁸ Tämän seurauksena kansainväliset rikostuomioistuimet eivät voi rangaista joukkotuhonnasta, joka ei liity kohderyhmän jäsenten fyysiseen tuhoamiseen.⁸⁹ Erityisesti kansainvälisen yhteisön menetettynä mahdollisuutena kriminalisoida ihmisryhmien kulttuuriaineksen ja kulttuuri-identiteetin tuhoaminen voidaan pitää joukkotuhonnan määritelmän ottamista sellaise-

⁸⁵ Lisäksi YK:n kasvatustiete- ja kulttuurijärjestö (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, jäljempänä Unesco) on tehnyt merkittävän osuuden kulttuurin suojelun pyrkimyksiin. Erityisen laajan kansainvälisen yhteisön tuen Unescon sopimuksista ovat saaneet maailman kulttuuri- ja luonnonperinnön suojelemista koskeva yleissopimus (Sops 19/1987, 204 sopimusosapuolta helmikuussa 2021, United Nations Treaty Series -verkkosivut) ja aineettoman kulttuuriperinnön suojelemista koskeva yleissopimus (Sops 47/2013, 172 sopimusosapuolta helmikuussa 2021, United Nations Treaty Series -verkkosivut). Myös olennaisimmat alueelliset ihmisoikeusinstrumentit sisältävät kulttuuristen oikeuksien kannalta merkittävimmät määräykset. Näitä alueellisia instrumentteja voidaan katsoa olevan Euroopan ihmisoikeussopimus (Euroopan neuvoston puitteissa tehty yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi sellaisena kuin se on muutettuna 11. ja 14. pöytäkirjalla, SopS 18-19/1990), Amerikan ihmisoikeussopimus (American Convention on Human Rights, OAS Treaty Series No. 36, 1144 UNTS 123) ja Afrikan ihmisoikeuksien peruskirja (African Charter on Human and Peoples' Rights, 1520 UNTS 217). Kyseisissä sopimuksissa on ilmaistu oikeus uskonnonvapauteen, mukaan lukien oikeus harjoittaa ja ilmaista uskontoa ja oikeus mielipiteen ilmaisuun.

⁸⁶ A/HRC/31/59, kohta 53.

⁸⁷ Finnegan 2020, s. 4.

⁸⁸ Esim. Jugoslavia-tuomioistuimen perussääntö (Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 25.5.1993) 4 artikla; Ruanda-tuomioistuimen perussääntö (Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, 8.11.1994) 2 artikla; Kansainvälisen rikostuomioistuimen Rooman perussääntö (Rome Statute of the International Criminal Court, 17.7.1998) 6 artikla; Webb 2015, s. 8.

⁸⁹ Negri 2013, s. 5.

naan Kansainvälisen rikostuomioistuimen⁹⁰ perussääntöön.⁹¹ Kulttuurisen kansanmurhan käsitteen vakiintumattomuus on jättänyt kansainväliseen oikeuteen selvän aukon, joka on johtanut monien ihmisryhmien suojan puutteeseen. Tämän tuottama haitta ei kohdistu niinkään ihmishenkiin, vaan ihmisryhmien edustaman kulttuurin hävitykseen, mitä voidaan pitää menetyksenä koko ihmiskunnan kannalta. Tämä kansainvälisessä oikeudessa oleva puute kertoo kulttuuri-identiteetin ja kulttuuriaineuksen arvostuksen puutteesta ja niiden hävittämisen vakavien seurausten piittaamattomuudesta sekä juridisella että yhteiskunnallisella tasolla.

4 KULTTUURISEN KANSANMURHAN ELEMENTIT

4.1 Kulttuurisen kansanmurhan kohde

4.1.1 Vähemmistöryhmät ja alkuperäiskansat

Kulttuurisen kansanmurhan kohteena voidaan sanoa olevan ”helposti haavoittuvat” ihmisryhmät. Tällä yleisellä käsitteellä voidaan viitata monenlaisiin ryhmiin, mutta tässä yhteydessä sillä viitataan kootusti ryhmiin, joille on ominaista yhteisen kulttuurin läsnäolo ja se, että tuo kulttuuri tekee ryhmästä erottumiskykyisen suhteessa muihin ryhmiin. Kulttuurin suojeleminen näyttää luonnostaan liittyvän erityisesti vähemmistöryhmiin ja alkuperäiskansoihin.⁹² Tätä havainnollistavat luvussa 3 käsitellyt ihmisoikeussopimukset ja -julistukset, joissa kulttuurin suojeleminen on yhdistetty erityisesti näihin ryhmiin.⁹³ Samoin tämä yhteys käy ilmi joukkotuhontasopimuksen luonnosprosessissa esitetyistä näkemyksistä, joiden mukaan suoja kulttuurista kansanmurhaa vastaan olisi tarkoituksenmukaisinta toteuttaa ihmisoikeusjärjestelmässä näiden ihmisryhmien suojeleminen koskevien normien kautta.

Vähemmistöryhmän ja alkuperäiskansan määritelmistä ei ole universaalisti hyväksytyjä sisältöjä. Jonkinlainen yksimielisyys näyttää kuitenkin vallitsevan kummankin käsitteen osalta muutamista keskeisistä kriteereistä. Vähemmistöjen osalta näiden kriteerien mukaan ryhmän jäsenten on jaettava jokin YK:n vähemmistöoikeuksien julistuksessa⁹⁴ mainituista

⁹⁰ International Criminal Court (ICC).

⁹¹ Finnegan 2020, s. 3; Hon 2013, s. 406.

⁹² Ks. Donnelly 1990, s. 59

⁹³ Esimerkiksi erityisesti KP-sopimuksen 27 artikla ja YK:n alkuperäiskansojen oikeuksien julistus (UNDRIP).

⁹⁴ Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and

identiteetin piirteistä ja heidän tulee kokea olevansa osa vähemmistöryhmää. Lisäksi ryhmän jäsenten on haluttava säilyä omaleimaisena ryhmänä ja säilyttää kulttuurinsa, perinteensä, uskontonsa ja/tai kielensä. Ryhmän tulee myös muodostaa lukumääräisesti vähemmistö verrattuna valtaväestöön tai suurimpiin kansallisiin ryhmiin. Lisäksi edellytetään, että ryhmä on asunut pitempiaikaisesti maassa.⁹⁵ Etenkin kirjallisuudessa on painotettu vähemmistöjen ja kulttuurisen kansanmurhan yhteyttä.⁹⁶ Kulttuurinen kansanmurha voidaan yhdistää erityisesti niin kutsuttuihin kansallisiin vähemmistöihin eli sellaisiin etnisiin ja kielellisiin vähemmistöihin, jotka ovat olleet valtiossa jo monia vuosikymmeniä. Tällaisia vähemmistöjä kutsutaan usein myös perinteisiksi vähemmistöiksi tai kulttuuri-vähemmistöiksi.⁹⁷ Myös Lemkinin hahmotellessa kulttuurisen kansanmurhan käsitettä hän käsitteli suojattuina ryhminä ennen kaikkea kansallisia vähemmistöjä, jotka tunnistettiin pääasiassa heidän kulttuurinsa kautta.⁹⁸ Lisäksi oikeuskäytännössä on tulkittu, että joukkotuhontasopimuksessa mainitut ryhmät, eli kansalliset, etniset, rodulliset ja uskonnolliset ryhmät, viittaavat synonyymeinä kansallisiin vähemmistöihin.⁹⁹

Alkuperäiskansojen käsitteen osalta yleinen yksimielisyys näyttää valitsevan siitä, että alkuperäiskansat erottuvat muista vähemmistöistä siten, että ne ovat jonkin alueen alkuperäistä väestöä. Lisäksi kansan tulee pitää itseään alkuperäisenä väestönä ja sillä tulee olla katkeamaton yhteys siihen alueeseen, jota se asuttaa. Edelleen alkuperäiskansalla on yleensä myös oma erityinen, muista poikkeava kulttuurinsa.¹⁰⁰ Alkuperäiskansojen käsitteestä on löydettävissä useita erilaisia määritelmiä. Esimerkki alkuperäiskansan määritelmästä löytyy Kansainvälisen työjärjestön¹⁰¹ alkuperäiskansoja ja heimokansoja koskevan yleissopimuksen¹⁰² 1 artiklasta. Alkuperäiskansojen ja kulttuurisen kansanmurhan yhteyttä osoittaa erityisesti YK:n alkuperäiskansojen oikeuksien julistusluonnos, jossa käsite kulttuurinen kansanmurha esiintyy.¹⁰³

Linguistic Minorities (A/RES/47/135).

⁹⁵ Ks. Hannikainen 1996, s. 36–38.

⁹⁶ Esim. Finnegan 2020, s. 4–5.

⁹⁷ Daher – Hannikainen – Heikinheimo 2012, s. 6.

⁹⁸ Novic 2016, s. 20.

⁹⁹ Prosecutor v. Radislav Krstić 2.8.2001 (IT-98-33-T), kohta 555; ks. Amman 2002, s. 112.

¹⁰⁰ Ks. Seurujärvi-Kari 2012, s. 34.

¹⁰¹ International Labour Organization (ILO).

¹⁰² Alkuperäiskansoja ja heimokansoja koskeva ILO:n yleissopimus No. 169 (ILO Convention No. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, 1659 UNTS 383).

¹⁰³ Julistusluonnoksesta edellä tarkemmin luvussa 3.2.

Vähemmistöjen ja alkuperäiskansojen suojelun tavoitteet ovat osittain yhteneviä. Molempien ryhmien yhteydessä keskeisiksi nousevat muun muassa oikeus sekä fyysiseen että kulttuuriseen olemassaoloon ja oikeus omaan kieleen, kulttuuriin ja uskontoon. Keskeistä on myös se, että edellä mainittuja ryhmiä halutaan suojella syrjinnältä, yhtenäisyyden riistolta sekä niiden kulttuurin tai elämäntapojen assimilaatiolta tai integraatiolta.¹⁰⁴ On haastavaa määritellä tyhjentävästi kulttuurisen kansanmurhan kohdetta, eikä edes joukkotuhontasopimuksen suojatuista ryhmistä ole yleisesti hyväksytyjä ja tarkkoja määritelmiä.¹⁰⁵ Ryhmän olemassaolon arviointi on siten suoritettava aina tapauskohtaisesti. Kulttuurisen kansanmurhan osalta voidaan kuitenkin esittää sen luonnollinen yhteys vähemmistöryhmiin ja alkuperäiskansoihin.

4.1.2 Kohderyhmän kulttuurinen identiteetti

Kulttuurinen kansanmurha kohdistuu erityisesti kohderyhmän sosiaaliseen yhteenkuuluvuuteen ja sen jäsenten jakamaan kulttuuriseen identiteettiin. Yleisesti ihmisryhmän yhtenäisyyden perustaa sen yksilöiden yhteisen kulttuurin kautta kokema sosiaalinen yhteenkuuluvuus. Sosiaalinen identiteetti yhdistää yksilön muihin samaan ryhmään kuuluviin ihmisiin ja antaa yhteenkuuluvuuden tunteen.¹⁰⁶ Ryhmän yhteenkuuluvuus ilmenee muun ohella yhteisen kielen, kulttuurin tai uskonnon kautta.¹⁰⁷ Ryhmän identiteettiä määrittävät erityisesti oma elämäntapa ja kulttuuri sekä solidaarisuuden tunne.¹⁰⁸

Kulttuurilla on tärkeä merkitys yksilön identiteetille. Tavanomaisesti kulttuurin ymmärretään olevan tapoja, käytäntöjä, kieliä, arvoja ja maailmankatsomuksia, jotka ovat ominaisia jollekin ihmisryhmälle.¹⁰⁹ Kulttuurinen identiteetti on osa yksilön minäkäsitystä, joka rakentuu yksilön tiedolle ja kokemukselle kulttuurisen ryhmän jäsenenä, ja se voidaan ymmärtää eräänlaisena kollektiivisena tietovarantona. Kulttuuri-identiteettiin liittyy

¹⁰⁴ Ks. Portin 1999, s. 85.

¹⁰⁵ Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan, 16.11.2018 (E465), kohta 792.

¹⁰⁶ Liebkind 1996, s. 208, 209.

¹⁰⁷ Thornberry 1991, s. 57. Tällainen sosiaalinen ryhmä on luonnollinen yhteisö, joka eroaa siten juridisista ja muista tiettyä tarkoitusta varten perustetuista yhteisöistä. Olennaista on, että ryhmä ei pohjaudu tiettyyn tarkoitukseen, vaan se on luonnollinen ihmisten yhteenliittymä, jolla on kollektiivinen identiteetti. Tällainen ryhmä antaa jäsenilleen puitteet sosiaaliselle kanssakäymiselle ja identiteetin toteuttamiselle. Portin 1999, s. 37; VanderWal 1990, s. 94.

¹⁰⁸ VanderWal 1990, s. 94.

¹⁰⁹ Benjamin 2014, s. 60–61.

myyttisyyttä, uskomuksia ja mielikuvia, jotka tekevät kulttuureista erottumiskykyisiä suhteessa toisiinsa. Yksinkertaisesti ilmaistuna kulttuurinen identiteetti on tunne johonkin kuulumisesta. Pohjimmiltaan sitä voidaan kuvata yksilön symboliseksi perustaksi, jolle minuus rakentuu.¹¹⁰

Kulttuurisen kansanmurhan kohderyhmän keskiössä on siten ryhmän kokemana sosiaalinen yhteenkuuluvuus yhteisen kulttuurin kautta. Nimienomaan tämä jaettu yhteinen ja muista erottuva kulttuuri asettaa ryhmän alttiiksi kulttuuriselle kansanmurhalle. Kulttuurinen kansanmurha voidaan nähdä siten hyökkäyksenä ja rikoksena, joka kohdistuu itse eroavaisuutta vastaan.¹¹¹ Ryhmän jakama kulttuurinen identiteetti on se keskeinen elementti, joka kokoaa ryhmän sosiaalisesti yksiköksi ja tekee siitä erottumiskykyisen suhteessa muihin. Mielenkiintoista joukkotuhontasopimuksen näkökulmasta tässä yhteydessä onkin sen selvä epäjohtonmukaisuus. Joukkotuhontasopimus edellyttää, että joukkotuhonnan kohderyhmällä on selkeä identiteetti, jotta yleissopimuksen tarjoama suojele aktualisoituu. Sen sijaan se ei kuitenkaan suojaa niitä tekijöitä eli kulttuurisia ominaispiirteitä, jotka tekevät ryhmästä erottumiskykyisen.¹¹²

4.2 Kulttuurisen kansanmurhan ilmenemismuodot

4.2.1 Kulttuuriomaisuuden tuhoaminen

Kun kulttuurisen kansanmurhan ymmärretään sen laajassa muodossa tarkoittavan itsenäistä kokonaisuutta suhteessa fyysiseen ja biologiseen kansanmurhaan, sen tekemiseksi yleensä luokitellaan ryhmän kulttuuriomaisuuden kohdennettu tuhoaminen tai ryhmän pakkosulauttaminen osaksi hallitsevaa valtakulttuuria.¹¹³ Kuten edellä on jo ollut esillä, myös vuoden 1948 joukkotuhontasopimuksen laatimisen yhteydessä oli huomioitu kulttuuriomaisuuden tuhoaminen tai sen käytön estäminen. Lopulta tämä tekemuoto jätettiin kuitenkin joukkotuhontasopimuksen ulkopuolelle. On selvää, että kulttuuriomaisuuden tuhoamisella tai sen käytön estämisellä, esimerkiksi omaisuuden vieraaseen käyttötarkoitukseen muuntamisella, on yhteys kohderyhmän kulttuuristen oikeuksien toteutumiseen. Hyökkäyksen voidaan nähdä kohdistuvan ryhmän yksilöiden identiteetin

¹¹⁰ Reijonen 2002, s. 23, 29–31.

