

OIKEUSTIEDE

JURISPRUDENTIA

XLIX

2016

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA

Toimitusneuvosto

Jaana Norio-Timonen, puheenjohtaja

Tuula Linna

Tapio Määttä

Seppo Villa

Toimittaja

Antti Kolehmainen

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

www.lakimiesyhdistys.fi

© kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys

ISSN-L 0355-8215

ISSN 0355-8215

ISBN 978-951-855-360-4

ISBN 978-951-855-723-7 (verkkokirja)

Oy Nord Print Ab, Helsinki 2016

Sisällys

<i>Laura Kirvesniemi</i>	The Prohibition of Retrogression in the Finnish System of Constitutional Review	5
<i>Samuli Kulmala</i>	Nietzsche ja oikeus – yhteiskuntasopimus, pakkovaltaa vai armoa?	59
<i>Marja Luukkonen</i>	Tutustu, ymmärrä ja päätä – Sijoittajan selonottovelvollisuus oikeus- ja käyttäytymis-taloustieteellisestä näkökulmasta	113
<i>Tuukka Vähätalo</i>	EU-oikeus ja kansallisen tuomion oikeusvoima	185
<i>Pertti Välimäki</i>	Preklusio korkeimmassa oikeudessa	289
Kirjoittajat	357

Laura Kirvesniemi

**THE PROHIBITION OF
RETROGRESSION IN
THE FINNISH SYSTEM OF
CONSTITUTIONAL REVIEW**

Table of Contents

1	EUROPEAN ECONOMIC RECESSION AND CHALLENGES TO WELFARE STATES	9
2	NATURE OF SOCIAL RIGHTS	13
3	PROHIBITION OF RETROGRESSION	18
3.1	General notions on defining and applying the prohibition of retrogression	18
3.2	Requirements deriving from the prohibition	20
3.3	Legal nature of the prohibition of retrogression: a rule or a principle?	26
4	THE CONSTITUTIONAL REVIEW AND THE PROHIBITION OF RETROGRESSION	28
4.1	Status of fundamental and human rights in Finland	28
4.2	Limitation of fundamental rights in Finland	30
4.3	Forms of constitutional review	32
4.4	How does the prohibition of retrogression operate in the Finnish system?	34
5	EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS IN FINLAND	38
5.1	Criteria for assessing effectiveness	38
5.2	Effectiveness of social rights as a tool for promoting equality, justice and democracy	40
5.3	Evaluating the effectiveness of the Finnish system for the protection of social rights	41
6	CONCLUSIONS	46
	SOURCES	49
	LIST OF ABBREVIATIONS	53
	TABLE OF CASES	54
	HEIKENNYSKIELTO SUOMALAISESSA PERUSTUSLAKIKONTROLLISSA	56

The Prohibition of Retrogression in the Finnish System of Constitutional Review

1 EUROPEAN ECONOMIC RECESSION AND CHALLENGES TO WELFARE STATES

The modern welfare state. What does it consist of? One could list such institutions as the right to social security, the right to education and protection of the most vulnerable groups. Democracy and the promotion of equality must also be mentioned since they, after all, are the very essence of the welfare state as a concept.¹ It follows that in order to reach the goals of a modern welfare state, a state needs to guarantee the effective enjoyment of certain rights to all. These rights entail civil and political and economic, social and cultural human rights. With that said, economic, social and cultural rights in particular have grown in relevance in tandem with the emergence of the modern welfare state. However, they have not gained as much attention as civil and political human rights.² In particular, the question of which conditions limit social human rights has remained relatively open.³ Whilst not all⁴ human rights are absolute rights, and can therefore be limited in certain situations, the principles concerning the limitation of social human rights have not been clearly defined. This can be seen as problematic since the lack of strict rules governing the grounds for limitation might lead to arbitrary decisions by states, in particular in circumstances of economic recession.

* *Laura Kirvesniemi*, OTM, ylitarkastaja, Etelä-Suomen aluehallintovirasto

¹ See eg *Fredman* 2008, p. 32–40.

² *Ssenyonjo* 2009, p. 4–5.

³ See about the discussion – or the lack of it – in the Finnish constitutional law context: *Rautiainen* 2013, p. 262–263.

⁴ International law recognises certain peremptory norms (*jus cogens*) from which no derogation is permitted. See eg *Shelton* 2010, p. 146–157. Also certain fundamental rights have been protected as absolute rights in the Constitution of Finland. See eg *Viljanen* 2011, p. 140.

Since 2009, Europe has been undergoing a period of outstanding difficulty in terms of financial stability. The European economic crisis emerged after the so-called Great Recession and resulted from a situation where European governments were unable to repay or refinance their government debts.⁵ Continuing until today, several states have been forced to take various austerity measures in order to counter the debt crisis. The implementation of these measures has invoked criticism and discussion of the legitimacy of these actions: non-state actors and academics have started to look for effective realisation of economic, social and cultural rights and, in particular, for more clearly defined guidelines to mitigate the limitation of these rights.⁶

As will be presented in this article, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights⁷ (ICESCR) and the European Social Charter both require state parties to take steps to promote the full realisation of the rights recognised within the human rights instrument. One logical consequence of this principle of progressive realisation is the mirror *principle of non-regression*: state parties are generally obliged to not take regressive measures, since taking such measures would mean diverging from the obligation to take steps towards the full realisation of economic, social and cultural rights.⁸ The principle of non-regression can also be called the *prohibition of retrogression*. The specific content of the norm has nevertheless been defined neither in the text of the treaty nor in the *travaux préparatoires* of the ICESCR, leading to a situation where the nebulous scope of the obligation makes economic, social and cultural rights litigation challenging.⁹ At the same time, the economic downturn has forced many European states to take austerity measures, deviating from the general prohibition to take regressive measures, raising questions about the *de facto* effectiveness of economic, social and cultural rights. The question about the legal definition of the prohibition of retrogression has, therefore, become more relevant than ever.

While the impact of the current economic crisis in Finland has not so far been as significant as in some other European countries, the effective realisation of social rights has similarly emerged as a topical issue in Finnish debate. The Government's plans concerning structural reforms have raised

⁵ See eg *FRA* 2010, p. 6–9.

⁶ *Rautiainen* 2013, p. 261–262.

⁷ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976) 993 UNTS 3 (ICESCR).

⁸ *Ssenyonjo* 2009, p. 59.

⁹ *Nolan – Lusiani – Courtis* 2014, p. 9.

questions as to whether the human rights impact assessment vis-à-vis these measures has been sufficient.¹⁰ Whilst the prohibition of retrogression has not been significantly addressed in Finnish fundamental and human rights discourse,¹¹ it is, indeed, an important question also in the domestic context – whether the Finnish monitoring system makes it possible to take the full realisation of social rights into account.

The purpose of this article is to examine, first, what is the nature and content of the prohibition of retrogression. The second question is how the prohibition of retrogression operates within the Finnish system of constitutional review and human rights impact assessment.

It must be noted here already that Finland's constitution creates an obligation for public authorities to guarantee the protection of human rights and to comply with applicable rules of international human rights law.¹² Therefore, as protection of human rights is a pluralist system,¹³ the sources used for this research entail not only domestic sources, such as opinions of the Constitutional Law Committee of Finland and domestic court decisions, but also the reasoning of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) – the supervisory body of the ICESCR – the European Committee of Social Rights (ECSR) – the supervisory organ of the European Social Charter (ESC)¹⁴ – and of various European constitutional courts. The purpose of the first two chapters is to examine and systematise the legal debate concerning the content of rules governing the limitation of social rights, in particular the prohibition of retrogression, under international law. In chapter four the focus will shift from defining the principle under international law to evaluating its relevance in the Finnish constitutional law context, in particular in the constitutional review system of Finland.

Certain limitations should be mentioned at the outset. First, I will refer to economic and cultural rights merely if reference to those substantive rights is relevant in order to examine the content of the prohibition of retrogression. Second, whilst the system for protection of human rights is, admittedly, a pluralist system, and rules other than the prohibition of retrogression may also create obligations for states when they seek to limit so-

¹⁰ Helsingin Sanomat: Oikeustieteilijät: Hallitus sivuuttaa menoleikkauksista ihmisoikeudet (16.6.2015).

¹¹ *Rautiainen* 2013, p. 263.

¹² Constitution of Finland section 22. See also *Heinonen – Lavapuro* 2012, p. 10.

¹³ On the pluralist nature of human rights obligations see eg *Fabbrini* 2010, p. 1–60.

¹⁴ European Social Charter (revised) (adopted 3 May 1996, entered into force 1 July 1999) CETS 163.

cial rights, the emphasis of this article is on defining the prohibition of retrogression. Other rules governing the limitation of social rights will be discussed only if they are relevant for this purpose. Third, whilst EU law is naturally of relevance in the Finnish legal system, for the purposes of this article I will refer to EU legislation and legal practice only if it is relevant in defining and examining the prohibition of retrogression. Finally, this article does not seek to examine questions concerning the potential international responsibility of a state that may arise from the violation of social human rights obligations.¹⁵

As for terminology, by the term *positive rights* I refer to *economic, social and cultural rights*, as they are usually conceptualised as creating positive obligations upon a state, as shall be noted in the next chapter. This choice of terminology does not, however, imply that human rights other than economic, social and cultural rights cannot create positive obligations, or that strong distinction between different types of human rights is even advisable.¹⁶

Moreover, I have sought to use terminology that will recognise the interdependency of domestic fundamental rights and international human rights. The development of social rights in Finland has been influenced by both domestic and international trends. As such, it cannot be said that certain social rights in the Finnish constitution are only relevant as *fundamental rights*; the content of those rights must be derived from the international level, from the content of the respective *human rights*.¹⁷ Consequently, for the purpose of this article the term social rights shall be used to refer to the group of substantive social rights regardless of their status as fundamental rights or human rights. It must nevertheless be noted that international human rights set only the minimum standard for the domestic implementation of human rights.¹⁸ Therefore, if and when the scope of the article requires distinction between these two levels of social rights, they will be referred to separately as fundamental rights and human rights.