¹¹¹ Bilsky – Klagsbrun 2018, s. 374.

¹¹² Novic 2016, s. 94.

¹¹³ Novic 2016, s. 5.

yttimeen. Välittömästi tämä johtaa ainakin kulttuurin harjoittamisen vaikeutumiseen, mikä horjuttaa ryhmän yhtenäisyyttä.

Nürnbergin kansainvälinen sotarikostuomioistuin¹¹⁴ on ensimmäinen kulttuuriomaisuuden tarkoituksellisesta tuhoamisesta oikeudellisen kannanoton antanut taho. Tuomioistuin perustettiin vuonna 1945 toisen maailmansodan voittajavaltioiden välillä solmitulla Lontoon sopimuksella¹¹⁵. Sen toimivaltaan kuuluvat rikokset rauhaa vastaan, sotarikokset ja rikokset ihmisyyttä vastaan.¹¹⁶ Sen sijaan joukkotuhonnan käsitettä tuomioistuimen peruskirja ei sisältänyt. Nürnbergin tuomioistuin huomioi kuitenkin kulttuuriomaisuuden tarkoituksellisen tuhoamisen harkitessaan sotaa edeltänyttä juutalaisten vainoa. Se viittasi tässä yhteydessä pogromien järjestämiseen, joka sisälsi synagogien polttamista ja purkamista, kuvaten yhteiskunnallista ilmapiiriä tukahduttavaksi ja ankaraksi.¹¹⁷ Yksi Nürnbergin sotarikostuomioistuimessa tuomituista oli Alfred Rosenberg.

Nürnbergin kansainvälinen sotarikostuomioistuin tuomitsi Rosenbergin muun muassa julkisen ja yksityisen omaisuuden järjestäytyneestä ryöstämisestä.¹¹⁸ Tuomioistuin totesi Rosenbergin johtaneen ”Einsatzstab Rosenberg” - organisaatiota¹¹⁹, joka ryösti museoita ja kirjastoja sekä takavarikoi taide-esineitä ja -kokoelmia. Tuomioistuin totesi, että ”14. heinäkuuta vuonna 1944, yli 21 903 taidekohdetta, mukaan lukien kuuluisia maalauksia ja museoesineitä oli takavarikoitu lännessä Einsatzsabinkin toimesta”. Tuomioistuin viitasi myös Neuvostoliiton miehitettyillä alueilla sijaitsevien museoiden, palatsien ja kirjastojen järjestelmälliseen ryöstämiseen todeten, että esineet sisälsivät ” – – kulttuurista ja historiallista arvoa Neuvostoliiton kansalle”. Tuomioistuin perusteli rikosvastuuta muun muassa viittaamalla Himmlerin 1. joulukuuta 1939 antamaan asetukseen, jossa määrättiin kulttuuriomaisuuden takavarikoinnista saksalaisuuden vahvistamiseksi.¹²⁰

¹¹⁴ International Military Tribunal at Nuremberg (IMT).

¹¹⁵ Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, 82 UNTS 280.

¹¹⁶ Sopimuksen II-osa 6 artikla.

¹¹⁷ Judgment of the International Military Tribunal at Nuremberg for the Trial of German Major War Criminals 1.8.1946, s. 76.

¹¹⁸ Judgment of the International Military Tribunal at Nuremberg for the Trial of German Major War Criminals 1946, s. 114.

¹¹⁹ Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg (ERR). Organisaatio työskenteli Saksassa loka-kuusta 1941 kesäkuuhun 1943. Koivuolahti – Hakkarainen 2004, s. 18.

¹²⁰ Judgment of the International Military Tribunal at Nuremberg for the Trial of German Major War Criminals 1946, s. 70–71, 114–115.

Siitä huolimatta, että kyseisessä Rosenberg-tuomioissa kulttuuriomaisuuden tarkoituksellinen tuhoaminen huomioidaan vain vähäisessä määrin, tämä tuomio on huomionarvoinen. Huomionarvoisen siitä tekee se, että tuomio on ensimmäinen, jossa oikeudellisesti tunnustetaan kulttuuriomaisuuden olennainen arvo. Samalla se on myös ensimmäinen tuomio, jossa syytetyt tuomittiin vainoamisesta myös siksi, että he olivat tuhonneet kulttuuriomaisuutta.¹²¹ Viitatessaan synagogien tuhoamiseen ja polttamiseen esimerkkeinä juutalaisten vainosta tuomio osoittaa, että kulttuurikohteisiin kohdistuvat hyökkäykset ovat rikoksia, joiden todellisina kohteina ovat yksilöt ja niistä koostuvat ryhmät.

Toisen maailmansodan jälkeisellä ajalla kulttuuriomaisuuden tuhoamiseen kiinnitettiin huomiota myös kansallisissa tuomioistuimissa. Esimerkiksi Puolassa *Gauleiter Artur Greiserin* -tapauksessa¹²² tuomioistuin¹²³ katsoi Greiserin syyllistyneen rikoksiin ihmisyyttä vastaan vainoamalla Puolan kulttuuriomaisuuteen kohdistuvien hyökkäysten vuoksi. Tuomioistuimen mukaan Puolan kulttuurille aiheutui korvaamattomia menetyksiä tämän omaisuuden tuhoamisesta, ja se katsoi toiminnan tarkoituksena olleen kaiken sen hävittäminen, mikä vähääkään muistutti Puolan elämästä ja kulttuurista.¹²⁴ Toisin sanoen pyrkimyksenä oli puolalaisten olemassaolon pyyhkiminen.

Tuomioistuin totesi, että Greiser suljetutti yli 1 000 kirkkoa ja että kaikki niiden sisällä olleet arvo- ja kulttuuriesineet tuhottiin. Tuomioistuimen mukaan Puolan kulttuurielämään kohdistetut laajamittaiset toimenpiteet sisälsivät muun ohella kaikkien kirjastojen, kirjojen ja aikakauslehtien takavarikoinnin, Poznańin yliopiston kulttuurikeskuksen sulkeamisen ja Poznańin yliopisto haltuunoton ja muuntamisen muihin käyttötarkoituksiin.¹²⁵ Tuomioistuin totesi, että ”erityistä huolellisuutta osoitettiin puolalaisten muistomerkkien tuhoamiselle”. Muistomerkkejä tuhottiin erityisen loukkaavalla tavalla, ja tuhoamiseen liittyi ivaa ja pilkkaa. Tuomioistuin totesi, että ”Warthelandin viranomaiset tekivät kaikkensa karkottaakseen alueelta jokaisen jäljen, joka muistutti vähääkään Puolan elämästä ja kulttuurista”. Arvioidessaan juutalaisväestöön kohdistunutta

¹²¹ Thake 2018, s. 11.

¹²² Case No. 74 Trial of Gaultier Artur Greiser, Supreme National Tribunal of Poland, 21th June – 7th July, 1946.

¹²³ *Supreme National Tribunal of Poland*.

¹²⁴ Case No. 74 Trial of Gaultier Artur Greiser 1946, s. 82, 84.

¹²⁵ Esimerkiksi yliopiston anatomian osasto (*Anatomical Department*) muutettiin krematorioksi, jossa poltettiin n. 8 000 ammutuksi tai hirtetyksi tulleen puolalaisen ja juutalaisen ruumista. Kaikki muutkin puolalaiset kulttuurilaitokset kärsivät yliopiston kaltaisen kohtalon. Case No. 74 Trial of Gaultier Artur Greiser 1946, s. 82–83.

vainoa tuomioistuin totesi, että vakavimmat tekemuodot olivat muun muassa taiteellista arvoa sisältävien synagogien ja rukoushuoneiden tuhoaminen ja polttaminen sekä juutalaisten hautausmaiden hävittäminen.¹²⁶ Kokonaisharkinnassaan tuomioistuin katsoi Greiserin syyllistyneen rikoksiin ihmisyyttä vastaan vainoamalla, johon sisältyivät kaikki edellä mainitut kulttuuriomaisuuteen kohdistuneet vahingonteot.

Myös Jugoslavian hajoamiskonfliktin yhteydessä tehtyjen rikoksien selvittämistä varten YK:n turvallisuusneuvoston päätöksellä¹²⁷ vuonna 1993 perustettu Jugoslavia-tuomioistuin on arvioinut kulttuuriomaisuuteen kohdistuvia hyökkäyksiä. Sen tulkintalinja on ollut, että historiallisten tai uskonnollisten kohteiden tuhoaminen on hyökkäys yksilön identiteetin ytimeen. Tapauksessa *Tihomir Blaskic*¹²⁸ tuomioistuin katsoi, että teot voivat olla vakavia sen vuoksi, että ne yrittävät saada alulle syrjinnän ihmiskunnassa, eikä niinkään niiden ilmeisen julmuuden vuoksi. Tällainen vakavuus voi tuomioistuimen mukaan ilmetä esimerkiksi symbolisten rakennusten haltuunottamisena tai tuhoamisena taikka muilla vastaavilla tavoilla, jolloin ne kohdistuvat väestön olemassaoloon tai hengissä säilymiseen.¹²⁹

Samansuuntainen Blaskic-tapauksen kanssa on Jugoslavia-tuomioistuimen *Kordić & Čerkez* -tuomio,¹³⁰ jossa tuomioistuin totesi, että uskonnollisten rakennusten tuhoaminen yhdessä syrjivän tarkoituksen kanssa kohdistuu suoraan kansan uskonnolliseen identiteettiin. Tuomioistuin lausui sen sellaisenaan vahingoittavan koko ihmiskuntaa, koska ainutlaatuinen uskonnollinen kulttuuri ja siihen liittyvät kulttuuriesineet tuhoutuvat.¹³¹ Edelleen tapauksessa *Momcilo Krajisnik*¹³² Jugoslavia-tuomioistuin katsoi, että serbijoukkojen tuhotessa moskeijoita heidän tarkoituksensa oli pyyhkiä pois kaikki viimeisetkin jäljet muslimikulttuurista ja uskonnosta. Tuomioistuin totesi, että muslimien ja kroaattien muistomerkit ja kohteet otettiin hyökkäysten kohteiksi, koska niillä oli erityistä uskonnollista symboliikkaa asianomaisissa etnisissä ryhmissä. Tuomioistuimen mukaan kulttuuriomaisuuden menettämisen vaikutusten on oltava uhreille vakavia.

¹²⁶ Case No. 74 Trial of Gaultier Artur Greiser 1946, s. 83 – 84, 94.

¹²⁷ S/RES/827.

¹²⁸ Prosecutor v. Tihomir Blaskic, 3.3.2000 (IT-95-14-T).

¹²⁹ Prosecutor v. Tihomir Blaskic 2000, kohta 227. Ks. myös Prosecutor v. Radoslav Brdanin, 1.9.2004 (IT-99-36-T) kohta 1024, jossa tuomioistuin katsoi syrjintätarkoituksen myös rodullisilla, uskonnollisilla tai poliittisilla perusteilla toteennäytetyksi, koska serbien uskonnollisia rakennuksia oli tuhattu ja tuhottaviksi tarkoitettuja rakennuksia merkitty.

¹³⁰ Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez, 26.2.2001 (IT-95-14/2-T).

¹³¹ Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez 2001, kohta 207.

¹³² Prosecutor v. Momcilo Krajisnik, 27.9.2006 (IT-00-39-T).

Näin on esimerkiksi silloin, kun kulttuuriomaisuus on välttämätön ja elintärkeä voimavara yksilöille tai tietyille väestölle taikka kun uhrin muutoin arvostavat suuresti kyseistä kohdetta. Tuomioistuimien totesi Kordić & Čerkez-tuomioon viitaten, että tällainen hyökkäys kohdistuu suoraan uhrien identiteettiin.¹³³ Siten erityisesti Jugoslavia-tuomioistuimen oikeuskäytännössä on tunnustettu, että kulttuuriomaisuuden tuhoamisella on suora yhteys kohderyhmän yksilöiden identiteettiin.

Edellä mainituissa tapauksissa Jugoslavia-tuomioistuin on käsitellyt kulttuuriomaisuuden tuhoamista vainona, rikoksena ihmisyyttä vastaan. Merkittävää on, että näissä tapauksissa tuomioistuin on nimenomaisesti todennut, että kulttuuriomaisuuden tuhoaminen oli ennen kaikkea ihmisryhmään kohdistuva hyökkäys, jonka tarkoituksena oli hävittää sen olemassaolo. Tämä ei tapahdu niinkään fyysisin keinoin, vaan horjuttamalla yksilöiden identiteettiä tuhoamalla ne resurssit, joita yksilöt tarvitsevat kulttuurisen identiteettinsä toteuttamiseksi.

Lisäksi Jugoslavia-tuomioistuin on vahvistanut Krstić-tuomiossaan, että kulttuuriomaisuuteen kohdistuvat hyökkäykset voivat olla todisteita pyrkimyksestä kansanmurhaan. Tuomioistuin totesi, että ”kansainvälinen tapaoikeus rajoittaa kansanmurhan määritelmän toimiin, joilla pyritään fyysiseen tai biologiseen ryhmän hävittämiseen joko kokonaan tai osittain”. Sen mukaan ” – jos fyysistä tai biologista tuhoa tapahtuu, tapahtuu usein samanaikaisia hyökkäyksiä myös kohderyhmän kulttuurisiin ja uskonnollisiin kohteisiin sekä symboleihin”, ja se tuli lopputulokseen, että kulttuuriomaisuuden tuhoaminen voi olla todiste kansanmurhan tarkoituksesta.¹³⁴ Tämä on valitettava näkökulma siinä mielessä, että se asettaa kulttuurisen kansanmurhan toissijaiseen rooliin suhteessa biologiseen ja fyysiseen kansanmurhaan. Kulttuuriomaisuuden tuhoaminen nähdään vain todisteena pyrkimyksestä biologiseen tai fyysiseen kansanmurhaan, vaikka näiden motiivi ja lopputulos on sama – ryhmän olemassaolon häviäminen.