Finally, it must be noted that in this article the term *effectiveness of social rights* does not refer merely to the justiciability of social rights. Whilst, admittedly, certain social rights in Finland are directly enforceable through

¹⁵ On international responsibility regarding violations of social human rights obligations, see eg *de Schutter – Salomon* 2015.

¹⁶ See *Fredman* 2008, p. 9–10.

¹⁷ See eg *Ojanen* 2009, p. 194–207. Ojanen argues that domestic sources, EU membership and international human rights treaties have all had a major impact on the role of courts, judicial review and the interpretation of constitutional norms in Finland.

¹⁸ *Heinonen – Lavapuro* 2012, p. 8–11.

courts, it is submitted that *de facto* effectiveness of social rights also consists of other factors, for instance the amount of resources allocated for the enforcement of social rights.

2 NATURE OF SOCIAL RIGHTS

To understand the questions concerning the effectiveness of social rights and the nature of the rules governing their limitation, one must first look at the history of human rights and, in particular, at the emergence of economic, social and cultural rights. Human rights have traditionally been categorised into two groups due to their historical origins. The reason for the distinction between these groups of rights and the creation of two separate human rights instruments, namely the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)¹⁹ and the ICESCR, is the ideological conflict between the East and West at the time of drafting. The Soviet states, on the one hand, sought to embrace the cause of economic, social and cultural rights, as they saw them closely linked to socialist ideology. On the other hand, the Western states found it crucial to promote the recognition of civil and political rights, “the foundation of liberty and democracy in the free world”.²⁰ As a result, two separate human rights treaties and two classes of human rights were created.

The so-called first generation of human rights seeks to protect in particular civil and political rights, which are to a great extent based on such core principles as human dignity and non-discrimination. The second generation of human rights is based on the idea that everyone should have equal opportunities and rights to participate in society.²¹ The first generation of human rights has traditionally been perceived as creating negative obligations for states: a state is under an obligation not to deprive an individual of her fundamental freedoms. These negative obligations have also been known as duties of restraint.²² The second generation of human rights, on the other hand, requires positive contribution from a state: the underlying idea is to create material rather than formal equality. This might – and often

¹⁹ International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171

²⁰ Craven 1995, p. 8–9. See, however, O’Cinneide 2014, p. 170. O’Cinneide argues that positive rights in Europe are not merely a post WW II concept.

²¹ Mikkola 2010, p. 6–7. Mikkola lists also the third generation of human rights. These rights aim at people’s right to promote their collective interests, such as right to clean environment, peace and self-determination.

²² Fredman 2008, p. 1.

does – require an element of financial subsidiarity.²³ But how much exactly is a state required to invest in the effective realisation of social rights? And under which conditions can a state reduce the level of investment already established?

One may argue that the single most important provision concerning the nature and limitation of social rights can be found in article 2(1) of the ICESCR. According to this article:

“[...] each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and cooperation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.”

Article 2(1) is not a substantive social right as such, but instead applies as a general rule when a state party implements substantive rights under the ICESCR.²⁴ The content of article 2(1) has been discussed by the CESCR in its general comments. The nature of states’ obligations under article 2(1) of the ICESCR has also been commented upon in the so-called Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1987 (Limburg Principles).²⁵ The Limburg Principles have been supplemented by the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights of 1997 (Maastricht Guidelines)²⁶ and by the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (Maastricht Principles).²⁷ Article 12(3) of the ESC also creates an obligation upon state parties to “endeavour to raise progressively the system of social security to a higher level”, thereby imposing a somewhat similar prohibition of retro-

²³ Mikkola 2010, p. 7. With that said, it must be noted that too strict a division between these two categories of rights can be seen as artificial. Civil and political rights can create positive obligations for a state and positive rights can operate as duties of restraint. See Fredman 2008, p. 70. See also Mikkola 2000, p. 259–272. Mikkola notes that the rights recognised European Social Charter complements the European Convention on Human Rights.

²⁴ See eg Riedel.

²⁵ The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (UN Doc E/CN.4/1987/17).

²⁶ International Commission of Jurists, Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, (adopted 26 January 1997).

²⁷ International Commission of Jurists, Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, (adopted 28 September 2011).

gression that must be respected by the state parties to the ESC, including Finland. In this chapter I will examine the prohibition from the viewpoint of article 2(1) of the ICESCR, but the general considerations presented below also apply to a large extent when one talks about the nature of the prohibition under the ESC.

The phrasing of article 2(1) of the ICESCR is relatively vague and leaves much room for interpretation. Specifically, two general observations must be made. First, article 2(1) creates an obligation to “achieve progressively the full realisation” – the standard of progressive realisation. This concept has not, however, been further defined in the text of the ICESCR, leaving the definition obscure. Second, according to article 2(1) state parties are under an obligation to utilise maximum *available* resources. The ICESCR does not require a state to take steps that would need utilisation of resources beyond what is available.²⁸ Here, also, the same interpretational problem arises: how does one define what state resources are *available*?

When we consider the interpretation of these terms, it must be noted that article 2(1) of the ICESCR is a treaty provision and, as such, is binding between the state parties. Therefore, its content must be defined through the general rule of treaty interpretation, which is a rule of customary international law. The rule has been codified in articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) by the International Law Commission (ILC) in 1969.²⁹ According to the rule the treaty must be interpreted “in good faith and in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”. Interpretation may be supplemented by recourse to the preparatory work of the treaty. Therefore, in order to discover the more precise content of article 2(1), one must first look into the ordinary meaning of the terms *progressive realisation* and *maximum available resources*. We must also define the object and purpose of the ICESCR.

It has been generally established in academic discussion that the very object and purpose of the ICESCR – as well as of other human rights treaties – is the effective realisation of human rights.³⁰ The interpretation of the ICESCR should therefore be as favourable to the individual as possible,

²⁸ *Ssenyonjo* 2009, p. 62.

²⁹ Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 22 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331. Whilst not all articles of the Vienna Convention are codified rules of customary international law, the International Court of Justice has confirmed the customary law nature of articles 31–32. See *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v Chad)* (1994) ICJ Rep 6, para 41; *Kasikili/Sedudu Island (Botswana v Namibia)* [1999] ICJ Rep 1045, para 18.

³⁰ *Ssenyonjo* 2009, p. 51.

and any limitations on rights should be interpreted narrowly.³¹ Additionally, the European Court of Human Rights (ECtHR) has frequently found that human rights provisions ought to be interpreted so as to make their implementation as effective as possible.³² Thus, to interpret the terms *progressive realisation* and *all available resources* in the light of the object and purpose of the Covenant, one must seek the most human-rights-orientated interpretation available.

Some guidelines can be found in the statements of the CESCR. As for the *maximum available resources* the CESCR has stated that the phrase refers to “both the resources existing within a State as well as those available from the international community through international cooperation and assistance”.³³ It follows that the term does not refer merely to certain resources within one particular state, but rather to resources available within the society as a whole, ranging from the public and private sectors to the international community.³⁴ This interpretation appears to be in accordance with the general rule of treaty interpretation in the sense that the ordinary meaning of the phrase refers to all kinds of available resources.³⁵ That being said, there is yet to be common ground as to whether this establishes an international obligation to assist: during the drafting of the ICESCR states did not clearly agree on the existence of any well-defined obligation to offer international assistance to a state struggling with its obligations under the Covenant.³⁶ For the time being it is difficult to see a situation where a failure to comply with this kind of an obligation to assist would trigger international responsibility. For instance, the International Court of Justice (‘ICJ’) has held that a state has an obligation to guarantee rights under the ICESCR only within the territories it has sovereignty over and those over which that state exercises territorial jurisdiction.³⁷ The general rule seems

³¹ Craven 1995, p. 3.

³² See eg *Soering v UK* (1989) 11 EHRR 439, para 87; *Artico v Italy* (1981) 3 EHRR 1, para 33 and *Loizidou v Turkey* (Preliminary Objections) (1995) 20 EHRR 99, para 72.

³³ CESCR, Statement: An Evaluation of the Obligation to Take Steps to the ‘Maximum of Available Resources’ under an Optional Protocol to the Covenant, (10 May 2007) UN Doc E/C.12/2007/1, para 5.

³⁴ Chapman – Russell 2002, p. 11.

³⁵ The ICJ has noted in its case law that “[t]o warrant an interpretation other than that which ensues from the natural meaning of the words, a decisive reason would be required”. See *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, (Advisory Opinion) (1948) ICJ Rep 57, 63.

³⁶ *Alston – Quinn* 1987, p. 186–92. See, however, eg *Coomans – Kamminga* 2004, p. 2 and *Skogly* 2006, p. 83–98. The authors argue that the ICESCR creates extraterritorial obligations.

³⁷ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion) (2004) ICJ Rep 136, para 112.

to be that each state party has an obligation to seek the assistance of other states when it is not able to meet its own treaty obligations, while the obligation on other states to offer financial assistance is considerably more vague. That being said, in the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States the Commission of Jurists gave this extraterritorial obligation a notably stricter interpretation. According to principle 33 states are under an obligation to provide international assistance. Failure to meet this obligation could lead to international responsibility within the meaning of principle 11.³⁸ It is yet to be seen whether this interpretation becomes accepted in state practice and case law.

In interpreting article 2(1), perhaps even more central is the question of how to interpret the term *progressive realisation*. The usage of terms such as *full realization* and *progressive achievements* implies that the drafting parties have acknowledged that the full realisation of such rights cannot be achieved in a short period of time.³⁹ Whilst the ultimate result to be achieved is left somewhat open, article 2(1) creates not an obligation to stop the realisation of rights at any given level but rather to aim for continuous improvement.⁴⁰ The question is not, therefore, merely about the result that must be achieved but also about the desired conduct, i.e. the continuing measures that need to be taken.

In academic debate it has indeed been argued that two kinds of obligations can be derived from article 2(1): obligations of conduct and obligations of result.⁴¹ Legal experts have upheld this view in the Maastricht Guidelines in 1997⁴² and the Maastricht Principles in 2011.⁴³ According to the ILC, an obligation of conduct is an obligation where the state is obliged to undertake a certain course of conduct, whether through an act or omission. Here the conduct itself would be the goal. An obligation of result, instead, requires a state to achieve a specific result, whilst the form of conduct is left to state discretion.⁴⁴ Article 2(1) of the ICESCR has been described as a mixture of these two types of obligations.⁴⁵ This seems accurate, as the obligation to progressively achieve the full realisation of the

³⁸ Maastricht Principles 2011.

³⁹ CESCR, General Comment No 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)' (14 December 1990) UN Doc E/1991/23, para 9.

⁴⁰ See eg *Craven* 1995, p. 128–129.

⁴¹ See eg *Ssenyonjo* 2009, p. 22.

⁴² Maastricht Guidelines, paras 6 and 7.

⁴³ Maastricht Principles, para 14.

⁴⁴ ILC, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session (23 April–1 June and 2 July–10 August 2001) UN Doc A/56/10, 123–133.

⁴⁵ *Alston – Quinn* 1987, p. 165. See also *Craven* 1995, p. 107–109.

rights is indeed mostly an obligation of conduct, whereas the substantive articles of the ICESCR set various obligations of result when read together with article 2(1).

3 PROHIBITION OF RETROGRESSION

3.1 General notions on defining and applying the prohibition of retrogression

Realisation of positive rights can be said to consist of three different levels. The lowest level entails realisation of the minimum core content of each right. Each substantive social right has a so-called minimum core content. The CESCR has outlined that the ratio of the minimum core obligation is to “ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights”.⁴⁶ It follows that a lack of sufficient resources cannot be justification for any state in not meeting this obligation.⁴⁷ The minimum core obligation, however, is not a static threshold but rather an evolving one; it might be that a certain level of implementation, previously above this baseline, is no longer sufficient once the economic situation in a particular state has improved over time.⁴⁸ One of the practical difficulties, as noted in the academic discussion on the topic, is that defining the content of the minimum core obligation of each substantive right is challenging.⁴⁹ It must be noted that the domestic threshold of the minimum core content of social rights may be higher than the threshold under international law: even if the state manages to meet the requirements deriving from the international human rights obligations, the level of realisation is not necessarily in compliance with domestic standards for the realisation of social rights.

The second level is the current level of rights protection. The prohibition of retrogression operates between the minimum core obligation and the current level of rights. The minimum core obligation is the lowest threshold below which a state can in no circumstances fall, whereas the prohibition of retrogression prevents a state from taking any unnecessary regres-

⁴⁶ CESCR, General Comment 3, para 10.

⁴⁷ D Turk, Second Progress Report of UN Special Rapporteur on ESCR, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1991/17, para 10.

⁴⁸ See *Bilchitz* 2003, p. 13–14.

⁴⁹ *Rautiainen* 2013, p. 269.

sive steps even *after* the threshold of the minimum core obligation has been reached.⁵⁰

Finally, a state is under an obligation to seek to progressively raise the level of rights. Consequently, the third level is the imaginary “perfect” level of rights, towards which the state should constantly aim in the implementation of social rights. Therefore, the principle of progressive realisation can be seen to operate between the second and the third level of rights.

Acknowledging the existence of these thresholds is necessary in order to understand the context in which the prohibition of retrogression operates. Of further interest is the specific content of the obligation not to take any unnecessary regressive steps. It is evident that article 2(1) of the ICESCR and article 12(3) of the ESC impose certain requirements that states need to take into account when they are deciding on measures that might have a regressive impact on the realisation of positive rights. Due to the reticent approach of the CESCR and the ECSR in defining and limiting the prohibition of retrogression, it is necessary to have recourse to the decisions and statements of international, regional and domestic judicial organs in order to define the limits of the prohibition in a satisfactory manner. In other words, we can ensure the accurate application of the principle of progressive realisation and the prohibition of retrogression and, consequently, the effective enjoyment of social rights only by defining the practical content of the prohibition of retrogression.⁵¹

With that said, it must be noted that the assessment of any alleged breach is remarkably challenging. This is due to the fact that the prohibition of retrogression contains two dimensions: a normative dimension and an empirical dimension. With regards to the normative dimension, we refer to any legal, *de jure* steps backwards; the empirical dimension concerns *de facto* backsliding in the effective enjoyment of the rights. Assessing whether a state has failed to comply with the latter dimension would require a comprehensive analysis of the state’s conduct and a wide range of various quantitative indicators, which unfortunately are not always available as states do not systematically collect such data.⁵² As will be submitted in the chapters below, so-called proactive models for monitoring the realisation of social rights would be most effective in monitoring the empirical dimension of the prohibition of retrogression. Proactive models require constant

⁵⁰ Bilchitz 2003, p. 12. See also Coomans 2002, p. 228.

⁵¹ Nolan – Lusiani – Curtis 2014, p. 132. The authors point out that also the normative content of the principle remains to be unclear.

⁵² Nolan – Lusiani – Curtis 2014, p. 123–127. See also Center for Economic and Social Rights 2012 and Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights 2012.

participation of all public authorities in the implementation and monitoring process. Consequently, the prohibition of retrogression would be taken into account as one element of constant human rights impact assessment by public authorities.⁵³

3.2 Requirements deriving from the prohibition

The CESCR and the ECSR have frequently mentioned in their recent statements and decisions certain parameters for evaluating whether the limitation of social rights has been justified.⁵⁴ Several domestic constitutional courts, as will be demonstrated below, have also applied similar criteria when assessing the legality of regressive steps taken by respective governments. These parameters can be argued to form requirements that derive from the prohibition of retrogression: the limitation should be temporary; the limitation should be necessary and proportionate; the limitation should not be discriminatory; and the state must at all times identify and protect the minimum core obligation of the right in question. Judging from the statements by international judicial organs and case law of domestic constitutional courts, the conditions of the prohibition of retrogression are cumulative.⁵⁵ This means that each and every one of them must be fulfilled in order to lawfully limit social rights.

The first of these criteria is the requirement that the limitation of the right has to be temporary. At the international level, both the CESCR and the ECSR have listed the temporary character of limitations as one of the conditions of the prohibition of retrogression. The CESCR has stated in several concluding observations on states' periodic reports that austerity measures should in all cases be temporary.⁵⁶ This evidences that the CESCR does not consider the prohibition of retrogression merely as a soft-law instrument. Moreover, the ECSR has held in its decision concerning the

⁵³ See *Fredman* 2008, p. 189–192.

⁵⁴ See eg CESCR, Letter from CESCR Chairperson to States Parties in the context of the economic and financial crisis (16 May 2012) UN Doc CESCR/48th/SP/MAB/SW; CESCR: An evaluation of the obligation to take steps to the 'Maximum of available resources' under an optional protocol to the Covenant (1 May 2007) UN Doc E/C.12/2007/1, para 8 and Pensioners' Union of the Agricultural Bank of Greece (ATE) v Greece (7 December 2012) ECSR 80/2012 (hereinafter ECSR 80/2012).

⁵⁵ See eg Constitutional Court of Latvia, (21 December 2009) Case No 2009-43-01 (hereinafter *Latvian Pensions Case*), para 28.