Viimeisenä esimerkkinä oikeuskäytännöstä, jossa kulttuuriomaisuuden tuhoaminen on huomioitu, on Haagissa sijaitsevan Kansainvälisen rikostuomioistuimen Ahmad Al Faqi Al Mahdi -tapaus.¹³⁵ Erityistä Al Mahdin tuomiossa on se, että tuomio osoittaa, että kulttuuriomaisuuden tarkoituk-

¹³³ Prosecutor v. Momcilo Krajisnik 2006, kohta 774, 781, 838.

¹³⁴ Prosecutor v. Radislav Krstić 2001, kohta 580: ”customary international law limits the definition of genocide to those acts seeking the physical or biological destruction of all or part of the group – where there is physical or biological destruction there are often simultaneous attacks on the cultural and religious property and symbols of the targeted group as well.”

¹³⁵ Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, 27.9.2016 (ICC-01-/12-01/15).

sellinen tuhoaminen on itsessään riittävän vakava rikos, jotta se voisi tulla Kansainvälisen rikostuomioistuimen käsiteltäväksi. Tuomio on merkittävä, koska se käsittelee suoraan kulttuuriomaisuuden tuhoamista. On huomattava myös, että vaikka kulttuuriomaisuuden tuhoaminen luonnehditaan tapauksessa omaisuuteen kohdistuvaksi rikokseksi, tuomioistuin otti silti huomioon näiden tekojen inhimillisen ulottuvuuden ja vahvisti, että kulttuuriomaisuuteen kohdistuvat rikokset, toisin kuin omaisuusrikokset, voivat olla erityisen vakavia yksilöihin ja ryhmiin kohdistuvan syrjivän luonteensa vuoksi.

Tuomioistuin tuomitsi Al Mahdin syylliseksi Rooman perussäännön artiklan 8(2)(e)(iv) nojalla hyökkäyksiin kymmeneen uskonnolliseen ja historialliseen rakennukseen Timbuktussa, Malissa.¹³⁶ Al Mahdi toimi johtohahmona Hesbah-nimisessä liikkeessä, joka toimi yhteistyössä Pohjois-Afrikan al-Qaidan¹³⁷ ja Ansar Dine -nimisen liikkeen kanssa. Näiden ääriliikkeiden tavoitteena oli alkaa soveltaa alueella jyrkkää islamin tulkintaa. Al Mahdin johtaman Hesbah -liikkeen tarkoitus oli hävittää kaikki tässä tarkoituksessa havaitsemansa näkyvä pahe. Al Mahdin katsottiin antaneen monumenttien tuhoamiskäskyjä, valvoneen tuhoamistöiden toteutusta ja osallistuneen myös itse tuhotyöhön.¹³⁸

Tapaus on historiallinen, koska se on Kansainvälisen rikostuomioistuimen ensimmäinen, jossa käsitellään kulttuurihistoriallisten kohteiden tuhoamista ja rangaistavuutta. Lisäksi kun huomioidaan, että tapaus on suhteellisen tuore, voidaan sen kautta nähdä lisääntyvää arvostusta kulttuuriomaisuuden suojelemista kohtaan ja ymmärrystä sen tuhoamisen vakavista haitoista yksilöille ja yhteisöille. Vaikka tuomiossa ei yksilöidä tällaisten hyökkäysten kohdistuvan suoraan uhrien kulttuuriseen tai uskonnolliseen identiteettiin, siitä on kuitenkin Jugoslavia- tuomioistuimen oikeuskäytännön suuntaisesti havaittavissa omaisuuden menetyksen erityinen vakavuus, kun uhrin arvostavat kyseistä kohdetta.

Kansainvälinen rikostuomioistuin totesi, että tuhotut rakennukset olivat sekä uskonnollisia rakennuksia että historiallisia muistomerkkejä, ei pelkästään siksi, että yhdeksällä niistä oli Unescon maailmanperintökohteen asema, vaan myös sen takia, että ne olivat mukana Timbuktun kulttuurielämässä. Tuomioistuin totesi mausoleumien ja moskeijoiden merkityksestä, että ne olivat ”erottamaton osa [Timbuktun] asukkaiden

¹³⁶ Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi 2016, kohta 10.

¹³⁷ Al-Qaeda in the Islamic Maghreb (AQIM).

¹³⁸ Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi 2016, kohta 31, 40, 81.

uskonnollista elämää”. Tuomioistuimen mukaan kohteet olivat koko yhteisön yhteistä perintöä, ja asukkaat kävivät niissä usein. Tuomioistuin viittasi todistaja- ja asiantuntijalausuntoihin, joiden mukaan Timbaktu oli ikoninen kaupunki, johon liittyy mystisyyttä ja joka on Malin kulttuuriperinnön sydän, erityisesti pyhien käsikirjoitustensa ja mausoleumiensa vuoksi. Todistajalausunnon mukaan näiden kohteiden tuhoamisella ”pyrittiin murtamaan Timbuktun kansan sielu”. Tuomioistuin otti arvioidessaan rikoksen vakavuutta huomioon kohteiden symbolisen arvon Timbuktun väestölle, koska kohteet eivät olleet yksinomaan uskonnollisia rakennuksia. Lisäksi tuomioistuin totesi, että rikoksen vakavuuden arvioinnin kannalta oli merkitystä myös sillä, että tuhoamisen taustalla oli syrjivä uskonnollinen motiivi, jolla haluttiin estää kansan uskonnolliset tavat.¹³⁹

Erityisesti vahingonkorvaustuomioissaan¹⁴⁰ Kansainvälinen rikostuomioistuin totesi, että Al Mahdin tekemä kulttuuriomaisuuden tuhoaminen oli aiheuttanut vahinkoa koko Timbuktun väestölle. Tuomioistuin totesi, että aiheutettu vahinko ilmeni väestön tunteellisena ja uskonnollisena ahdistuneisuutena sekä nöyryytyksen tunteena, jota he kokivat kulttuuriomaisuuden tuhon seurauksena.¹⁴¹ Lisäksi tuomioistuin totesi, että välittömien uhrien ohella koko Malia ja kansainvälistä yhteisöä oli pidettävä kulttuuriomaisuuden tuhoamisen uhreina.¹⁴²

4.2.2 Kohderyhmän pakkosulauttaminen

Kun kulttuurinen kansanmurha ymmärretään sen laajassa muodossa, sen toiseksi tekemuodoksi luokitellaan yleensä ryhmän pakkosulauttaminen osaksi hallitsevaa valtakulttuuria. Sulauttaminen eli assimilaatio on yksi niin sanotun psykologisen akkulturaation muoto. Psykologisella akkulturaatiolla tarkoitetaan yksilön identiteetissä, arvoissa, käyttäytymisessä ja asenteissa tapahtuvia muutoksia, jotka johtuvat kulttuurien kohtaamisesta. Periaatteessa tällaisessa kulttuurien kohtaamistilanteessa molemmat kulttuurit voivat vaikuttaa toisiinsa yhtä vahvasti, mutta käytännössä toinen kulttuureista on aina vahvempi. Kyse on pakkosulauttamisesta, eli pakko-

¹³⁹ Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi 2016, kohta 34, 46, 78–81.

¹⁴⁰ Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, 17.8.2017 (Reparations Order ICC-01-/12-01/15).

¹⁴¹ Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi 2017, kohta 84–85.

¹⁴² Tuomioistuin antoi määräyksen varmistaa, että Al Mahdin oikeudenkäynnissä esittämä anteeksipyyntö olisi kaikkien saatavilla, ja tuomitsi symbolisen yhden euron korvauksen Malin tasavallalle.

assimilaatiosta, kun kulttuurien kohtaamistilanteessa toinen kulttuureista alistetaan pakolle, jonka pyrkimyksenä on alkuperäisen kulttuurin hylkääminen ja toisen kulttuurin omaksuminen sen tilalle.¹⁴³ Pakkosulauttamisen käsitettä ei ole määritelty kansainvälisessä oikeudessa, mikä on luonnollisesti vahvistanut siihen käsitteenä liittyvää epäselvyyttä.¹⁴⁴ Pakkosulauttamisesta puhutaan toisinaan myös niin sanottuna modernina kansanmurhana.¹⁴⁵

Kulttuurisen kansanmurhan tekemuotona pakkosulauttaminen pyrkii kohderyhmän hävittämiseen sen erityispiirteiden tukahduttamisen myötä. Tällainen tukahduttaminen kohdistuu yleensä kohderyhmän aineettomaan kulttuuriperintöön. Aineeton kulttuuriperintö tarkoittaa Unescon aineettoman kulttuuriperinnön suojelemista koskevan yleissopimuksen¹⁴⁶ mukaan ryhmien ja yhteisöjen käytäntöjä, ilmauksia, tietoa, taitoja sekä niihin liittyviä välineitä, jotka asianomainen taho tunnustaa osaksi kulttuuriperintöään (2 artikla 1 kohta). Suullinen perinne ja ilmaisu, kuten kieli, kuuluu keskeisesti aineettoman kulttuuriperinnön alaan. Samoin kuuluvat esimerkiksi uskonnolliset, kuten muutkin, sosiaaliset käytännöt, rituaalit ja juhlatilaisuudet. Aineettoman kulttuuriperinnön alaan voi kuulua myös luontoon ja maailmankaikkeuteen liittyvää tietoa ja käytäntöjä.¹⁴⁷ Aineettoman kulttuuriperinnön osalta keskeistä on, että se siirtyy sukupolvelta toiselle. Aineeton kulttuuriperintö tuo ryhmälle tunteen jaetusta identiteetistä ja jatkuvuudesta.¹⁴⁸ Perinteen välittäminen yhteisön ja ryhmän kesken on ensiarvoisen tärkeää.

Kulttuurin tai elämäntapojen assimilaatioon voidaan pyrkiä lailla, hallinnollisilla tai muilla toimenpiteillä asetetuilla rajoituksilla tai määräyksillä. Näiden toimenpiteiden tavoitteena on pakottaa kohderyhmä omaksumaan esimerkiksi muu kieli ja ideologia kuin ryhmän oman vakiintuneen kulttuurin mukainen. Toimenpiteet voivat myös pyrkiä kohderyhmän elämäntapojen, traditioiden tai uskonnon muokkaamiseen. Pakkoassimilaation muotojen erotteleminen on haastavaa siihen liittyvien rajojen epävarmuuden vuoksi. Tätä havainnollistaa esimerkiksi joukkotuhontasopimuksessa lasten pakkosiirtoa koskevan määräyksen luonteen määrittelemisen vaikeus. Oikeuskäytännössä on kuitenkin havaittavissa erilaisia pakkoassimilaation muotoja tilanteissa, joissa on huomioitu ajatus kulttuuriaineksen

¹⁴³ Liebkind 1996, s. 209–210.

¹⁴⁴ Novic 2016, s. 39.

¹⁴⁵ Finnegan 2020, s. 1.

¹⁴⁶ Sops 47/2013.

¹⁴⁷ Sops 47/2013, 2 artikla 2 kohta.

¹⁴⁸ Ks. Sops 47/2013, 2 artikla 1 kohta.

tuhoamisesta. Tässä yhteydessä käsittelem lasten pakkosiirtoa koskevan tekemuodon erillisenä alalukuna, koska se sisältyy joukkotuhontasopimukseen biologisena kansanmurhana. Voidaan kuitenkin väittää, että lasten pakkosiirtäminen ryhmästä toiseen on pohjimmiltaan kulttuurinen teko ja ilmentää ryhmän ominaispiirteiden tukahduttamista.

Ensinnäkin oikeuskäytännöstä on havaittavissa uskonnon ja sen harjoittamisen kieltäminen osana pakkosulauttamista. Jo joukkotuhontasopimuksen laatimisen yhteydessä oli esillä uskonnon ja sen harjoittamisen kieltäminen osana joukkotuhonnan määritelmää. Tällöin se käsitti uskonnollisten teosten tuhoamisen tai uusien julkaisujen kieltämisen ja uskonnollisten palvontapaikkojen ja esineiden tuhoamisen tai niiden käytön estämisen. Uskonnollisten rakennusten ja muistomerkkien tuhoaminen on yhteydessä uskonnon harjoittamisen kieltämiseen. Näistä ensimmäisessä uskonnon harjoittaminen vaikeutuu, kun ryhmän identiteetin kannalta olennaiset kohteet tuhotaan. Uskonnon harjoittamisen kieltäminen sitä vastoin näyttäytyy jopa julmempana, koska se ei ainoastaan vaikeuta uskonnon harjoittamista, vaan on toimi, joka hyökkää suoraan uskonnollista identiteettiä vastaan.

Edellä mainituista tapauksista esimerkiksi Puolan Greiser-tapauksessa ei nimenomaisesti kielletty uskontoa tai sen harjoittamista. Sen sijaan tapauksessa asetettiin uskontoa vastaan niin tiukkoja rajoituksia, että uskonnon harjoittamisen keinot estyivät käytännössä kokonaan. Tämä toteutettiin muun ohella estämällä puolalaisilta pääsy useimpiin uskonnollisiin palvontapaikoihin. Lisäksi puolalaisten uskonnollisille menoille asetettiin tiukkoja aikarajoituksia ja tietyntyyppiset uskonnolliset tilaisuudet kiellettiin kokonaan.¹⁴⁹

Erityisesti uskonnon ja sen harjoittamisen kieltäminen on huomioitu Kambodžan tuomioistuimen¹⁵⁰ Chea & Samphan -tuomiossa¹⁵¹. Kambodžan tuomioistuimen erityisjaostot perustettiin käsittelemään Kambodžan kommunistisen puolueen¹⁵² johtoasemassa olleiden henkilöiden rikoksia.¹⁵³

¹⁴⁹ Case No. 74 Trial of Gaultier Artur Greiser 1946, s. 73.

¹⁵⁰ Extraordinary Chambers in the Court of Cambodia (ECCC).

¹⁵¹ Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan, 16.11.2018 (E465). Vastaajia syytettiin rikoksista ihmisyyttä vastaan, vuoden 1848 Geneven sopimusten törkeistä loukkauksista ja joukkotuhonnasta. Vastaajat, Nuon Chea ja Khieu Samphan, kuuluivat punakhmerien johtoon. Vuosina 1975–1979 Kambodžassa vallinneen Demokraattisen Kambodžan tavoitteena oli luoda maahan yksi yhtenäinen kambodžalainen rotu.

¹⁵² Communist Party of Kampuchea (CPK).