⁵⁶ See eg CESCR, Concluding Observations on Spain (6 June 2012) UN Doc E/C.12/ESP/CO/5, para 17 and CESCR, Concluding Observations on Iceland (11 December 2012) UN Doc E/C.12/ISL/CO/4, para 6

level of social security in Greece that reduction in the level of pensioners' social security was incompatible with article 12(3) of the ESC. One reason for this finding was the fact that the regressive legislation did not contain any provisions on the provisional application of the act; in other words the regressive measure was not meant to be temporary.⁵⁷ The requirement has also been mentioned and applied in various domestic cases concerning the prohibition of retrogression.⁵⁸

In Finland, the Finnish Constitutional Law Committee has also noted that a temporary freezing of index increments of child allowance was not unconstitutional.⁵⁹ The reasoning of the Committee has, however, been criticised as not sufficiently examining the effects on the most vulnerable groups, i.e. families with young children.⁶⁰

The second condition under the prohibition of retrogression is that a limitation must be necessary and proportionate. Even in situations of resource scarcity, fiscal discipline or savings, the state must be able to demonstrate the necessity of the measures taken. Looking at the statements given by the CESCR, this requirement means that the measures must have been necessary for the protection of the totality of the rights provided for in the ICESCR.⁶¹ The burden of proof to demonstrate that the measures have been necessary and proportionate lies upon the state in question: the CESCR has on several occasions noted that *the state* must prove the strict necessity of the measure.⁶² The condition of proportionality means that "the adoption of any other policy, or a failure to act, would be more detri-

⁵⁷ ECSR 80/2012, paras 56 and 73.

⁵⁸ See Constitutional Court of Latvia, (21 December 2009) Case No 2009-43-01, para 32 and Constitutional Court of Portugal, (5 April 2013) Judgment No 187/2013, English summary (hereinafter Portuguese Budget Law Case), chapter 3.

⁵⁹ Constitutional Law Committee of Finland, PeVL 25/2012 vp.

⁶⁰ *Rautiainen* 2013, p. 273.

⁶¹ CESCR, General Comment 3, para 9; see also *Nolan – Lusiani – Curtis* 2014, p. 134.

⁶² CESCR, General Comment No 13: The right to education (article 13 of the Covenant) (8 December 1999) UN Doc E/C.12/1999/10, para 45; CESCR, General Comment No 14: The right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) (11 August 2000) UN Doc E/C.12/2000/4, para 32; CESCR, General Comment No 18: The Right to Work (Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) (6 February 2006) UN Doc E/C.12/GC/18, para 21; CESCR, General Comment No 19: The right to social security (art. 9) (4 February 2008) UN Doc E/C.12/GC/19, para 42; CESCR, General Comment No 21: Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) (21 December 2009) UN Doc E/C.12/GC/21, para 65; CESCR, An Evaluation of the Obligation to Take Steps to the 'Maximum of Available Resources' under an Optional Protocol to the Covenant (21 September 2007) UN Doc. E/C.12/2007/1, para 9. See also Maastricht Guidelines, paras 8 and 13.

mental to economic, social and cultural rights”.⁶³ In other words, the test is whether there would have been any less restrictive but still effective measures available to the state at that point. Needless to say, assessing whether this condition has been met is extremely challenging due to the empirical difficulties in monitoring.

Furthermore, the ECSR has highlighted that any regressive measures must have a legitimate aim. A regressive measure is compatible with the prohibition of retrogression, as established in article 12(3) of the ESC, when it is necessary to ensure the stability of the system of social security. According to the ECSR, a regressive measure cannot prevent individuals from enjoying effective protection against social and economic risks.⁶⁴

After the outburst of the economic crisis in 2008, several European constitutional courts have been forced to assess the fulfilment of this condition. Both in the Latvian Pensions Case and in the Portuguese Budget Law Case, the constitutional courts found that the measures taken did not pass the test of necessity and proportionality. Two notions can be derived from the reasoning of the constitutional courts. First, one essential question to be answered when assessing the proportionality of restrictive measures seems to be whether the legislator carried out sufficient consideration of alternative measures prior to taking action.⁶⁵ This, of course, is an imperative part of good governance and, as such, logically one of the elements when assessing whether the actions of the legislator have been reasonable in this context. The fact that a state has not considered alternative measures usually indicates that other, less restrictive options could have been available to the legislator. Second, if the limitation of social rights is discriminatory or fails to protect the most vulnerable groups, it also usually fails to pass the test of necessity and proportionality.⁶⁶

Third condition of the prohibition of retrogression is that the regressive measure cannot be discriminatory. This is to say that it should be neither directly nor indirectly discriminatory and it should, in particular, take into account the rights of disadvantaged and marginalised individuals and groups and ensure that they are not disproportionately affected by the re-

⁶³ CESCR, Letter from CESCR Chairperson to States Parties in the context of the economic and financial crisis, 2.

⁶⁴ ECSR 80/2012, para 66.

⁶⁵ Latvian Pensions Case, para 31 and ECSR 80/2012, paras 73–76. See also General Federation of employees of the national electric power corporation (GENOP-DEI) and Confederation of Greek Civil Servants’ Trade Unions (ADEDY) v Greece (23 May 2012) ECSR 65/2011, paras 14–19.

⁶⁶ Portuguese Budget Law case, English summary, chapter 3.

gressive measure.⁶⁷ The importance of this particular condition has been widely recognised by the international community. The European Union Agency for Fundamental Rights (FRA)⁶⁸ has on several occasions highlighted that austerity measures during the current economic crisis should seek to continue to secure the rights of the most vulnerable groups.⁶⁹ The main reason for this is to avoid the increase of socio-economic inequalities in society, as the vulnerability of the most disadvantaged groups rises in times of crisis.⁷⁰ Notably, recession causes long-term unemployment, which in turn is closely linked to social exclusion.⁷¹

This condition has been recently discussed by the ECSR in its decisions concerning the legality of the austerity measures in Greece. These measures included, inter alia, several modifications to pensioners' social protection.⁷² The implementation of those measures in Greece led to a series of collective complaints to the ECSR by Greek pensioners' unions. These five complaints concerned the same facts and in each of the cases the ECSR found a violation of article 12(3) of the 1961 European Social Charter (1961 Charter).⁷³ Article 12(3) of the 1961 Charter concerns state party obligations "to endeavour to raise progressively the system of social security to a higher level".⁷⁴ The ECSR concluded that Greece had not made sufficient efforts to maintain a satisfactory level of protection for the benefit of the most vulnerable members of society.

⁶⁷ Nolan – Lusiani – Courtis 2014, p. 140. See also Rautiainen 2013, p. 272.

⁶⁸ The European Union established the FRA to provide independent, evidence-based assistance and expertise on fundamental rights to EU institutions and Member States. FRA is an independent EU body, funded by the Union's budget. See <http://fra.europa.eu/en> (26.5.2016).

⁶⁹ FRA 2010, p. 14 and FRA 2013, p. 14–17.

⁷⁰ FRA 2013, p. 12.

⁷¹ European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion 2013, p. 3.

⁷² Council Decision (EU) 2010/182/EU of 16 February 2010 giving notice for Greece to take measures for the deficit reduction judged to be necessary in order to remedy the situation of excessive deficit (2010) OJ L83/13.

⁷³ European Social Charter of 1961 (adopted 18 October 1961, entered into force 26 February 1965) CETS 035; Federation of employed pensioners of Greece (IKA-ETAM) v Greece (7 December 2012) ECSR 76/2012, para 78; Panhellenic Federation of Public Service Pensioners (POPS) v Greece (7 December 2012) ECSR 77/2012, para 78; Pensioners' Union of the Athens-Piraeus Electric Railways (I.S.A.P.) v Greece (7 December 2012) ECSR 78/2012, para 78; Panhellenic Federation of pensioners of the Public Electricity Corporation (POS-DEI) v Greece (7 December 2012) ECSR 79/2012, para 78 and ECSR 80/2012, paras 7 and 78.

⁷⁴ Article 12(3) of the Revised ESC is identical to its predecessor.

As for the domestic case law during the current economic crisis, the constitutional courts of Latvia⁷⁵, Portugal⁷⁶ and Germany⁷⁷ have all found that regressive legislative measures have not been justified as the legislator had failed to protect the most vulnerable groups and to target the measures in an equitable manner. The conditions of proportionality and non-discrimination are, indeed, closely linked with each other. It can hardly be argued that an austerity measure targeted at the most vulnerable groups in society could be the best option available even at a time of a fiscal crisis. While measures that discriminate or increase inequality cannot be considered appropriate, regressive measures can be justified when they *benefit* the most vulnerable groups.⁷⁸ In other words, austerity measures are urged to be targeted so that they will increase equality and improve the realisation of the social rights of the most vulnerable groups.⁷⁹ According to the FRA reports, European states have sought to target austerity measures so that the limited resources would be channelled to those most in need. Assessing whether this channelling has been successful and whether the minimum level of social protection is *de facto* being maintained is, however, challenging.⁸⁰

Fourth, protecting the minimum core obligation of the right in question can be listed as one of the prerequisites of the prohibition of retrogression. Protecting the minimum core obligation means that a regressive measure cannot defeat the most essential content: the ratio of the right in question. The underlying idea of this condition is that the minimum subsistence rights for all should always be ensured by states, regardless of the resources available and the level of economic development.⁸¹ The minimum core content is the non-negotiable, fundamental part of the right. All individuals are always, in all circumstances, entitled to the minimum core content of the right.⁸²

It must be also noted in this context that there is a difference between the international minimum core obligation and the Finnish, domestic mini-

⁷⁵ Latvian Pensions Case 2009, para 32.

⁷⁶ Constitutional Court of Portugal, (5 July 2012) Judgment No 353/2012, English summary.

⁷⁷ Constitutional Court of Germany, 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 (9 February 2010), paras 208–209.

⁷⁸ See eg *Elson – Balakrishnan – Heintz* 2013, p. 23.

⁷⁹ Limburg principles, paras 13–14 and Maastricht Guidelines, para 14(d).

⁸⁰ On the measures taken in certain European countries in 2009, see *FRA* 2010, p. 25–29.

⁸¹ Realization of economic, social and cultural rights: Second progress report prepared by Mr. Danilo Türk, Special Rapporteur (18 July 1991) UN Doc E/CN.4/Sub.2/1991/17, para 10. See also CESCR, General Comment 3, para 10 and Limburg principles, para 25.

⁸² CESCR, General Comment 3, para 10.

imum core obligation.⁸³ While the international minimum core obligation operates as the ultimate threshold, below which the state can never go, the domestic minimum core obligation may be higher. Nothing prevents a state from adopting higher minimum standards in its constitution and domestic system, so long as international requirements are met. When one examines the prohibition of retrogression and its conditions under *international law*, it is indeed the former threshold that is of relevance. In the Finnish context, however, the domestic minimum threshold needs to be respected.

The CESCR has in its statements pointed out that the adoption of any retrogressive measures incompatible with the core obligations under the ICESCR would be impermissible.⁸⁴ Defining the core elements and the minimum core obligation of each social right is not necessarily always an easy task. The CESCR has, however, noted that when it comes to the right to social security, the minimum essential level of benefits means that all individuals and families are able to acquire at least essential health care, basic shelter and housing, water and sanitation, foodstuffs and the most basic forms of education.⁸⁵ In Europe, citizens generally enjoy access to these benefits.⁸⁶ With that being said, the minimum core obligation of a right is, as pointed out above, an evolving threshold. It can therefore be argued that the threshold for minimum core obligation in the European welfare states is higher than in some less developed countries, simply because of differences in the amount of available resources. The CESCR has invited states to create domestic indicators to evaluate whether the level of social security is sufficient vis-à-vis the resources available in that particular country.⁸⁷ Moreover, all state parties to the ICESCR should have a social security system that provides for the coverage of nine principal branches of social security. These branches entail health care, family and child support, maternity benefits, social security benefits for older people and disabled people and social benefits in the case of sickness, unemployment or employment injury.⁸⁸ It can be argued that removal of any of these branches would automatically amount, if not to a violation of the minimum core content of the right to social security, at least to a violation of the prohibition of retrogression.

⁸³ Rautiainen 2013, p. 267–268.

⁸⁴ General Comment 19, para 64; CESCR, General Comment 14, para 48.

⁸⁵ CESCR, General Comment 19, para 59(a).

⁸⁶ O’Cinneide 2014, p. 169.

⁸⁷ CESCR, General Comment 19, paras 74–6. See also Saul – Kinley – Mowbray 2014, p. 648–650.

⁸⁸ CESCR, General Comment 19, paras 12–21.

As for the legal practice of the ECSR, the Committee has recently examined whether Finland had violated article 12(3) of the ESC by failing to improve its social security system in an adequate manner. Whilst the ECSR did not eventually find a violation of article 12(3), in assessing the issue it held that changes to any social security system must ensure “the maintenance of a basic compulsory social security system which is sufficiently extensive”.⁸⁹ Moreover, the former President of the ECSR noted in his separate concurring opinion on the decision that the inadequate level of social security in terms of article 12(1) of the ESC makes it difficult to demonstrate adequate progress in terms of article 12(3) of the ESC.⁹⁰ The relevance of the particular case in the Finnish context will be further discussed below.

3.3 Legal nature of the prohibition of retrogression: a rule or a principle?

It has been presented above that the prohibition of retrogression consists of a series of cumulative criteria that must be met when limiting social rights. The question remains, however, as to the nature of the prohibition as a legal norm. Does it operate more as a principle, or can it in certain situations have the status of a binding rule?

In legal theory, legal norms have been divided into rules and principles, depending on the impact of the norm. More precisely, one should talk about the impact the norm has in an individual situation of application: the same norm can in some cases operate as a rule, whereas in others it would operate as a principle.⁹¹ Alexy has distinguished between legal rules and principles by noting that with rules one usually has to make a choice either to apply or not to apply the rule, whereas legal principles operate more as “optimization requirements” that need to be balanced with other applicable principles in situations of conflict. By balancing the principles one can then see which should have the strongest effect in that particular case.⁹² Princi-

⁸⁹ Finnish Society of Social Rights v Finland (9 September 2014) ECSR 88/2012, para 85. The ECSR did find violations of articles 12(1) and 13(1) of the ESC.

⁹⁰ Separate Concurring Opinion of Luis Jimena Quesada (9 September 2014) ECSR 88/2012, para 9.

⁹¹ *Scheinin* 1991, p. 32–33.

⁹² *Alexy* 2002, p. 75–77.

ples are – regardless of their application or non-application to particular cases – always in force, and an integral part of the legal system.⁹³

What kind of an impact can the prohibition of retrogression then have in individual situations of application? Prima facie it would seem that the prohibition of retrogression operates, indeed, merely as a *principle*. The prohibition has not been expressly incorporated into any provision, and the specific content of it remains relatively vague. Moreover, it is difficult to picture a case where a court would decide whether to apply the prohibition of retrogression or not, as it is usually the legislator who should make these decisions. In this sense the prohibition of retrogression seems to operate as a *principle*, the relevance of which actualises mainly in the work of the legislature. With that said, there are some arguments worth mentioning that suggest that the prohibition could, in certain situations, operate also as a rule.

As noted, the prohibition of retrogression is, due to its nature, mainly of relevance in the work of the legislature. In this context, a human rights norm operates as a rule if it prevents the legislature from passing certain kinds of legislation.⁹⁴ If we look at the prohibition of retrogression, this is exactly how the principle should operate. For instance, if the legislature were to choose between two bills, in order to comply with the prohibition of retrogression it should choose to pass the one that has less impact on vulnerable groups. In particular, in situations where the minimum core content of rights would otherwise be violated, the prohibition of retrogression operates as an absolute rule.⁹⁵ Moreover, the prohibition of retrogression could operate as a rule in situations where the Constitutional Law Committee would find that a bill could not be passed in the ordinary order of enactment because it is not in accordance with the prohibition of retrogression and thus unconstitutional.⁹⁶ In this sense it can be argued that the prohibition of retrogression can, in individual situations of application, operate as a *rule* rather than as a principle.

Normally, however, the prohibition of retrogression seems to operate as a principle. This means that the prohibition should be balanced against other relevant principles. Again, it is the legislature who has to weigh the prohibition against principles that may support adopting regressive legislation. As demonstrated above, regressive measures can also have a justifica-

⁹³ Scheinin 1991, p. 30.

⁹⁴ See Constitutional Law Committee of Finland, PeVL 12/1982 vp and Scheinin 1991, p. 37.

⁹⁵ Rautiainen 2013, p. 267–270.

⁹⁶ See Scheinin 1991, p. 38.

ble aim and can be supported by other legal principles, for instance, maintaining the stability of the social welfare system. The prohibition of retrogression derives, however, from states' human rights obligations. Human rights and fundamental rights obligations are choices of priority as made by the legislature and, consequently, the prohibition of retrogression should be regarded as having a relatively strong position in the balancing process.⁹⁷

4 THE CONSTITUTIONAL REVIEW AND THE PROHIBITION OF RETROGRESSION

4.1 Status of fundamental and human rights in Finland

In order to find out the relevance of the prohibition in the Finnish legislative process and legal practice, one must first look into the history and culture of the Finnish constitutional law, in particular into the systems for limiting fundamental and human rights and to the forms of constitutional review. After this it will be considered whether the prohibition of retrogression could and should be of relevance when the constitutionality of legislation is being reviewed.

The development and rise of human rights in 1990s was relatively rapid; Finland became a member of the European Council in 1989 and ratified the European Convention on Human Rights⁹⁸ ('ECHR') in 1990. The comprehensive reform of constitutional rights in the Finnish system entered into force on 1 August 1995 (Act No 969/1995) and was largely influenced by international human rights treaties. The revised Constitution entailed a list of fundamental rights, including not only civil and political but also economic, social and cultural rights.⁹⁹ In addition to the material content of constitutional rights, the process governing the protection and monitoring of the constitutional rights has also been affected by international human rights treaties. The new Constitution of Finland entered into force on 1 March 2000 and contained clauses concerning the protection and effective implementation of constitutional rights. Section 22 of the 2000 Constitution provides for the duty of public authorities to guarantee the observance of constitutional and human rights. Section 74 establishes the competence

⁹⁷ Tuori 2011, p. 720.

⁹⁸ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (as amended) (entered into force 3 September 1953) ETS 5.

⁹⁹ *Heinonen – Lavapuro* 2012, p. 11.

of the Constitutional Law Committee to issue statements on the constitutionality of legislative proposals and other matters brought for its consideration, as well as on their relation to international human rights treaties.¹⁰⁰ The importance of international human rights treaties has been recognised also in sections 108 and 109 which regulate the duties of the Chancellor of Justice of the Government and the Parliamentary Ombudsman. Their duties entail, inter alia, monitoring the implementation of fundamental rights and human rights.