¹⁵³ Erityisjaostojen perustamisesta sovittiin YK:n ja Kambodžan valtion välisellä sopimuksella (Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the prosecution under Cambodian law of crimes committed during the period of Democratic kampuchea, 6.6.2003), ja ne perustettiin Kambodžan valtion hyväksymällä

Tuomio on tässä yhteydessä merkittävä, koska siinä käsitellään Kambodžan kommunistisen puolueen asettamia rajoituksia islamilaisuudelle ja buddhalaisuudelle. Tuomioistuin tuomitsi Chean ja Samphanin syyllisiksi muun ohella Champan muslimien ja vietnamilaisten joukkotuhontaan sekä buddhalaisten vainoamiseen rikoksena ihmisyyttä vastaan.

Vuosina 1975–1979 Kambodžan kommunistinen puolue kielsi valtiossa islamilaisuuden ja buddhalaisuuden ja hyökkäsi uskontojen harjoittamista vastaan muun muassa tuhoamalla symbolisia esineitä, karkottamalla uskontoa tunnustavia yksilöitä, muuntamalla palvontapaikkoja vieraisiin käyttötarkoituksiin, häpäisemällä yksilöitä sekä kieltämällä uskonnolliset ulkoiset ilmaisut. Kambodžan kansantasavallan ja puolueen tavoitteena oli sulauttaa väestö yhdeksi punakhmerien kansakunnaksi. Kambodžan tuomioistuimen mukaan Kambodžan kommunistinen puolue kielsi buddhalaisuuden ja sen harjoittamisen. Tarkoituksena ei ollut pelkästään rajoitusten asettaminen joillekin uskonnollisille tavoille, vaan buddhalaisuuden täydellinen poistaminen. Tuomioistuin piti toimintaa järjestäytyneenä hyökkäyksenä uskontoa vastaan. Tuomioistuin totesi, että näiden tapahtumien fyysiset ja henkiset vaikutukset loukkasivat perusoikeuksia, erityisesti kansainvälisessä tapaoikeudessa vahvistettuja oikeuksia ajatuksen, omantunnon ja uskonnon vapauteen. Sen mukaan rajoitukset eivät olleet tarpeen yleisen turvallisuuden, järjestyksen, terveyden, moraalin tai muiden ihmisten perusoikeuksien ja -vapauksien suojelemiseksi. Champan muslimien osalta tuomioistuin totesi, että punakhmerit estivät Champan muslimeja säilyttämästä uskonnollisen ja kulttuurisen identiteettinsä.¹⁵⁴ Tuomioistuin totesi, että Champan muslimit olivat säilyttäneet erillisen etnisen, kulttuurisen ja uskonnollisen identiteettinsä vuosisatojen ajan Kambodžassa, mutta tapahtumien johdosta ryhmä menetti osan uskonnollisesta ainutlaatuisuudestaan ja kyvystään välittää sitä tuleville sukupolville.

Kambodžan tuomioistuimen tuore tuomio on merkittävä erityisesti kahdesta näkökulmasta. Ensinnäkin se on yksi harvoista tapauksista, joissa käsitellään aineettomaan kulttuuriperintöön kohdistuvia rikoksia. Toiseksi merkittävää on se, että Champan muslimien pakkosulauttamisen katsottiin indikoineen joukkotuhonnan alkua kommunistisen puolueen hallinnon

lailla (Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea, 27.10.2004, NS/RKM/1004/006). Erityisjaostojen toimivalta on rajattu koskemaan 17. huhtikuuta ja 1975 ja 6. tammikuuta 1979 välisenä aikana tehtyjä tekoja.

¹⁵⁴ Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan 2018, kohta 1184, 1186–1187, 1696, 3217–3218.

aikana ja ettei sitä huomioitu ainoastaan todisteena osana joukkotuhonnan hävittämistarkoitusta. Lisäksi merkittävää on, kuinka tuomioistuin huomioi toteutettujen toimien vaikutuksen ryhmän kulttuuri-identiteettiin ja mahdollisuuksiin välittää sitä tuleville sukupolville.

Toinen pakkosulauttamisen muoto, joka oikeuskäytännöstä on havaittavissa, on ulkoisten kulttuuristen ilmaisujen kieltäminen. Ulkoisia kulttuurisia ilmauksia ovat esimerkiksi ryhmän keskuudessa käytetty ominainen kieli ja tietty pukeutumistyyli. Ryhmän kansallisen kielen käytön kieltäminen oli huomioitu joukkotuhontasopimuksen molemmissa luonnoksissa. Luonnoksissa mainitaan kulttuurisen kansanmurhan muotona kansallisen kielen käytön kieltäminen jopa yksityisissä ja/tai päivittäisessä kanssakäymisessä tai kouluissa taikka ryhmän kielellä olevien julkaisujen painamisen ja levityksen kieltäminen.

Edellä mainituista tapauksista muun muassa Greiser-tapauksessa tuomioistuin totesi asetetun rajoituksia puolan kielen käytölle puolalaisten katolisten saksalaistamiseksi. Samoin Kambodžan tuomioistuimen Chea & Samphan -tuomiosta käsiteltiin uskonnon kieltämisen ohella ulkoisten kulttuuristen ilmaisujen kieltämistä.

Kambodžan tuomioistuin totesi, että Kambodžan Demokraattisen hallinnon aikana Champan muslimeja yhdistävä kieli ja perinteinen pukeutuminen kiellettiin. Kieleen kohdistuvat hyökkäykset toteutuivat kansallisella kielellä painettujen Koraanien polttamisena, oman kielen käytön kieltoina, sekä uskonnollisissa menoissa että yleisesti, samoin kuin paikalla puhua vain khmerien kieltä. Lisäksi Champan muslimien perinteinen vaatetus ja jopa hiustyyli, jotka olivat hyvin muista kambodžalaisista erottuvia, kiellettiin.¹⁵⁵

Merkittävä tapaus pakkosulauttamisen näkökulmasta on myös Guatemalan tuomioistuimen¹⁵⁶ *Jose Efraín Ríos Montt* -tuomio¹⁵⁷. Monttia¹⁵⁸ vastaan nostetut syytteet koskivat muun muassa sellaisten käytäntöjen vakiinnuttamista, jotka muuttivat Ixil-intiaanien ulkoiset kulttuuriset ilmaisut, kuten kielen ja perinteisen pukeutumisen, uhkiksi heidän elämälleen, vapaudel-

¹⁵⁵ Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan 2018, kohta 252, 1656, 3242, 5630.

¹⁵⁶ *Guatemala City Courtroom; the trial court (Tribunal de Sentencia)*.

¹⁵⁷ La Republica de Guatemala v. Jose Mauricio Rodriguez Sanchez y Jose Efraín Ríos Montt, 17.5.2013, Case no. C-01076-2011- 00015.

¹⁵⁸ Montt hallitsi Guatemalaa vuosien 1982–1983 aikana, jolloin Ixil-intiaaneihin kohdistettiin toimenpiteitä, joiden tarkoituksena oli uudelleen kouluttaa heitä, muokata heidän kulttuuriaan ja sulauttaa heidät osaksi hallitsevaa kansalliskulttuuria. *Judging a Dictator: The Trial of Guatemala’s Ríos Montt* 2013, s. 1.

leen ja selviytymiselleen.¹⁵⁹ Tuomio on julistettu myöhemmin mitättömäksi esteellisyyden perusteella,¹⁶⁰ mutta se on huomionarvoinen, koska siinä on ainutlaatuisella tavalla huomioitu hallinnon toteuttamien toimenpiteiden vaikutus Ixil-intiaanien aineettomaan kulttuuriperintöön.

Tuomion on erityinen, sillä se luokittelee aineettoman kulttuuriperinnön hävittämisen rikokseksi ihmisyyttä vastaan. Lisäksi merkittävää on, että tuomioistuin totesi, että ryhmään kohdistuneet rikokset aiheuttivat Ixil-intiaanien yhteisölle sukupolvien välistä vahinkoa.¹⁶¹ Tämä vahinko ilmenee yhteisön kulttuuri-identiteetin vakavana häiriintymisenä, minkä seurauksena sen välittäminen eteenpäin vaarantuu.

Tuomioistuin totesi, että joukkomurhista selvinneet yksilöt kärsivät psyykkisistä ja sosiaalisista ongelmista, jotka ovat vaikuttaneet jopa uhrien lapsiin. Tuomioistuin viittasi Valdez Estradan asiantuntijalausuntoon, joka vahvistaa Ixil-intiaanien kulttuurin tuhoutumisen heitä kohtaan toteutettujen toimenpiteiden vuoksi. Estradan mukaan toimenpiteet pakottivat ryhmän luopumaan tärkeistä kulttuuriperinteistään. Tuomioistuin totesi, että Monttin hallinnon toteuttamat toimenpiteet pakottivat ryhmän luopumaan maastaan, maailmastaan ja tavoistaan ja siten katkaisemaan yhteytensä esi-isiinsä.¹⁶²

Oikeuskäytännöstä voidaan havaita, että pakkosulauttamisen keinona on käytetty myös muuta propagandaa, jolla pyritään yksilön ja yhteisön oman kulttuurin erityispiireiden häpäisemiseen ja nöyryyttämiseen. Kuten edellä on jo tullut ilmi, pakkosulauttaminen on monitahoista vaikuttamista, jolla pyritään siihen, että yksilöt hylkäävät oman kulttuuriinsa ja omaksuvat toisen kulttuurin sen tilalle. Tällaisen vaikuttamisen rinnalla propagandalla pyritään vahvistamaan hyökkääjien yhtenäisyyttä ja toisaalta samanaikaisesti heikentämään kohderyhmän identiteettiä. Propagandan pyrkimyksenä on heikentää kohderyhmän yhtenäisyyttä ivan, häpeän ja nöyryytyksen myötä. Häpeä vie yksilöiltä itsekunnioituksen ja sosiaalisen identiteetin osana alkuperäisryhmää. Yksilöt, jotka oppivat häpeämään jotakin osaa identiteetistään, yrittävät yleensä mahdollisimman nopeasti päästä siitä eroon. Luopuminen ei kuitenkaan yleensä onnistu kovin helposti, vaan

¹⁵⁹ Judging a Dictator: The Trial of Guatemala's Ríos Montt 2013, s. 14, 25.

¹⁶⁰ Kymmenen päivää tuomion antamisen jälkeen Guatemalan perustuslakituomioistuin mitättöi tuomion, koska puolustus esitti tuomarin jääväämistä koskevan vaatimuksen, jota perustuslakituomioistuimen mielestä ei ollut otettu riittävästi huomioon. Judging a Dictator: The Trial of Guatemala's Ríos Montt 2013, s. 3.

¹⁶¹ Judging a Dictator: The Trial of Guatemala's Ríos Montt 2013, s. 43.

¹⁶² Judging a Dictator: The Trial of Guatemala's Ríos Montt 2013, s. 42.

häpeän taakka saattaa seurata yksilöitä heidän loppuelämänsä.¹⁶³ Nöyryyttäminen on siten tehokas keino omasta kulttuurista vieraannuttamiseen, jolla on kauaskantoiset vaikutukset.

Edellä mainituista tapauksista esimerkiksi Kambodžan tuomioistuimen Chea & Samphan -tapauksessa Kambodžan kommunistinen puolue yllytti yleistä vihaa munkkeja ja nunnia kohtaan. Puolue viittasi yleisesti munkkeihin matoina ja verenimijöinä, uskontoon taikauskona ja Buddhan pat-saisiin pelkkänä betonina.¹⁶⁴ Guatemalan tuomioistuimen Montt-tuomioissa puolestaan todistettiin, että Ixil-termiä pidettiin yleisesti synonyyminä sissisotilaalle. Guatemalan armeija provosoitiin näkemään Ixil-intiaanit kapinallisina, vihamielisinä ja vaikeana kansana, joka ei suostunut alistumaan osaksi hallitsevaa espanjankielistä ryhmää. Armeija ei tehnyt eroa siviiliväestön ja aseellisten joukkojen välillä, koska piti kaikkia yhteisön jäseniä sotilaallisina kohteina.¹⁶⁵ Tällä menettelyllä Ixil-intiaanit leimattiin heidän hävittämisekseen. Varhaisemmista tapauksista mainittakoon esimerkkinä vielä Greiser-tapaus, jossa Greiser loukkasi ja pilkkasi puolalaisia väestöä julistaen sen kulttuurista ja sosiaalista alemmuutta muun muassa puolalaisia alentavilla säännöillä.¹⁶⁶

Viimeiseksi pakkosulauttamiseen voi liittyä myös kohderyhmän arvostettujen yksilöiden, kuten aatteellisten johtajien, karkottamista tai pidättämistä. Myös joukkotuhontasopimuksen luonnosprosessissa ryhmän kulttuuria edustavien yksilöiden pakollinen ja systemaattinen karkottaminen katsottiin kulttuurisen kansanmurhan tekemuodoksi. Ryhmän yhtenäisyyteen ja kollektiiviseen identiteettiin vaikuttaa yhteisössä arvostettujen yksilöiden poistaminen ryhmän keskuudesta, koska se heikentää ryhmän yksilöiden kykyä suojella identiteettiään ja itsetuntoaan.¹⁶⁷ Oikeuskäytännössä esimerkiksi Greiser-tapauksessa saksalaiset pidättivät ja karkottivat puolalaisten ja juutalaisten aatteellisesti korkeassa arvossa pitämiä yksilöitä. Tuomioistuimien katsoi, että Greiserin toteuttamat toimet kohdistettiin erityisesti puolalaisiin, jotka hänen mielestään ”seisoivat saksalaisen vallan lujittamisen tiellä”, ja että hän valikoi kohteiksi etenkin koulutettuja ja poliittisesti aktiivisia muun väestön joukosta.¹⁶⁸

Tuomioistuimen mukaan sota alkoi papiston jäsenten ja älymystön hävittämällä. Se totesi, että saksalaiset tukahduttivat voimakkaasti seura-

¹⁶³ Liebkind 1996, s. 213.

¹⁶⁴ Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan 2018, kohta 740, 1183.

¹⁶⁵ Judging a Dictator: The Trial of Guatemala's Ríos Montt 2013, s. 39, 42.

¹⁶⁶ Case No. 74 Trial of Gaultier Artur Greiser 1946, s. 71, 73.

¹⁶⁷ Ks. Liebkind 1996, s. 213.