One major factor in the Finnish history of human rights is Finland's accession to the European Union in 1995. As a result, the Finnish courts were granted the competence to review all national law with regards to their compliance with the law of the EU. Moreover, in addition to its direct and indirect effect, EU law ought to have primacy over any conflicting domestic legislation.¹⁰¹ Since 1995, the number of cases where a Finnish court has refused to apply domestic law due to the primacy of EU law has been relatively low. The explanations offered in the academic discussion consider Finnish legislation's predisposition to harmony with EU law from the outset, the vast number of precedents by the European Court of Justice and the tendency of Finnish courts to interpret domestic law in conformity with EU law to avoid conflicts.¹⁰² The Constitutional Law Committee has, however, highlighted that the domestic level of protection of constitutional rights cannot be lowered because of the implementation of EU law.¹⁰³ The core idea of the Finnish system for the protection of fundamental rights and human rights, social rights included, is to establish as high a level of protection as possible. To achieve this goal it is necessary to derive the applicable legal norm from various sources, ranging from the domestic system to EU law and to the international level. These different levels, after all, form one consistent system for the protection of these rights.¹⁰⁴ In addition, international human rights treaties establish only the minimum standard in the domestic implementation of the respective rights. According to a generally accepted opinion Finnish authorities should aim to offer more extensive protection of those rights.¹⁰⁵

¹⁰⁰ As will be discussed in chapter 4.3, the Constitutional Law Committee had the competence to review constitutionality of bills already before the constitutional reform of 1999.

¹⁰¹ *Craig – de Búrca* 2011, p. 256–267.

¹⁰² *Ojanen* 2009, p. 201–203.

¹⁰³ Constitutional Law Committee of Finland, PeVL 25/2001 vp.

¹⁰⁴ This question about legal pluralism in the Finnish constitutional law and human rights culture has been further discussed in *Ojanen* 2011.

¹⁰⁵ *Ojanen* 2009, p. 199.

Starting from the early 1990s, Finnish courts have become increasingly aware of the relevance of human rights norms and treaties and have started to refer to them in their case law.¹⁰⁶ Importantly, the Constitutional Law Committee issued an opinion in which it noted that all domestic law should be applied in accordance with the human-rights-orientated interpretation to avoid conflicts between domestic legislation and international human rights treaties.¹⁰⁷ The ever-growing number of references to international human rights treaties and the case law of monitoring bodies evidences that the role of human rights norms in Finland has become of significantly greater importance.

4.2 Limitation of fundamental rights in Finland

The domestic mechanisms that enable the limitation of fundamental rights in Finland can be divided into four categories. First, the limitation of fundamental rights can be based on a provision of the Constitution itself, if it provides for the possibility to limit a certain right by an ordinary Act. A good example of this kind of a provision is section 12(1) of the Constitution, according to which everyone has freedom of expression. Provisions on restrictions relating to pictorial programs that are necessary for the protection of children may be laid down by an Act.

Second, in addition to these kinds of provisions, a limitation can be based on section 23 of the Constitution, which provides for exceptions to basic rights and liberties in situations of emergency. According to section 23, such provisional exceptions to basic rights and liberties that are compatible with Finland's international human rights obligations and deemed necessary may be provided for by an Act or government decree. The government decree must be issued on the basis of authorisation given in an Act for a special reason and is subject to a precisely circumscribed scope of application. The grounds for provisional exceptions shall, however, be laid down by an Act. An exception can be deemed necessary in the case of an armed attack against Finland or in the event of other situations of emergency that pose a serious threat to the nation. The Constitutional Law Committee has in its statement noted that the conditions of this section would be in accordance with the derogations clauses in article 2(1) of the ICESCR and

¹⁰⁶ Ojanen 2009, p. 197–198.

¹⁰⁷ Constitutional Law Committee of Finland, PeVL 2/1990 vp.

in article 30 of the 1961 ESC (article F of the Revised Charter).¹⁰⁸ It is, however, somewhat unclear whether times of economic recession fall within the definition of a public emergency.¹⁰⁹

Third, and perhaps most importantly, limitation of fundamental rights can be based on the so-called general conditions for the limitation of basic rights and liberties. In Finland the Constitutional Law Committee has listed a series of cumulative conditions which must be met when limiting fundamental rights by an ordinary Act. These conditions are the following:

1. The limitation has to be based on a law;
2. The limitation has to be necessary and proportionate;
3. The limitation cannot affect the minimum core content of the right in question;
4. There has to be a legitimate end for the limitation;
5. The scope of the limitation must be sufficiently well defined;
6. The limitation must be in accordance with Finland's obligations under international law; and
7. Individuals' access to justice cannot be endangered.¹¹⁰

While these conditions cannot be found in Finnish legislation and have been formulated in the constitutional law practice and legal literature, they have widely been considered as binding guidelines when limiting fundamental rights.¹¹¹

These conditions are, admittedly, somewhat similar to those of the prohibition of retrogression. However, the conditions of the prohibition of retrogression are a separate series of conditions and operate separately from the conditions listed above. Both sets of conditions are of natural relevance, in particular since the approach in those cases should advisably aim at the most effective enjoyment of social rights possible.¹¹² Also, the prohibition of retrogression entails certain features inherent to the aim of effective protection of social rights and equality. If the legislator looks solely at the general conditions of limitation of fundamental rights when implementing potentially regressive measures, the measures might have undesirable discriminatory impacts on the most vulnerable groups.¹¹³

¹⁰⁸ See Constitutional Law Committee of Finland, PeVL 309/1993 vp, chapter 3.5.

¹⁰⁹ *Tuori* 2011, p. 719.

¹¹⁰ Constitutional Law Committee of Finland, PeVM 25/1994 vp, 4–5.

¹¹¹ *Viljanen* 2011, p. 144–147.

¹¹² *Tuori* 2011, p. 719.

¹¹³ *Rautiainen* 2013, p. 272–273.

Finally, the Finnish system also entails the possibility to limit fundamental rights without necessarily complying with any of the mechanisms described above. In those rare cases the limitation must be made in the constitutional order of enactment, in accordance with section 73 of the Constitution.¹¹⁴

4.3 Forms of constitutional review

The Finnish constitutional system has traditionally been based on the classic idea of legislative supremacy.¹¹⁵ The model of constitutional review in Finland has traditionally been *ex ante* review by the Constitutional Law Committee, meaning that the Committee has examined the compatibility of a Bill with the Constitution when doubts about constitutionality have arisen. The statements by the Constitutional Law Committee have *de facto* had the same normative relevance as that of decisions by constitutional courts in some other countries. Whilst the Committee is a political organ and consists of members of Parliament, its statements can be seen as legally persuasive since they are based on textual interpretation, the *travaux préparatoires* of the Constitution, the Committee's own precedents and the opinions of experts in constitutional law.¹¹⁶

For decades, Finnish courts followed the constitutional doctrine that practically prohibited them from reviewing the constitutionality of ordinary legislation and, consequently, led to a situation where courts did not refer to provisions of the Constitution at all.¹¹⁷ This prohibition of judicial review was formally removed through the adoption of section 106 of the new Constitution in 1999. Section 106 provides for the primacy of the Constitution and, consequently, for a possibility of *ex post* constitutional review by courts:

“If in a matter being tried by a court, the application of an Act of Parliament would be in manifest conflict with the Constitution, the court of law shall give primacy to the provision in the Constitution.”

¹¹⁴ See *Viljanen* 2011, p. 142.

¹¹⁵ The reason for the supremacy of *ex ante* review can be traced back to the Constitution Act of 1919. While the old Constitution did not contain a prohibition of judicial review *per se*, section 92(2) was interpreted so as to preventing courts from examining constitutionality of Acts of Parliament. See *Lavapuro – Ojanen – Scheinin* 2011, p. 510–512.

¹¹⁶ *Lavapuro – Ojanen – Scheinin* 2011, p. 510.

¹¹⁷ *Ibid.*

The wording of this provision implies that the drafters of the Constitution still wanted to maintain the primacy of *ex ante* constitutional review by the Constitutional Law Committee.¹¹⁸ The threshold for applying section 106 of the Constitution is relatively high. In order to apply section 106, the court must find a manifest conflict between an Act and the Constitution. Moreover, finding a manifest conflict allows a court to give primacy to the provision of the Constitution only in that particular case. The court does not have the competence to repeal the Act as unconstitutional.

There are a number of cases where section 106 has been discussed but not applied¹¹⁹ and a group of cases where the section has been applied.¹²⁰ From these cases one can draw certain conclusions. First, the courts have indeed required the conflict between an ordinary Act and the Constitution to be almost self-evident. Second, they have based their reasoning on *travaux préparatoires* of the Constitution and on the views of the Constitutional Law Committee vis-à-vis the constitutionality of particular bills at the time of their passing. This can be seen as problematic, as it is not possible for the Committee to consider all possible individual situations that might emerge in the future and where an Act could be in conflict with the Constitution. Third, it has been noted in academic literature that the manifest-conflict criterion creates a problematic grey area between the judicial competence under section 106 and the constitutional and human rights oriented interpretation: there may be cases where the conflict between an Act and the Constitution is less evident but cannot be resolved via fundamental rights-friendly interpretation.¹²¹

Regardless of the somewhat reluctant attitude of Finnish courts towards judicial review of ordinary legislation, it can be argued that the Finnish model of constitutional review has been undergoing certain significant transformations during the past couple of decades. Whilst *ex ante* review by the Constitutional Law Committee is still the supreme form of constitu-

¹¹⁸ See Government proposal for the 2000 Constitution, Finnish Government Proposal HE 1/1998 vp, *Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi*, 164 and the Report by the Constitutional Law Committee on the proposal, Constitutional Law Committee of Finland, PeVM 10/1998 vp, 31.