¹⁶⁸ Case No. 74 Trial of Gaultier Artur Greiser 1946, s. 71.

kuntaa pidättämällä massoittain papiston jäseniä, joita pidettiin aatteellisina johtajina. Nämä menetykset olivat tuomioistuimen mukaan erittäin vakavia. Papiston jäseniä tapettiin, karkotettiin, sijoitettiin keskitysleireille tai vankiloihin ja valvottiin ankarasti Gestapon toimesta, jotta he pysyisivät näkymättömissä. Uskonnollisesti arvostettujen yksilöiden ohella myös korkeasti kouluttautuneita karkotettiin.¹⁶⁹

Myös Chea & Samphan -tapauksessa tuomioistuimen mukaan Kambodžan kommunistinen puolue ryhtyi supistamaan Champan muslimien yhtenäisyyttä tekemällä kohdennettuja karkotuksia muun muassa uskonnollisille johtajille ja islamissa hyvin kouluttautuneille.¹⁷⁰

4.2.3 Lasten siirtäminen pakolla ryhmästä toiseen

Lasten pakkosiirtoa koskeva tekemuoto sisältyy joukkotuhontasopimukseen biologisena joukkotuhonnan muotona. Lasten pakkosiirtoa koskevaa määräystä voidaan kuitenkin pitää ongelmallisena sopimuksen vakiintuneen tulkintalinjan kannalta, koska sen luonne fyysisenä tai biologisena tekemuotona ei ole erityisen selvä. Joukkotuhontasopimuksen hyväksymisen yhteydessä määräys siirrettiin kulttuurisesta kategoriasta biologiseen kategoriaan. On huomattava, että biologista kansanmurhaa oli alun perin luonnehdittu toimenpiteiksi, joiden tarkoituksena oli ryhmän jäsenten lisääntymisen estäminen, kuten pakkosterilisaatiot ja -abortit.¹⁷¹ Tähän verrattuna lasten pakkosiirtoja ei välttämättä voida pitää tällaisessa tarkoituksessa toteutettuina. Joukkotuhontasopimuksen määräystä koskevaa oikeuskäytäntöä on hyvin vähän.¹⁷²

Lasten pakkosiirtämistä koskevan määräyksen on katsottu olevan joukkotuhontasopimukseen sisältyvä joukkotuhonnan muoto, joka ei edellytä fyysistä tai biologista hävittämistä.¹⁷³ Tässä mielessä se voidaan nähdä ainoana kulttuurisena joukkotuhonnan muotona osana voimassaolevaa kansainvälistä oikeutta. Kyseistä joukkotuhontasopimuksen määräystä on

¹⁶⁹ Case No. 74 Trial of Gaultier Artur Greiser 1946, s. 80–82.

¹⁷⁰ Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan 2018, kohta 750–751.

¹⁷¹ UN Doc E/447, s. 26.

¹⁷² Vuonna 2015 Kansainvälinen tuomioistuin pyrki tapauksessa Kroatia v. Serbia korostamaan lasten pakkosiirtoa koskevan määräyksen ”fyysistä” ulottuvuutta. Tuomioistuimen mukaan kohderyhmä voidaan 2 artiklan e kohdan mukaan tuhota fyysisesti, ”koska sillä voi olla seuraukset ryhmän kyvyille uudistua ja siten varmistaa sen pitkäaikainen selviytymisen”. Kroatia v. Serbia 2015, kohta 136. Tätä tulkintaa on kuitenkin kritisoitu. Esim. Novic 2016, s. 70.

¹⁷³ Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan 2018, kohta 2381.

perusteltu sillä, että se on joka tapauksessa toimi, jonka tarkoituksena on saada aikaa ryhmän fyysinen tai biologinen häviäminen, vaikka kyseinen teko ei itsessään ole luonteeltaan fyysinen tai biologinen.¹⁷⁴ Voidaan kuitenkin väittää, että lasten pakkosiirtäminen ryhmästä toiseen on pohjimmiltaan kulttuurinen, koska lasten siirtäminen ryhmästä toiseen vaarantaa ryhmän olemassaolon nimenomaan sosiaalisessa mielessä. Se rikkoo ryhmää sosiaalisena yksikkönä ja estää kulttuurin siirtämisen eteenpäin. Lapset yksilöinä ovat erityisen haavoittuvaisia. Lapsella ei ole aikuisten tavoin vielä kykyä hallita identiteettinsä suojamekanismeja. Lapsen ympärillä olevien ihmisten, joiden parissa hän kasvaa ja varttuu, ominaisuudet määräävät pitkälti sen, millaiseksi hänen identiteettinsä muodostuu.¹⁷⁵ Siten lapsi, joka ei kasva oman ryhmänsä parissa, vieraantuu tuon ryhmän tavoista, kielestä ja koko yhteisön kulttuurisesta identiteetistä.¹⁷⁶ Vasta erityisen pitkällä aikavälillä toiminnan voidaan nähdä vaarantavan myös kohde-ryhmän biologisen olemassaolon, koska yksilöt eivät lisääny oman ryhmänsä sisällä.¹⁷⁷

Lasten pakkosiirtämisen yhteys kulttuuriseen kansanmurhaan on ollut esillä erityisesti Australian ja Kanadan alkuperäiskansojen kokemusten käsittelyssä. Molemmissa näissä tapauksissa lapsia siirrettiin pakolla perheistään oppilaitoksiin, joiden tarkoituksena oli sulauttaa heidät osaksi hallitsevaa valtakulttuuria. Australian ja Kanadan hallitusten perustamat komissiot¹⁷⁸ ovat myöhemmin viitanneet menettelyihin kulttuurisena kansanmurhana. Oikeuskäytäntöä tapauksista ei kuitenkaan ole, koska tuomioistuimet ovat kieltäytyneet tunnustamasta toimia joukkotuhontana.

Australiassa alkuperäiskansoihin kuuluvia lapsia siirrettiin sisäoppilaisiin ja australialaisiin ”valkoisiin” perheisiin heidän sulauttamisekseen osaksi valtakulttuuria.¹⁷⁹ Menettely mahdollistettiin väliaikaisilla osavaltion laeilla, jotka olivat keskenään erilaisia osavaltioiden välillä.

Yksi toistuvista malleista oli, että alkuperäiskansoihin kuuluvia lapsia sijoitettiin julkisen ”suojelijan” vastuulle, jolle oli annettu harkintavalta poistaa lapset perheistään laiminlyöntien vuoksi. Käytännössä viranomaiset pitivät alkuperäiskansoihin kuuluvia lapsia järjestelmällisesti

¹⁷⁴ Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan 2018, kohta 800.

¹⁷⁵ Liebkind 1996 s. 213.

¹⁷⁶ Kimpimäki 2015, s. 113; Werle 2005, s. 203.

¹⁷⁷ Werle 2005, s. 203.

¹⁷⁸ Australian Human Rights Commission (AHRC) ja Truth and Reconciliation Commission of Canada (TRC).

¹⁷⁹ Lasten pakkosiirtämistä koskeva menettely kesti maan eurooppalaisten miehityksestä 1970-luvulle. Australian Human Rights Commission 1997, s. 22, 31.

laiminlyötyinä. Yhdelläkään oikeusviranomaisella ei ollut vuoteen 1972 saakka valtuuksia tarkistaa kyseisiä päätöksiä. Useimmissa tapauksissa nämä siirrot tapahtuivat ilman vanhempien suostumusta. Mikäli vanhempien suostumus kuitenkin vaadittiin, viranomaiset painostivat ja uhkailivat vanhempia näiden kieltäytyessä.¹⁸⁰

Siitä huolimatta, että menettelyllä oli ilmeinen yhteys joukkotuhontasopimuksen 2 artiklan e kohtaan, asiaan ei puututtu ennen kuin Australian ihmisoikeuskomissio julkaisi vuonna 1997 kansallisen tutkimuksen alkuperäiskansojen ja Torresinsalmen saarien lasten pakkosiirroista. Komission julkaisemassa raportissa ”*Bringing Them Home*” lasten järjestelmällinen siirtäminen pois perheistään luokitellaan kansanmurhaksi. Komissio ei ottanut kantaa toimien biologisen ja kulttuurisen ulottuvuuden väliseen ristiriitaan, vaan pikemminkin otti lähtökohdakseen toimien kulttuurisen ulottuvuuden. Tämä tulee erityisesti ilmi komission näkemyksestä, jonka mukaan alkuperäiskansoihin kuuluvia lapsia poistettiin perheistään, koska mikäli he pysyisivät ”omassa ryhmässään”, he omaksuisivat tuon ryhmän tavat, kulttuurit ja perinteet. Komission mukaan menettely oli kansanmurhan luonteista, koska sen tavoitteena oli hävittää alkuperäiskansat ”kulttuurisena yksikkönä”. Lasten pakkosiirtojen aikana viranomaisten toimet osoittivat selvästi, että tavoitteena oli hävittää alkuperäiskansat vähentämällä sukupolvien välistä kulttuurin siirtymistä, estämällä lapsia harjoittamasta tätä kulttuuria ja pidemmällä aikavälillä muuntamalla ryhmää geneettisesti.¹⁸¹ Australian ihmisoikeuskomission raportissa ilmaistut kannanotot korostavat menettelyn aiheuttamia monitahoisia kulttuurisia haittoja ja niiden sukupolvien välistä ulottuvuutta.

Kanadan tapauksessa inuiitti- ja intiaanilapsia sekä muita alkuperäiskansoihin kuuluvia lapsia siirrettiin vanhemmilta myös kaukaisiin oppilaitoksiin.¹⁸² Näiden oppilaitosten tarkoituksena oli vieraannuttaa lapset pois omasta kulttuuristaan ja sulauttaa heidät osaksi valtaväestöä. Vuosia jatkuneen siirtolaisuuden myötä lapset menettivät yhteyden perheisiinsä ja yhteisöönsä. Heiltä vietiin itsekunnioitus ja sosiaalinen identiteetti osana alkuperäisryhmää.¹⁸³

¹⁸⁰ Australian Human Rights Commission 1997, s. 5–9.

¹⁸¹ Australian Human Rights Commission 1997, s. 24, 236–237.

¹⁸² Truth and Reconciliation Commission of Canada: Summary of the Final Report 2015, s. 2–3. Lasten pakkosiirtoa koskeva menettely oli toiminnassa vuodesta 1851 vuoteen 1960 saakka. Viimeinen oppilaitos suljettiin vuonna 1999. Truth and Reconciliation Commission of Canada: Summary of the Final Report 2015, s. 353–363.

¹⁸³ Truth and Reconciliation Commission of Canada: Summary of the Final Report 2015, s. 154.

Arviolta noin 150 000 alkuperäisväestöön kuulunutta lasta pakotettiin oppilaitoksiin. Kanadan hallituksen pyrkimyksenä oli luopua velvoitteistaan alkuperäiskansoja kohtaan ja saada alkuperäiskansojen maat ja niiden resurssit hallintaansa. Oppilaitoksissa lapsia vieraannutettiin kulttuuristaan rankaisemalla heitä väkivaltaisesti muun muassa äidinkieliensä käyttämisestä sekä perinteisten tapojensa ja uskonnon ilmaisemisesta.¹⁸⁴

Australian ihmisoikeuskomission tavoin Kanadan totuus- ja sovintokomissio määritteli raportissaan vuonna 2015 menettelyn ”kulttuuriseksi kansanmurhaksi”. Raportti määritteli kulttuurisen kansanmurhan tarkoittamaan niiden rakenteiden ja käytäntöjen tuhoamista, jotka mahdollistavat ryhmän säilymisen erottuvana yksikkönä. Sen mukaan valtiot, jotka osallistuvat kulttuuriseen kansanmurhaan, pyrkivät tuhoamaan kohderyhmän poliittiset ja sosiaaliset rakenteet. Tämä tapahtuu kohderyhmän maiden viemiselä, ryhmän jäsenten liikkumisen rajoittamisella, uskonnollisten tai henkisten esineiden tuhoamisella ja takavarikoinnilla, kielen käytön ja henkisten harjoitusten kieltämisellä sekä aatteellisten johtajien vainoamisella. Merkittäväntä raportin mukaan oli, että perheet hajotetaan, jotta estetään kulttuuristen arvojen ja identiteetin siirtyminen sukupolvelta toiselle.¹⁸⁵

Kanadan komissio otti lyhyesti kantaa joukkotuhontasopimuksen 2 artiklan biologisen ja kulttuurisen ulottuvuuden väliseen ristiriitaan. Ensinnäkin komissio myönsi sen, että vaikka se itse käytti raportissaan kulttuurisen kansanmurhan käsitettä, tämä oli tarkoituksella jätetty joukkotuhontasopimuksen ulkopuolelle. Komissio kuitenkin katsoi, että joukkotuhontasopimuksen 2 artiklan d ja e kohtien sanamuodot eivät viittaa ryhmän hävittämistarkoitukseen ainoastaan fyysisesti. Sen mukaan lasten pakko-siirtäminen omasta ryhmästään toiseen heidän indoktrinoimisekseen ja siten ryhmän tuhoamiseksi on joukkotuhonnan muoto, vaikka lapset jatkavat fyysisesti elämistä uuden ryhmän jäseninä.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Truth and Reconciliation Commission of Canada: Summary of the Final Report 2015, s. 3–4, 105.

¹⁸⁵ Truth and Reconciliation Commission of Canada: Summary of the Final Report 2015, s. 1. ”*Cultural genocide* is the destruction of those structures and practices that allow the group to continue as a group. States that engage in cultural genocide set out to destroy the political and social institutions of the targeted group. Land is seized, and populations are forcibly transferred and their movement is restricted. Languages are banned. Spiritual leaders are persecuted, spiritual practices are forbidden, and objects of spiritual value are confiscated and destroyed. And, most significantly to the issue at hand, families are disrupted to prevent the transmission of cultural values and identity from one generation to the next.”

¹⁸⁶ Truth and Reconciliation Commission: The Legacy – The Final Report, 2015, s. 125–126.

On huomattava, että vaikka molemmat komissiot määrittelivät toimenpiteet kulttuuriseksi kansanmurhaksi, näiden komissioiden kannanotot eivät ole oikeudellisesti sitovia. Molemmissa tapauksissa valtioiden hallitukset ja tuomioistuimet ovat toistaiseksi kieltäytyneet tunnustamasta toimia kansanmurhana. Tuomioistuimet ovat käyttäneet nimenomaan toiminnan kulttuurista ulottuvuutta kanteiden hylkäämiseksi eivätkä ole tunnustaneet toiminnan sisältävän hävittämistarkoitusta.¹⁸⁷ Tämä ei käsittele uhrien synkkiä kohtaloita riittävästi. Kun otetaan huomioon lasten elinolosuhteet menettelyiden aikana, hävittämistarkoituksen kieltäminen ei ota huomioon menettelyiden todellista vakavaa luonnetta. Hallitukset ja tuomioistuimet ovat käsitelleet toimintaa sulauttamisena ilman sen kansanmurhan luonteisuutta. Tämä näyttäytyy kiertoilmauksena, eufemismina, joka välttää tunnustamasta toiminnan julmuutta.¹⁸⁸ Hallitusten vastahakoisuuden perustana voidaan nähdä se, että valtiot eivät halua pahoitella omaa olemassaoloaan, joka perustuu siirtomaavaltujen kolonialismiin ja siitä johdantaiseen toimintaan, jossa alkuperäiskansat pyritään eliminoimaan.¹⁸⁹

5 LOPUKSI

Kulttuurisen kansanmurhan määrittely on ajankohtainen nykypäivänä, jolloin kulttuuriset rajat ovat yhä enemmän sekoittumisen ja neuvottelun kohteena.¹⁹⁰ Kuten edellä on jo todettu, kulttuuriaineksen tuhoaminen on kautta ihmiskunnan historian ollut osa konfliktien sodankäyntimenetelmiä. Nykyisin kulttuurinen kansanmurha esiintyy kuitenkin myös rauhan ajan yhteiskunnissa, joissa sen kohteena on valtaväestöstä erottuvien ihmis-

¹⁸⁷ Australian *Kruger*-tapaus (Alec Kruger and others v. The Commonwealth of Australia, 31.7.1997) on erityisen symbolinen osoitus tästä. Tapauksessa kanteen nostivat yksilöt, jotka olivat lapsuudessaan tulleet pakkosiirretyiksi, sekä heidän vanhempansa. He vaativat Australian tuomioistuimia julistamaan perustuslain vastaisiksi alkuperäiskansoja koskevat määräykset, jotka mahdollistivat pakkosiirrot, vedoten sekä Australian perustuslakiin että joukkotuhontasopimukseen. Australian korkeimman oikeuden mukaan tapauksessa ei kuitenkaan osoitettu sellaista, jonka perusteella toimet olisi toteutettu tarkoituksena hävittää alkuperäiskansa tässä sen ominaisuudessa joko kokonaan tai osittain. Mielenkiintoista on, että vaikka kantajat eivät yksilöineet ”kulttuurista kansanmurhaa”, tuomari *Dawson* katsoi esitetyt toimet kulttuuriseksi kansanmurhaksi, jolloin ne eivät voisi tulla joukkotuhontasopimuksen soveltamisalaa. Samansuuntainen on myös *Nulyarimma*-tapaus, (*Nulyarimma v Thompson*, Federal Court of Australia, 1.9.1999), jossa alkuperäiskansojen kokemusten kulttuurista ulottuvuutta käytettiin nimenomaan kanteen hylkäämiseksi.

¹⁸⁸ Novic 2016, s. 45.

¹⁸⁹ Ks. Moses 2013, s. 39; Wolfe 2006, s. 387.

¹⁹⁰ Ks. Wilson 1993, s. 168.

ryhmien itseilmaisua. Viimeisimmät massiiviset kulttuuriin kohdistuvat ihmisoikeusloukkaukset ovat kohdistuneet uiguuriyhteisöön Kiinassa sekä jesidiyhteisöön Syyrian ja Pohjois-Irakin alueella. Näitä hyökkäyksiä on nimitetty julkisessa keskustelussa kulttuuriseksi kansanmurhaksi.¹⁹¹

Se, miksi ihmisryhmän kulttuuriaineesta tulee tietoisien hävittämisen kohde, liittyy sen symboliarvoon. Kulttuurissa kiteytyvät ihmisryhmän yhteisölliset arvot. Vaikka edellä kuvattuja tekemuotoja voidaan kuvata kenties lievemmiä kuin joukkotuhonnan välittömimpänä ja äärimmäisimpänä muotona ymmärretty yksilöiden tappaminen,¹⁹² niiden tavoite on yhtä raskauttava, yhteisön tai ryhmän hävittäminen.

Joukkotuhonnan määritelmää ja tulkintaa on kautta historian kritisoitu ja haastettu.¹⁹³ Vaikka nykyinen joukkotuhonnan määritelmä on kapea rajoituksessaan vain tiettyihin fyysisiin ja biologisiin toimiin, sillä oli tavoitteena asettaa standardit ”rikoksien rikoksille”, koska se kattaa pahimmat hyökkäykset ihmisryhmiä kohtaan.¹⁹⁴ Se erottaa epätavallisen pahuuden tavanomaisesta pahuudesta.¹⁹⁵ Nykyistä määritelmää voidaan pitää epäonnistuneena sen sulkiessa kulttuurisen kansanmurhan soveltamisalansa ulkopuolelle. YK:n yleiskokous korosti päätöslauselmassaan 96 (I) kulttuurisen kansanmurhan vakavia seurauksia määriteltessään joukkotuhonnan ihmisryhmien olemassaolo-oikeuden kieltämiseksi, joka järkyttää ihmiskunnan omaatuntoa ja johtaa suuriin menetyksiin ihmiskunnalle näiden ihmisryhmien edustamien kulttuuristen ja muiden kontribuutioiden muodossa.¹⁹⁶ Kuitenkaan nykyinen joukkotuhontarikos ei suojaa tätä kulttuurista menetystä eikä niitä kulttuurisia ominaispiirteitä, jotka ylipäättään aktualisoivat joukkotuhontasopimuksen tarjoaman suojelun.

Tämän artikkelin tavoitteena oli pyrkiä määrittelemään kulttuurisen kansanmurhan käsite oikeudellisena ilmiönä korostaen sen negatiivisia vaikutuksia kohderyhmän jäsenten kykyyn säilyttää kulttuurinen identiteettinsä ja sosiaalinen yhteenkuuluvuutensa. Tässä määritellyssä käsiteltiin kulttuurisen kansanmurhan käsitteen historiaa sen varhaisesta muodosta kohti nykyaikaa ja tarkasteltiin oikeustapauksia, joissa on huomioitu kulttuurisen kansanmurhan ydin eli kohderyhmän yksilöiden identiteettiin kohdistuvat hyökkäykset ja näiden hyökkäysten vaikutus ryhmän kykyyn säilyttää yhtenäisyytensä. Artikkelin määritteli kulttuurisen kansanmurhan

¹⁹¹ Esim. Kuo 2020; Töyrylä 2019; Noradounkian 2015; Cervellera 2015.

¹⁹² Lemkin 1945, s. 42.

¹⁹³ Bechky 2012, s. 613.

¹⁹⁴ Finnegan 2020, s. 4.

¹⁹⁵ Bechky 2012, s. 553.

¹⁹⁶ A/RES/96(1).

kohderyhmän kulttuurisen identiteetin tuhoamisena, joka johtaa ryhmän hajoamiseen sosiaalisena yksikkönä. Vaikka ryhmän jäsenet jäävät fyysisesti eloon, ryhmää ei tosiasiassa enää kokonaisuutena ole.

Kuten kulttuurisen kansanmurhan ilmenemismuotoja koskevassa luvussa 4.2 on ollut esillä, kulttuurinen kansanmurha on potentiaalisesti sovellettavissa monenlaisiin tekoihin. Koska ihmisryhmän hävittämisen keinot voivat vaihdella huomattavasti, on välttämätöntä kysyä, edellytetäänkö hävittämiseltä ryhmän jäsenten fyysisistä tappamista vai voidaanko ryhmä tosiasiassa hävittää myös hienovaraisemmin keinoin. Kulttuurisen kansanmurhan ilmentymismuodoissa asiaa on lähestytty siten, että kohderyhmän hävittäminen voi tapahtua ensinnäkin kohderyhmän kulttuuriomaisuuden tuhoamisella ja toiseksi kohderyhmän erityispiirteiden tukahduttamisella. Molemmissa havainnollistetuissa tekemuodoissa kulttuurinen kansanmurha tapahtuu, kun kohderyhmän välisiä suhteita, kytköksiä ja vuorovaikutuksia häiritään niin voimakkaasti, että sen sosiaalinen yhtenäisyys purkautuu.

Kulttuurinen kansanmurha voidaan siten edellä käsiteltyjen ilmenemismuotojen perusteella nähdä kaksitahoisena. Yhtäältä se käsittelee kohderyhmän aineellisen kulttuuriperinnön tuhoamista ja toisaalta aineettoman kulttuuriperinnön tukahduttamista. Vaikka nämä kaksi tulisi nähdä tasavertaisina, niiden hävittämismuodot eroavat suuresti. Keskeistä kuitenkin on, että tällaisen hävittämisen tulos johtaa pitkäaikaiseen prosessiin, joka voidaan osoittaa vielä useiden vuosisatojen jälkeen. Tällöin kulttuurinen kansanmurha voi olla yksi teko, kuten moskeijan tai kirkon tuhoaminen, kunhan sen tulos johtaa pitkäaikaiseen lopputulokseen.¹⁹⁷ Tätä kulttuurisen kansanmurhan sukupolvien välistä vaikutusta on korostettu edellä käsitellyissä oikeustapauksissa. Useimmissa tapauksissa, joissa on mukana ”erityisen haavoittuvia” ihmisryhmiä, kuten alkuperäiskansoja, tämä edellytys täyttyy. Kulttuurinen kansanmurha on siten ymmärrettävä pitkäaikaisen prosessin tulokseksi, jonka keskiöön nousee kohderyhmän oikeus olemassaoloon, kehitykseen ja kulttuurin välittämiseen tuleville sukupolville.

Edellä on tuotu ilmi, että kulttuurisen kansanmurhan aseman vahvistamisesta kansainvälisessä oikeudessa on esitetty erilaisia kannanottoja. Ensinnäkin on ehdotettu lähestymistapaa, jolla kulttuurinen kansanmurha sisällytettäisiin osaksi kansainvälistä oikeutta uuden yleissopimuksen puitteissa. Tätä on kuitenkin pidettävä pitkänä ja vaikeanakin prosessina. Yhtä epätodennäköisenä voidaan pitää vaihtoehtoa, että joukkotuhontasopimusta täydennettäisiin lisäpöytäkirjalla, joka määritteli kulttuurisen kansan-

¹⁹⁷ Novic 2016, s. 237.

murhan kansainväliseksi rikokseksi, vaikka se olisikin teoreettisesti mahdollista. Ajatus uudesta yleissopimuksesta tai joukkotuhontasopimuksen lisäpöytäkirjasta vaikuttaa erityisen utopistiselta, kun huomioidaan argumentaatio kulttuurisen kansanmurhan käsitteen hylkäämisen puolesta YK:n alkuperäiskansojen oikeuksien julistuksen yhteydessä.¹⁹⁸

Joukkotuhontaa voidaan jo itsessään joukkotuhontasopimuksen määrittelemässä rajoissa pitää hyvin erityistyyppisenä rikoksena, joka saavuttaa hyvin rajalliset tulokset. Tämä johtuu joukkotuhontasopimuksen edellyttämästä erityisestä hävittämistarkoituksesta, *dolus specialis*, jota on useimmissa oikeusjärjestelmissä ollut vaikeampi todistaa kuin normaalia tahallisuutta.¹⁹⁹ Tämän seurauksena joukkotuhonta on rikoksena eriytynyt muista kansainvälisistä rikoksista. Vaikka kansainväliset tuomioistuimet ovat osoittaneet kasvavaa tietoisuutta rikoksen kulttuurista ulottuvuutta kohtaan, ei toisaalta ole yllättävää, että kulttuurinen kansanmurha on säilynyt yleissopimuksen soveltamisalan ulkopuolella, kun huomioidaan, että tuomioistuimilla on jo tästä erityisestä hävittämistarkoituksesta johtuen haluttomuutta tuomita joukkotuhonnasta, jopa tapauksissa, joissa kyse on fyysisestä tuhoamisesta.²⁰⁰

Toinen lähestymistapa kulttuurisen kansanmurhan sisällyttämisessä osaksi kansainvälistä oikeutta nojautuu jo olemassa oleviin kansainvälisen rikosoikeuden normeihin ja mahdollisuuksiin tulkita näitä normeja laajemmin. Nämä mahdollisuudet piilevät joukkotuhontasopimuksessa ja toisaalta kulttuurisen kansanmurhan huomioimisessa osana ihmisyyttä vastaan toteutettuja rikoksia. Epäselvää kuitenkin on, olisiko kulttuurinen kansanmurha tällöin itsenäinen rikos vai pikemminkin osa tai alakohta kyseisiä kriminalisointeja.²⁰¹ Todennäköisimpänä vaihtoehtona voidaan pitää kriminalisointia, jolla saatettaisiin kulttuurisen kansanmurhan vakavimmat tekemuodot kansainväliseksi rikokseksi. Näitä vakavimpia muotoja ilmentävät luvussa 4.2 käsitellyt oikeustapaukset, joissa voidaan todentaa menettelyn pitkäaikainen lopputulos ja kulttuurin siirtämisen estyminen myöhemmille sukupolville. Vaikka kulttuurisen kansanmurhan käsitteen sisällöllistä selkeyttämistä voidaan pitää tärkeänä, vielä tärkeämpänä on kuitenkin pidettävä näiden sen alaan kuuluvien räikeimpien tekemuotojen kriminalisointia. Tämä voi tarkoittaa kulttuurisen kansanmurhan käsitteen kiinteän määrittelyn menettämistä sen kiistanalaisen luonteen vuoksi.

¹⁹⁸ Novic 2016, s. 12.

¹⁹⁹ Kimpimäki 2015, s. 104.

²⁰⁰ Novic 2016, s. 142.

²⁰¹ Novic 2016, s. 12.

Käsitteeseen liittyy selvästi valtioiden puolelta suurta vastahakoisuutta. Valtiot pelkäävät kriminalisoivansa oman toimintansa eivätkä halua luoda esteitä pyrkimyksilleen luoda kansallista yhtenäisyyttä. Kuitenkin kun tarkastellaan luvussa 3 käsiteltyjä ihmisoikeusnormeja, on havaittavissa, että valtiot ovat olleet valmiita tunnustamaan vähemmistöille ja alkuperäiskansoille oikeuksia, jotka kytkeytyvät kulttuurisen kansanmurhan alaan. Yleisesti oletetaan, että pakkosulauttaminen on kielletty kansainvälisessä oikeudessa kulttuurin suojeluun liittyvillä määräyksillä. Näihin määräyksiin kuuluu muun ohella se, että valtioita veloitetaan KP-sopimuksen 27 artiklassa kielteisesti olemaan puuttumatta vähemmistökulttuureihin. Toinen vahva ilmentymä kulttuurisen kansanmurhan ”löytymisestä” osana kansainvälistä oikeutta on luvussa 3.2 käsitelty alkuperäiskansojen oikeuksien julistuksen 8 artikla.