¹¹⁹ See eg Supreme Court of Finland KKO 2003:107, Supreme Administrative Court of Finland, KHO 2005:43, Supreme Court of Finland KKO 2006:71, Supreme Administrative Court of Finland, KHO 2007:77, Supreme Court of Finland KKO 2008:83 and Supreme Court of Finland KKO 2014:14.

¹²⁰ See eg Supreme Court of Finland, KKO 2004:26, Supreme Court of Finland, KKO 2004:62, Insurance Court of Finland, 6254:2005, Supreme Administrative Court of Finland, KHO 2008:25, Supreme Court of Finland, KKO 2015:14 and Helsinki Administrative Court (4 August 2015) HAO 15/0615/2.

¹²¹ *Lavapuro – Ojanen – Scheinin* 2011, p. 527–530. See also Lavapuro 2010, p. 213–216.

tional review in Finland, adoption of section 106 of the Constitution has brought the Finnish system closer to so-called weak-form models of constitutional review.¹²² For the purposes of this article, the next question to be examined is what are the concrete ways through which the prohibition of retrogression could be taken into account in the Finnish system of constitutional review.

4.4 How does the prohibition of retrogression operate in the Finnish system?

As Finnish public authorities are, according to section 22 of the Constitution, under an obligation to ensure compliance with international human rights obligations, they are also under an obligation to guarantee compliance with the prohibition of retrogression. As a main rule, the prohibition of retrogression should be taken into account by the legislator. Because of its nature, the prohibition of retrogression should be considered *before* adopting any possibly regressive measures and legislation. Moreover, unjustified regressive measures often take place through the repeal of an Act that guarantees a certain level of social rights. In these situations it is not even possible for a court to refer to legislation that is no more in force, not to mention examining the legality of the revocation. The prohibition of retrogression could fall within the scope of ex post judicial review only in exceptional situations.¹²³ These situations will be addressed at the end of this chapter.

When we talk about the ex ante review and the prohibition of retrogression, it is important to note that the prohibition must be taken into account by the legislator in two kinds of situations. First, the legislator must ensure compliance with the prohibition when passing new ordinary legislation. Second, and perhaps even more importantly, the prohibition should be respected in the context of budgetary decision-making.¹²⁴ In Finland, the drafting process of ordinary legislation normally entails systematic ex ante constitutional review by the Constitutional Law Committee and any limitations must be in compliance with the general conditions of fundamental rights limitation.¹²⁵ Interestingly enough, budgetary decision-making by

¹²² On the concept of the weak-form review, see Lavapuro 2010, p. 243–267. See also Lavapuro – Ojanen – Scheinin 2011, p. 505–510.

¹²³ Rautiainen 2013, p. 275–276.

¹²⁴ See eg Nolan – Dutschke 2010.

¹²⁵ See chapter 4.2.

the Parliament has not *de facto* been subject to any systematic review mechanisms.¹²⁶ Budget decisions are made in one hearing of the Parliament and the decision needs to be supported by only a simple majority. It follows that while budgetary decision-making *de facto* affects the realisation of social rights in Finland, the decision-making process itself is not subject to systematic human rights impact assessment and constitutional review. This is viewed as problematic from the viewpoint of constitutional law.¹²⁷ Without effective human rights impact assessment *vis-à-vis* budget decisions, the prohibition of retrogression can also be disregarded. This, of course, can have a negative impact upon the rights of the most vulnerable and, thus, upon equality generally.¹²⁸

The Constitutional Law Committee has touched upon the relevance of the prohibition of retrogression in some of its statements. It has noted that during an economic recession it should be possible, at least to some extent, to take regressive measures and lower the level of social rights. According to the Committee, it is logical to take into consideration the state of the public economy when deciding on the level of services financed by the public sector.¹²⁹ Instead of elaborating on the content of the prohibition of retrogression, the Committee has, however, focused mainly upon the obligation to protect the minimum core content of the right in question. It has, for instance, stated that organising education as subject to a charge could not amount to a decrease in the number of student places which were free of charge,¹³⁰ and that extending the waiting period of unemployment security by two days was not a regressive measure of constitutional significance.¹³¹

More recently, the Constitutional Law Committee has been required to examine the constitutionality of the government proposal on social welfare and health care reform.¹³² While the prohibition of retrogression has not been directly addressed, certain related observations can be made. First of

¹²⁶ The Constitutional Law Committee has stated that budgetary decisions should be subject to fundamental rights impact assessment. See eg Constitutional Law Committee of Finland, PeVM 25/1994 vp.

¹²⁷ Rautiainen 2013, p. 277–279.

¹²⁸ On criticism concerning the lack of human rights impact assessment in the 2015 government platform of Finland, see *Lavapuro – Ojanen 2015*.

¹²⁹ Constitutional Law Committee of Finland, PeVM 25/1994 vp.

¹³⁰ Constitutional Law Committee of Finland, PeVL 14/2007 vp.

¹³¹ Constitutional Law Committee of Finland, PeVL 16/1996 vp.

¹³² Constitutional Law Committee of Finland, PeVL 67/2014 vp; Constitutional Law Committee of Finland, PeVL 75/2014 vp and Finnish Government Proposal HE 324/2014 vp, *Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi*.

all, the Committee emphasised that the reform is indeed necessary in order to ensure the effective realisation of social rights, in particular of the right to basic subsistence under section 19 of the Constitution. It can be argued that through this statement the Committee acknowledged the government's obligation to progressively realise social rights. Second, the Committee's reasoning when it rejected the Government's proposal was linked with the prohibition of retrogression. The Committee rejected the proposal because it found that the proposed arrangements would cause unequal economic burden to some municipalities. In that sense the evaluation by the Committee was closely linked to the principle of equality and, from the viewpoint of the prohibition of retrogression, to the condition of non-discrimination. Here, of course, the measures in question would not necessarily have been regressive. The Committee's statements demonstrate, however, that principles of equality and non-discrimination are an inherent part of the implementation of positive rights.

As for the ex post review, it can be argued that the prohibition of retrogression could be of relevance in two types of situations. First, the prohibition can be taken into account through a human rights oriented interpretation. For instance, in relation to the reform of the Act on Social Assistance (1412/1997) the Constitutional Law Committee noted that impacts on the most vulnerable groups and the creation of new marginalised groups can be avoided through a fundamental rights-friendly interpretation by the courts of the new legislation.¹³³ In practice this can lead to situations where a court departs rather significantly from the wording of the Social Assistance Act in order to avoid generating new marginalised groups in society and to promote equality.¹³⁴ One can, of course, ask whether it would be more advisable for the legislator to seek to ensure the accomplishment of this goal already in the course of the drafting process. This criticism is particularly topical in light of the recent decisions of the ECSR on the level of social security in Finland. In its decision 88/2012, the ECSR found that Finland's level of social security was in violation of article 12(1) of the ESC as it fell below 50 % of median income.¹³⁵ The Finnish Government sought to justify the level of basic social assistance by stating that in addition to the basic amount of the social allowance, a person who is entitled to social assistance may receive other forms of assistance.¹³⁶ The right to these other forms of assistance is not, however, a subjective right, but rath-

¹³³ Constitutional Law Committee of Finland, PeVL 35/2012 vp.

¹³⁴ See *Rautiainen* 2013, p. 276–277, in particular footnote 74.

¹³⁵ ECSR 88/2012, paras 110–125.

¹³⁶ ECSR 88/2012, paras 101–109.

er subject to certain specific criteria. The ECSR therefore concluded that the level of social security in Finland was insufficient. The ECSR seemed to require the state to guarantee adequate social assistance in its legislation for all, so that reaching an adequate level would not be dependent upon the fulfilment of certain special prerequisites.¹³⁷ In that sense one can conclude that seeking to secure the fulfilment of social rights and compliance with the prohibition of retrogression through the method of human rights friendly interpretation may not be sufficient in light of the Committee's decision.¹³⁸

Second, a court may have to consider the application of the prohibition of retrogression in cases where an individual has based her claim on subjective social rights, which are directly enforceable through the courts.¹³⁹ Finland's Constitution provides for two subjective rights: the right to minimum level of subsistence under section 19(1) and the right to free basic education under section 16(1). If an individual feels that her subjective constitutional right has not been realised, she can raise a claim in front of a court of justice and base her claim directly on the constitutional provision, even if ordinary legislation would not grant her that right. In these cases the question is, however, more about the Government's responsibility to implement fundamental rights and the direct effect of these rights rather than the applicability of the prohibition of retrogression.¹⁴⁰

Even so, one might contemplate that the prohibition of retrogression could be of relevance in application of section 106 of the Constitution. As noted, public authorities have an obligation to ensure compliance with international human rights norms under section 22 of the Constitution. It can be argued that the prohibition of retrogression forms a part of these international human rights obligations. Therefore, hypothetically, there could be a situation where an individual's fundamental subjective right, for instance the right to minimum level of subsistence, has not been fully realised because of regressive legislative measures. Could a court in this situation find the new legislation to be in conflict with the Constitution, in particular with section 22? Judging from the previous case law on the interpretation of section 106 of the Constitution, the answer to this question appears to be negative. It seems highly unlikely that a court would solve this kind of a case through application of section 106. This is, most of all, because the threshold for finding a manifest conflict between an ordinary Act

¹³⁷ ECSR 88/2012, para 120.