Kulttuuriaineksen säilyttäminen on erityisen tärkeää koko ihmiskunnan kannalta, ja kulttuurisen kansanmurhan oikeudellinen tehottomuus on valittavaa maailman kaikkien kansojen näkökulmasta. Mikäli maailman kulttuurisen monimuotoisuuden annetaan tuhoutua, vaikutukset ovat yhtä tuhoisat kuin joukkotuhontasopimuksen suojaamalla kansan fyysisellä ja biologisella hävittämisellä. Kulttuurisen moninaisuuden puolustaminen on eettisesti välttämätöntä ja erottamaton osa ihmisarvon kunnioittamista. Erityisesti alkuperäiskansojen suhteen sellaisen kansanmurhan hyväksyminen, joka ylittää suoran tappamisen, on tarpeen.²⁰² Alkuperäiskansojen kulttuuriaineksen tuhoaminen riistää kansalta sen koskemattomuuden, mitä voidaan pitää tunnustettuna kansainvälisenä vääryytenä, johtuen edellä mainittujen määräysten laajasta kansainvälisen yhteisön tuesta. Kulttuurin suojelun tärkeys korostuu siinä, että kulttuuriaine muodostaa resurssit, joita yksilöt tarvitsevat identiteettinsä toteuttamiseen. Itsensä toteuttamisen kautta elämä saa merkitystä, joka on osa ihmisarvoa.²⁰³ Kulttuurin suojelu ja ihmisarvo kietoutuvat siten yhteen. Kulttuurinen kansanmurha on vakava ihmisoikeusloukkaus, joka on suoraan sidoksissa jonkin ryhmän jäsenyyteen. Tämän loukkauksen kriminalisoinnin samoin kuin kulttuurisen kansanmurhan käsitteen kiinteän määrittelyn vahvistaminen osana kansainvälistä oikeutta jää tulevaisuudessa nähtäväksi.

²⁰² Ks. van Krieken 2008, s. 77.

²⁰³ Ks. Donnelly 2013, s. 218.

LÄHTEET

Kirjallisuus

- Amman, Diane Marie, Group Mentality, Expressivism, and Genocide. *International Criminal Law Review* Volume 2 Issue 2 April 2002, s. 93–143. https://heinonline-org.ezproxy.ulapland.fi/HOL/Page?lname=&public=false&collection=journals&handle=hein.journals/intcrimlrb2&men_hide=false&men_tab=toc&kind=&page=93, haettu 8.2.2021.
- Bachman, S. Jeffrey – Carasik Lauren, Destroying Indigenous Cultures in the United States, s. 97–117 teoksessa Bachmann, Jeffrey (ed.), *Cultural Genocide: Law, Politics, and Global Manifestations*. Routledge Studies in Genocide and Crimes against Humanity Series. Routledge Abingdon 2019.
- Bechky, Perry S., Lemkin's Situation: Toward a Rhetorical Understanding of Genocide. *Brooklyn Law Review*, Volume 77, Number 2, March 2012, s. 551–624. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815713, haettu 8.2.2021.
- Benjamin, Saija, Kulttuuri-identiteetti – Merkitys kehitykselle ja kotoutumiselle, s. 56–105 teoksessa Laine, Marja (toim.), *Kulttuuri-identiteetti & kasvatusta: Kulttuuriperintökasvatusta kotoutumisen tukena*. Suomen Kulttuuriperintökasvatuksen seura 2014. https://www.kulttuuriperintokasvatus.fi/wp-content/uploads/2015/04/Kulttuuri-identiteetti_ja_kasvatus.pdf, haettu 8.2.2021.
- Berster, Lars, The Alleged Non-Existence of Cultural Genocide: A Response to the Croatia v. Serbia Judgment. *Journal of International Criminal Justice*, Volume 13, Issue 4, September 2015, s. 677–692. https://heinonline-org.ezproxy.ulapland.fi/HOL/Page?lname=&public=false&collection=journals&handle=hein.journals/jicj13&men_hide=false&men_tab=toc&kind=&page=677, haettu 8.2.2021.
- Bilsky, Leora, – Klagsbrun, Rachel, The Return of Cultural Genocide? *The European Journal of International Law*, Volume 29, Number 2, May 2018, s. 373–396. <https://academic.oup.com/ejil/article/29/2/373/5057075>, haettu 8.2.2021.
- Cervellera, Bernardo: Yazidi refugees at risk of genocide. *AsiaNews* 13.1.2015. [http://www.asianews.it/news-en/\(Middle-East,Iraq,Syria,Turkey\)-Yazidi-refugees-at-risk-of-genocide-33173.html](http://www.asianews.it/news-en/(Middle-East,Iraq,Syria,Turkey)-Yazidi-refugees-at-risk-of-genocide-33173.html), haettu 8.2.2021.
- Clavero, Bartolomé, *Genocide Or Ethnocide, 1933–2007: How to Make, Unmake, and Remake Law with Words*. Giuffrè Editore, Milano 2008.
- Daher, Okan – Hannikainen, Lauri – Heikinheimo, Karoliina (toim.), *Suomen kansalliset vähemmistöt: kulttuurien ja kielten rikkautta. 2., uudistettu painos. Vähemmistöoikeuksien ryhmän Suomen jaosto, Minority Rights Group Finland* 2012.
- Dinstein, Yoram, *Collective Human Rights of Peoples and Minorities*. Cambridge University Press, Volume 25, Number 1, January 1976, s. 102–120. https://www.jstor.org/stable/758496?read-now=1&seq=17#page_scan_tab_contents, haettu 8.2.2021.
- Donnelly, Jack, Human rights, individual rights and collective rights, s. 39–62 teoksessa Berting, Jan et al. (eds.), *Human rights in a pluralist world: individuals and collectives*. Meckler Corporation, Westport (CT) 1990.
- Donnelly, Jack, *Universal human rights in theory and practice*. Second Edition. Manas Publications 2013.

- Finnegan, Ciara, The Uyghur Minority in China: A Case Study of Cultural Genocide, Minority Rights and the Insufficiency of the International Legal Framework in Preventing State-Imposed Extinction. Multidisciplinary Digital Publishing Institute, Laws 2020 Volume 9, Issue 1, January 2020, s. 1–20. <https://www.mdpi.com/2075-471X/9/1/1/htm>, haettu 8.2.2021.
- Galip, Özlem Belçim, The Armenian genocide and Armenian identity in modern Turkish novels. Turkish Studies, Volume 20, Issue 1, January 2019, s. 92–119. <https://www.tandfonline-om.ezproxy.ulapland.fi/doi/full/10.1080/14683849.2018.1439383>, haettu 8.2.2021.
- Hannikainen, Lauri: Vähemmistöjen suojele kansainvälisessä oikeudessa 1990-luvulla, s. 32–55 teoksessa Dahlgren, Taina, Vähemmistöt ja niiden syrjintä Suomessa. Ihmis-oikeusliitto 1996.
- Hokkanen, Pete, Uskonnonvapaus monikulttuuristuvassa koulussa. Vaasan yliopisto 2014.
- Hon, Kristina, Bringing Cultural Genocide in by the Backdoor: Victim Participation at the ICC. Senton Hall Law Review, Volume 43, Issue 359, September 2013, s. 359–407. <https://scholarship.shu.edu/shlr/vol43/iss1/7>, haettu 8.2.2021.
- Kimpimäki, Minna, Kansainvälinen rikosoikeus. Kauppakamari 2015.
- Koivulahti, Tiina – Hakkarainen, Maarit, Suomi Saksan kansallissosialistien anastaman taiteen vastaanottajamaana. Tieteessä Tapahtuu, Volume 22, Number 8, marraskuu 2004, s. 15–21. <https://journal.fi/tt/article/view/57137>, haettu 8.2.2021.
- Koivurova, Timo, Alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeus kansainvälisessä oikeudessa, s. 249–269 teoksessa Aarto, Markus – Vartiainen, Markku (toim.), Oikeus kansainvälisessä maailmassa: Ilkka Saraviidan juhlaKirja. Edita 2008.
- Koivurova, Timo, Alkuperäiskansojen asema ja oikeudet kansainvälisessä oikeudessa, s. 26–49 teoksessa Kokko, Kai T. (toim.), Kysymyksiä saamelaisten oikeusasemasta. Lapin yliopisto 2010. <http://miun.diva-portal.org/smash/get/diva2:280563/FULLTEXT01.pdf>, haettu 8.2.2021.
- Kuo, Lily, Poetry, the soul of Uighur culture, on verge of extinction in Xinjiang. The Guardian, 6.12.2020. <https://www.theguardian.com/world/2020/dec/06/poetry-the-soul-of-uighur-culture-on-verge-of-extinction-in-xinjiang>, haettu 8.2.2021.
- van Krieken, Robert, Cultural Genocide Reconsidered. Australian Indigenous Law Review, Volume 12, Special Edition Issue, January 2008, s. 76–81. <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AUIndigLawRw/2008/11.pdf>, haettu 8.2.2021.
- Lemkin, Raphaël, Genocide – A Modern Crime, Free World, Volume 9, Issue 4, April 1945, s. 39–43. https://heinonline-org.ezproxy.ulapland.fi/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/freewrld9&div=105&start_page=39&collection=journals&set_as_cursor=12&men_tab=srchresults, haettu 8.2.2021.
- Liebkind, Karmela, Ennakkoluulot ja niiden uhrin, s. 199–226 teoksessa Dahlgren, Taina, Vähemmistöt ja niiden syrjintä Suomessa. Ihmis-oikeusliitto 1996.
- Moses, A. Dirk, Genocide. Australian Humanities Review, Issue 55, November 2013, s. 23–44. http://australianhumanitiesreview.org/wp-content/uploads/2015/09/AHR55_2_Moses.pdf, haettu 8.2.2021.
- Negri, Stefania, Cultural Genocide in International Law: Is the Time Ripe for a Change? Transnational Dispute Management, Volume 10, Issue 5, October 2013, s. 1–9.

- https://www.academia.edu/10425012/Cultural_Genocide_in_International_Law_Is_the_Time_Ripe_for_a_Change, haettu 8.2.2021.
- Noradounkian, Emma, Destroying the Memory of a people: ISIS' Cultural Genocide on Religious Minorities. *The McGill International Review* 8.4.2015. <https://www.mironline.ca/destroying-the-memory-of-a-people-isis-cultural-genocide-on-religious-minorities/>, haettu 8.2.2021.
- Novic, Elisa, *The Concept of Cultural Genocide: An International Law Perspective*. Oxford University Press 2016.
- Pajari, Katriina, Suljettuja koulutusleirejä kameron taivaalla lentävissä vaelinnoissa – Kiinassa on kaikessa hiljaisuudessa käynnissä huipputeknologialla tehostettu vaino miljoonia uiguurimuslimeja kohtaan. *Helsingin Sanomat*, 3.10.2018. <https://www.hs.fi/ulkomaat/art-2000005862913.htm>, haettu 8.2.2021.
- Portin, Anja, *Kollektiiviset oikeudet ihmisoikeuksina ja niiden merkitys alkuperäiskansojen suojelussa*. Turun yliopisto 1999.
- Powell, Christopher, What do genocides kill? A relational conception of genocide. *Journal of Genocide Research*, Volume 9, Issue 4, December 2007, s. 527–544. <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14623520701643285>, haettu 8.2.2021.
- Reijonen, Merja, Tila ja kulttuurinen identiteetti. Entisen Neuvostoliiton alueelta tulleiden paluumuuttajien kulttuurisen identiteetin muodostuminen Suomessa asutun vuoden aikana. *Helsingin yliopisto* 2002.
- Schabas, William A., *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes*. Cambridge University Press, First Edition, Cambridge 2000, s. 11–33. <https://www.javeriana.edu.co/blogs/ildiko/files/Genocide-in-International-Law1.pdf>, haettu 8.2.2021.
- Schabas, William A., *Genocide in International Law. The Crimes of Crimes*. Second Edition. Cambridge University Press 2009.
- Seurujärvi-Kari, Irja, Saamelaiset alkuperäiskansana ja saamelaisuuden tulevaisuus, s. 33–50 teoksessa Daher, Okan – Hannikainen, Lauri – Heikinheimo, Karoliina (toim.), *Suomen kansalliset vähemmistöt: kulttuurien ja kielten rikkautta*. 2., uudistettu painos. Vähemmistöoikeuksien ryhmän Suomen jaosto, Minority Rights Group Finland 2012.
- Thake, Ann Marie, *The Intentional Destruction of Cultural Heritage as a Genocidal Act and a Crime Against Humanity*. ESIL Conference Paper Series, Volume 10, Number 5, April 2018, s. 1–25. <https://ssrn.com/abstract=3163108>, haettu 8.2.2021.
- Thornberry, Patrick, *International Law and the Rights of Minorities*. Oxford University 1991.
- Töyrylä, Katriina, BBC: Kiina erottaa uiguurilapsia vanhemmistaan – ”vaikuttaa kulttuuriselta kansanmurhalta”. *Yle Uutiset* 5.7.2019. <https://yle.fi/uutiset/3-10863316>, haettu 8.2.2021.
- VanderWal, Koo, *Collective human rights: a western view*, s. 83–98 teoksessa Berting, Jan et al. (eds.), *Human rights in a pluralist world: individuals and collectives*. Meckler Corporation, Westport (CT) 1990.
- Webb, Philippa, *International Judicial Integration and Fragmentation – Chapter One*. King's College London Law School Research Paper No. 2015-47, July 2015, s. 1–13. <https://ssrn.com/abstract=2634145>, haettu 8.2.2021.
- Werle, Gerhard, *Principles of International Criminal Law*. TMC Asser Press 2005.

- Wilson, M. Thomas, *Frontiers Go but Boundaries Remain. The Irish Border as a Cultural Divide*, s. 167–187 teoksessa *Cultural Change and the New Europe: Perspectives and the European Community*. First Edition. Westview Press 1993.
- Wolfe, Patrick, *Settler Colonialism and the Elimination of the Native*, *Journal of Genocide Research*, Volume 8, Issue 4, December 2006, s. 387–409. <https://www-tandfonline-com.ezproxy.ulapland.fi/doi/full/10.1080/14623520601056240>, haettu 8.2.2021.
- Yavuz, Hakan M. – Erdagöz, Hakan, *The Tragedy of the Ottomans: Muslims in the Balkans and Armenians in Anatolia*. *Journal of Muslim Minority Affairs*, Volume 39 Issue 3, August 2019, s. 273–281. <https://www-tandfonline-com.ezproxy.ulapland.fi/doi/pdf/10.1080/13602004.2019.1654188?needAccess=true>, haettu 8.2.2021.

Valtiosopimukset ja julistukset

- African Charter on Human and Peoples' Rights, hyväksytty 27.6.1981, kansainvälinen voimaantulopäivä 21.10.1986 (1520 UNTS 217) (Afrikan ihmisoikeuksien peruskirja).
- Alkuperäiskansoja ja heimokansoja koskeva ILO:n yleissopimus No. 169 (ILO Covention No. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries), hyväksytty 27.6.1989, kansainvälinen voimaantulopäivä 5.9.1991 (1659 UNTS 383).
- American Convention on Human Rights, hyväksytty 22.11.1969, kansainvälinen voimaantulopäivä 18.7.1978 (OAS Treaty Series No. 36; 1144 UNTS 123) (Amerikan ihmisoikeussopimus).
- Genèven sopimus siviilihenkilöiden suojelemisesta sodan aikana, sopimus IV (Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Fourth Geneva Convention), hyväksytty 12.8.1949, kansainvälinen voimaantulopäivä 21.10.1950 (Sops 8/1955).
- Euroopan neuvoston puitteissa tehty yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi sellaisena kuin se on muutettuna 11. ja 14. pöytäkirjalla (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocols Nos. 11 and 14), hyväksytty 4.11.1950, kansainvälinen voimaantulopäivä 3.9.1953 (SopS 18-19/1990) (Euroopan ihmisoikeussopimus).
- Ihmisoikeuksien yleismaailmallinen julistus (Universal Declaration of Human Rights, General Assembly Resolution 217A [III]), hyväksytty 10.12.1948 (UN Doc. A/810).
- Kansalaisyhteisöjä ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (International Covenant on Civil and Political Rights), hyväksytty 16.12.1966, kansainvälinen voimaantulopäivä 23.3.1976 (SopS 7- 8/1976) (KP-sopimus).
- Taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), hyväksytty 16.12.1966, kansainvälinen voimaantulopäivä 3.1.1976 (Sops 6/1976) (TSS-sopimus).
- Valtiosopimusoikeutta koskeva Wienin yleissopimus (Vienna Convention on the Law of Treaties) hyväksytty 23.5.1969, kansainvälinen voimaantulopäivä 27.1.1980 (Sops 32–33/1980).

- Yhdistyneiden kansakuntien julistus alkuperäiskansojen oikeuksista (Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, General Assembly Resolution 61/295), hyväksytty 13.9.2007 (UN Doc. A/61/L.67 and Add.1) (UNDRIP).
- Yhdistyneiden kansakuntien vähemmistöoikeuksien julistus (Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities), hyväksytty 3.2.1992 (A/RES/47/135).
- Yleissopimus aineettoman kulttuuriperinnön suojelemisesta (UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage), hyväksytty 17.10.2003, kansainvälinen voimaantulopäivä 20.4.2006 (Sops 47/2013).
- Yleissopimus joukkotuhontana pidettävän rikoksen ehkäisemiseksi ja rankaisemiseksi (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide), hyväksytty 9.12.1948, kansainvälinen voimaantulopäivä 12.1.1951 (Sops 5/1960).
- Yleissopimus maailman kulttuuri- ja luonnonperinnön suojelemisesta (Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage), hyväksytty 16.11.1972, kansainvälinen voimaantulopäivä 17.12.1975 (Sops 19/1987).

Ulkomaisten viranomaisten julkaisut

- Australian Human Rights Commission, Bringing Them Home, Report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from Their Families, April 1997. http://humanrights.gov.au/social_justice/bth_report/index.html, haettu 8.2.2021.
- Truth and Reconciliation Commission of Canada, Canada's Residential Schools: The Legacy – The Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada, Volume 5, 2015. http://www.trc.ca/assets/pdf/Volume_5_Legacy_English_Web.pdf, haettu 8.2.2021.
- Truth and Reconciliation Commission of Canada, Truth and Reconciliation Commission of Canada Honouring the truth, reconciling for the future: Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada, July 2015. http://www.trc.ca/assets/pdf/Honouring_the_Truth_Reconciling_for_the_Future_July_23_2015.pdf, haettu 8.2.2021.

Kansainvälisten järjestöjen ja tuomioistuinten asiakirjat

- ECCC, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the prosecution under Cambodian law of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea, hyväksytty 6.6.2003. <https://www.refworld.org/docid/4ba8e2ea9dc.html>, haettu 8.2.2021.

Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea, 27.10.2004 (NS/RKM/1004/006). https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf, haettu 8.2.2021.

ICC, International Criminal Court

Kansainvälisen rikostuomioistuimen Rooman perussääntö (Rome Statute of the International Criminal Court), hyväksytty 17.7.1998 (Sops 56/2002).

ICJ, International Court of Justice

CR 2006/16: Public sitting in the case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), 13.3.2006. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20060313-ORA-01-00-BI.pdf>, haettu 8.2.2021.

ICRC, International Committee of the Red Cross

Commentary on the Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Vol. IV, published under the general editorship of Jean S. Pictet, 1958. https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/GC_1949-IV.pdf, haettu 8.2.2021.

ICTR, International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory Neighbouring States, Between 1. January 1994 and 31. December 1994

Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, hyväksytty 8.11.1994 (UN Doc. S/RES/955[1994]) (Ruanda-tuomioistuimen perussääntö).

ICTY, International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991

Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, hyväksytty 25.5.1993 (UN Doc. S/RES/808[1993]) (Jugoslavia-tuomioistuimen perussääntö).

ILA, International Law Association

Report of the 74th Conference, The Hague 15-19 August 2010.

<https://heinonline-org.ezproxy.ulapland.fi/HOL/Page?handle=hein.ilarc/ilarc0074&id=1&collection=ilarc&index=>, haettu 8.2.2021.

ILC, International Law Commission

A/CN.4/SER.A/1996/Add.1(Part2): Yearbook of the International Law Commission. 1996. Volume 2, part 2, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its 48th session, United Nations publication, January 2000. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1996_v2_p2.pdf, haettu 8.2.2021.

IMT, International Military Tribunal at Nürnberg

Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, hyväksytty 8.8.1945. (82 UNTS 280) (Lontoon sopimus).

UNESCO

Unesco and the Struggle Against Ethnocide: Declaration of San José, December 1981. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000049951>, haettu 8.2.2021 (San José'n julistus).

YK (UN)

A/HRC/31/59: Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, 3.2.2016. <https://www.refworld.org/docid/56f174dd4.html>, haettu 8.2.2021.

A/RES/96(1): The Crime of Genocide, 11.12.1946. <https://www.refworld.org/docid/3b00f09753.html>, haettu 8.2.2021.

E/AC.25/W.1/Add.3: Ad Hoc Committee on Genocide: draft report / submitted by Mr. Azkoul, Rapporteur, 30.4.1948. <https://digitallibrary.un.org/record/601996>, haettu 8.2.2021.

E/CN.4/Sub.2/1993/29: Report of the Working Group on Indigenous Populations on its 11th Session, 23.8.1993. <https://digitallibrary.un.org/record/226229?ln=en>, haettu 8.2.2021.

E/CN.4/2003/92: Report of the Working Group Established in Accordance with Commission on Human Rights Resolution 1995/32, 6.1.2003. <https://digitallibrary.un.org/record/486787>, haettu 8.2.2021.

S/RES/827: Security Council resolution 827, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY. 25.5.1993. <https://www.refworld.org/docid/3b00f21b1c.html>, haettu 8.2.2021.

UN Doc E/447: Draft Convention on the Crime of Genocide, 26.6.1947. <https://digital.library.un.org/record/611058>, haettu 8.2.2021.

UN Doc. E/794: Report of the Committee and draft Convention drawn up by the Committee/ Ad Hoc Committee on Genocide (Dr. Karim Azkoul – Rapporteur), 24.5.1948. <https://digitallibrary.un.org/record/604195#record-files-collapse-header>, haettu 8.2.2021.

UN Doc A/C.6/SR.63: Sixty third meeting, held at Palais de Chaillot, Paris, on Thursday, 30 September 1948: [6th Committee, General Assembly, 3rd session], 30.9.1948. <https://digitallibrary.un.org/record/603887?ln=en>, haettu 8.2.2021.

UN Doc A/C.6/SR.82: Eighty second meeting, held at Palais de Chaillot, Paris, on Saturday, 23 October 1948: [6th Committee, General Assembly, 3rd session] Continuation of the Consideration of the Draft Convention on Genocide (E/794): Report of the Economic and Social Council, 23.10.1948. <https://digitallibrary.un.org/record/604634?ln=en>, haettu 8.2.2021.

UN Doc A/C.6/SR.83: Eighty third meeting, held at Palais de Chaillot, Paris, on Monday, 25 October 1948: (6th Committee, General Assembly, 3rd session) Continuation of the consideration of the draft convention on genocide (E/794): report of the Economic and Social Council, 25.10.1948. <https://undocs.org/en/A/C.6/SR.83>, haettu 8.2.2021.

Muut digitaaliset lähteet

United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples -verkkosivut.

www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples.html, haettu 8.2.2021.

United Nations Treaty Series -verkkosivut, Unescon maailman kulttuuri- ja luonnonperinnön suojelemista koskevan yleissopimuksen sopimusvaltiot.

https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800fece0&clang=_en, haettu 8.2.2021.

United Nations Treaty Series -verkkosivut, Unescon aineettoman kulttuuriperinnön suojelemista koskevan yleissopimuksen sopimusvaltiot.

https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028006656f&clang=_en, haettu 8.2.2021.

OIKEUSTAPAUKSET

Kansainvälisten tuomioistuinten oikeustapaukset

ECCC, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia

Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan, 16.11.2018 (E465).

ICC, International Criminal Court:

Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, 27.9.2016 (ICC-01-/12-01/15).

Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, 17.8.2017 (Reparations Order ICC-01-/12-01/15).

ICJ, International Court of Justice

Bosnia-Herzegovina v. Serbia ja Montenegro, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, 26.2.2007.

Kroatia v. Serbia, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, 3.2.2015.

Nicaragua v. United States of America, Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua, 27.6.1986.

ICTY, International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991

Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez, 26.2.2001 (IT-95-14/2-T).

Prosecutor v. Momcilo Krajisnik, 27.9.2006 (IT-00-39-T), Trial Judgement.

Prosecutor v. Radislav Krstić, 2.8.2001 (IT-98-33-T), Trial Judgement.

Prosecutor v. Radoslav Brđjanin, 1.9.2004 (IT-99-36-T), Trial Judgement.

Prosecutor v. Tihomir Blaskić, 3.3.2000 (IT-95-14-T), Trial Judgement.

IMT, International Military Tribunal at Nuremberg

Judgment of the International Military Tribunal at Nuremberg for the Trial of German Major War Criminals, 1.8.1946.

Kansallisten tuomioistuinten oikeustapaukset

Australia

Alec Kruger and others v. The Commonwealth of Australia, M21 of 1995, High Court of Australia, 31.7.1997.

Nulyarimma v. Thompson, Federal Court of Australia, 1.9.1999, FCA 1192.

Guatemala

La Republica de Guatemala v. Jose Mauricio Rodriguez Sanchez y Jose Effrain Rios Montt, 17.5.2013, Case no. C-01076-2011-00015. Artikkelissa käytetty englanninkielistä tiivistelmäkäännöstä tuomiosta: Judging a Dictator: The Trial of Guatemala's Rios Montt, The Open Society Justice Initiative, November 2013. <https://www.justiceinitiative.org/uploads/bbdf1b25-f6c4-4370-8a54-f310bbe552f9/judging-dictator-trial-guatemala-rios-montt-11072013.pdf>, haettu 12.5.2020.

Puola

Case No. 74 Trial of Gaultier Artur Greiser, Supreme National Tribunal of Poland, 21.6.–7.7.1946.

LYHENTEET

AHRC	Australian Human Rights Commission Australian ihmisoikeuskomissio
AIDP	International Association of Penal Law Kansainvälinen rikosoikeusyhdistys
AQIM	Al-Qaeda in the Islamic Maghreb
CPK	Communist Party of Kampuchea Kambodžan kommunistinen puolue
ECCC	Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia Kambodžan erityistuomioistuin
ERR	Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg
ICC	International Criminal Court Kansainvälinen rikostuomioistuin
ICJ	International Court of Justice YK:n Kansainvälinen tuomioistuin
ICRC	International Committee of the Red Cross Punaisen Ristin kansainvälinen komitea
ICTR	International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory Neighbouring States, Between 1. January 1994 and 31. December 1994 (International Criminal Tribunal for Rwanda) Ruanda-tuomioistuin
ICTY	International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991 Jugoslavia-tuomioistuin, entisen Jugoslavian alueen kansainvälinen rikostuomioistuin
ILA	International Law Association
ILC	International Law Commission Kansainvälisen oikeuden toimikunta
ILO	International Labour Organization Kansainvälinen työjärjestö
IMT	The International Military Tribunal at Nuremberg Nürnbergin sotarikostuomioistuin
TRC	Truth and Reconciliation Commission of Canada Kanadan totuus- ja sovintokomissio
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization Yhdistyneiden kansakuntien kasvatus-, tiede- ja kulttuurijärjestö
YK	Yhdistyneet kansakunnat

THE CONCEPT OF CULTURAL GENOCIDE

This article discusses the concept of cultural genocide and its underlying acts in international law. The concept of genocide was originally envisaged by Raphael Lemkin encompassing not only physical and biological acts of genocide, but also the intentional destruction of cultural elements that make one group of people distinct from another. The earlier drafts of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Genocide Convention) included such criminalisation but eventually the criminalisation of cultural genocide was left out of the final draft of the Genocide Convention. Due to the failure of the Genocide Convention to recognize the cultural dimension, the cultural genocide is at the time being a dismissed legal concept and has not been established in international law.

The genocide is usually defined as “the crime of crimes”, and it is often used to refer to the most severe crimes such as mass killings. Compared to this, cultural genocide does not necessitate any killing or bodily harm, but is the systematic destruction of traditions, values, language, and other elements that make the group distinct from other groups. The target in cultural genocide is the group’s unique cultural characteristics that are forming the very core of their cultural identity. In this vein, the cultural genocide can be seen as a crime directed against difference itself.

By discussing the concept of cultural genocide and its underlying acts this article does so in a three-stage process. The first stage examines the concept of cultural genocide in relation to the Genocide Convention and assesses its early conceptualisations that were present in the drafts of Convention. The second approach shifts the focus more on the norms set down in international human rights law since the possibility to define the concept of cultural genocide has recurred in these instruments and it is argued that the current protection from cultural genocide is set out in these norms. Through this journey, the article thus traces developments from the early conceptualisation of cultural genocide to the contemporary question of its understandings in international law. The final stage examines a number of legal cases in which either the concept of cultural genocide or the idea of cultural destruction has been discussed. The final stage thus concludes the article’s findings of the concept of the cultural genocide and its underlying acts and finally presents its possibilities of codification.

Kirjoittajat

Marko Forss

HTM, tohtorikoulutettava, Itä-Suomen yliopisto; rikoskomisario

Alexi Heinilä

OTT, yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto

Elina Inberg

OTM, lakimies, sosiaali- ja terveysalan lupa- ja valvontavirasto
Valvira

Eeva-Maija Kalkela

OTM, yleinen edunvalvoja, Lapin edunvalvontatoimisto

Kai Kotiranta

OTT, asianajaja, Kotiranta & Co Asianajotoimisto;
työelämäprofessori, Lapin yliopisto

Petteri Laitila

OTM, ylitarkastaja, Lounais-Suomen aluehallintovirasto

Veera Välitähti

OTM, lakimies, Vantaan kaupunki