¹³⁸ On criticism concerning Government's arguments, see *Rautiainen* 2015.

¹³⁹ On the definition of subjective rights, see *Tuori – Kotkas* 2008, p. 242–243.

¹⁴⁰ *Rautiainen* 2013, p. 276.

and the Constitution is relatively high. The prohibition of retrogression is, after all, not a clearly defined legal norm, and is not expressly mentioned in any of the applicable human rights instruments, not to mention in the Finnish Constitution. Moreover, this kind of a case would probably be solved instead through a fundamental rights-friendly interpretation or through direct reference to the respective subjective social right under the Constitution. If section 106 were to be applied, then the manifest conflict would quite likely take place between an ordinary Act and the subjective constitutional right, without any reference to the prohibition of retrogression.

As demonstrated above, it is certainly not an established rule that claims concerning the constitutionality of ordinary legislation vis-à-vis social rights can be brought before courts. This raises the question of whether social rights are *de facto* effective. In the next chapter I will evaluate the effectiveness of social rights from the perspective of the prohibition of retrogression. The purpose of the chapter is to demonstrate that the effective realisation of social rights is important in a democratic society as there is a good reason to believe that effective social rights promote equality and democracy. Moreover, it will be argued that effectiveness of social rights can be best secured not only through justiciability of certain subjective rights but also by actively evaluating compliance with the prohibition of retrogression before resorting to new legislative and budgetary measures.

5 EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS IN FINLAND

5.1 Criteria for assessing effectiveness

Whilst subjective social rights in Finland are, as noted above, directly enforceable through courts, there are also other factors that should be in place for the protection of the level of social rights to be regarded as effective. It can be argued that the starting point for the effective realisation of social rights is the positive attitude in society towards the implementation of social rights. Promoting social rights must be seen as one of the fundamental values in the democratic society, and the state must be willing to commit itself to the full realisation of social rights.¹⁴¹ However, this is only a starting point. In addition to good faith, a state must *de facto* have the capacity

¹⁴¹ Se eg Burchill 2007, p. 361–362.

to make the level of social rights adequate and the realisation of social rights effective. One must ask, therefore, what this means in practice.

First, there must be an effective supervisory system for the realisation of social rights within the state. In particular, the supervisory authorities ought to be capable of assessing compliance with the empirical dimension of the prohibition of retrogression, i.e. evaluating whether the measures taken have *de facto* had a regressive impact on the level of social rights. This would include both domestic and international monitoring mechanisms.

Second, an individual must have access to effective remedies when she feels that her social rights have not been fully realised. With effective remedies for an individual, one can refer to the justiciability of social rights; the respective right as directly enforceable within the courts. These remedies can, however, entail also so-called administrative remedies.¹⁴² While an individual cannot enforce any substantive rights through an administrative complaints procedure *per se*, the procedure offers means for an individual to express her dissatisfaction with the level of realisation of the rights. This makes it possible for an administrative authority to detect and intervene in illegal or reprehensible conduct of a social service provider.¹⁴³ Administrative complaints procedures are, therefore, closely linked to the idea of effective supervisory system.

Finally, the effectiveness of social rights requires comprehensive and continuous human rights impact assessment by the legislature, courts and other public authorities. It can be argued that through effective human rights impact assessment the prohibition of retrogression would also be sufficiently taken into account.¹⁴⁴ Whether this kind of an assessment is being carried out is, however, also a question of policy and the predominant attitude within the particular state. In the following chapters I will examine whether the Finnish system for protection of social rights can be regarded as effective, in particular from the viewpoint of the prohibition of retrogression.

¹⁴² CESCR, General Comment 3, paras 5–7.

¹⁴³ *Puumalainen* 2012, p. 267–268.

¹⁴⁴ *Rautiainen* 2013, p. 280.

5.2 Effectiveness of social rights as a tool for promoting equality, justice and democracy

Before moving on to evaluating the effectiveness of the Finnish system for the protection of social rights, one must first ask *why* social rights should be implemented as effectively as possible? From a Finnish constitutional law perspective, promoting participation, democracy and justice in society are fundamental principles expressly mentioned in the Constitution. According to section 1(2), the Constitution shall guarantee the inviolability of human dignity, the freedom and rights of the individual, and promote justice in society. Further, according to section 2(2) of the Constitution, democracy entails the right of the individual to participate in and influence the development of society and his or her living conditions. According to section 6(1) of the Constitution, everyone is equal before the law. The Constitutional Law Committee of Finland has noted that promoting justice in society is closely linked with the effective realisation of economic, social and cultural rights.¹⁴⁵ The obligation of public authorities to guarantee the observance of fundamental and human rights in the society can also be seen as crystallising the fundamental values expressed in sections 1 and 2 of the Constitution.¹⁴⁶

It has, indeed, been argued that the effective realisation of social rights promotes equality and democracy in society. This is because effective social rights promote the transparency of and participation in the decision-making process. This, subsequently, increases the level of participation of the most vulnerable groups in the decision-making process and, therefore, increases equality in the society.¹⁴⁷ Wide participation of the vulnerable groups of society then, in turn, strengthens the status of social rights in society. The FRA, for instance, has noted that countries that promote participation and transparency of decision-making tackle the challenges of economic crisis much better.¹⁴⁸

If one looks at the question from the viewpoint of the prohibition of retrogression, it can be noted that the prohibition, indeed, aims at tackling the inequality in society. One of the cumulative conditions of the prohibi-

¹⁴⁵ Government proposal for the fundamental rights reform, Finnish Government Proposal HE 309/1993 vp, *Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussääntösten muuttamisesta*, detailed justifications chapter 1(1).

¹⁴⁶ See eg *Ojanen – Scheinin* 2011, p. 224–225.

¹⁴⁷ On the role of participation in promoting equality, see *Fredman* 2008, p. 105–113 and p. 199–202.

¹⁴⁸ *FRA* 2010, p. 14–15.

tion of retrogression is, as noted above, that the regressive step cannot be discriminatory or targeted at the most vulnerable groups. The importance of the prohibition of retrogression in protecting equality in society becomes emphasised in times of economic crisis, as austerity measures create a risk of rising inequality.¹⁴⁹

As can be seen, effective social rights increase the level of participation in the decision-making process. Consequently, effective realisation of social rights contributes to the effective realisation of civil and political rights, such as the freedom of expression, electoral and participatory rights and the freedom of assembly. Also in this sense, therefore, the effectiveness of social rights is of importance. Further, this implies that too strict a distinction between so-called negative and positive rights may be artificial and harmful for the effective implementation of human rights as a whole.¹⁵⁰

5.3 Evaluating the effectiveness of the Finnish system for the protection of social rights

First, it must be noted that as a state party to the ICESCR and the ESC, Finland is under an obligation to provide individuals with effective remedies and to monitor the implementation of social rights. Under the ICESCR, the state has a right to also implement social rights through non-legislative measures. This does not mean that taking non-legislative measures could justify a situation where effective remedies do not exist. Quite the opposite; the state should ensure that the remedies may be sought either from judicial or administrative authorities.¹⁵¹ The ECSR has stated that especially in times of economic crisis “governments are bound to take all necessary steps to ensure that the rights of the Charter are effectively guaranteed at a period of time when beneficiaries need protection the most”.¹⁵² Moreover, as demonstrated above, Finland has committed itself to the effective realisation of social rights and to compliance with the prohibition of retrogression, inter alia, through sections 1, 2 and 22 of the Constitution.

Second, as demonstrated above, the prohibition of retrogression requires a state to conduct sufficient research and analysis into the impact of any

¹⁴⁹ *Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development* 2012.

¹⁵⁰ See eg *Tuori* 2011, p. 712.

¹⁵¹ CESCR, General Comment 3, paras 5–7. See also Maastricht Guidelines, paras 16 and 22–23.

¹⁵² European Committee of Social Rights, General introduction to Conclusions XIX-2 (2009), 12–13.

regressive measures on vulnerable groups in order to ascertain the measure that has the most minimal impact on the rights of the most vulnerable groups. Therefore, it can be argued that conducting a social rights impact assessment is an inherent part of the obligation not to take any unnecessary regressive steps. The FRA has considered human rights impact assessment as crucial in revealing how the overall burden of regressive measures is being shared between different groups of society.¹⁵³ Conducting sufficient impact assessment prevents the state from violating the prohibition of retrogression. Next, it will be evaluated whether the Finnish system of monitoring makes it possible to carry out this kind of analysis. In doing this I will utilise the concept of the *proactive model*, which is an alternative model for promoting the effectiveness of social rights as opposed to those based solely on judicial intervention. The idea of so-called proactive models of monitoring is to acknowledge that equality between citizens requires a state not only to refrain from violating the right to equality but also to actively promote it.¹⁵⁴ Proactive models are based on the idea that the responsibility for addressing ineffectiveness in the realisation of social rights, and inequality in society, lies on those who are best equipped to do so. This means that actively promoting the effective realisation of social rights is not solely a task of courts and the judicial process, but rather a task of all public authorities.¹⁵⁵ In Finland, these authorities entail, in addition to courts, in particular the legislature and administrative supervisory authorities and, to some extent, non-governmental organisations in the field of social law.

In Finland, monitoring compliance with human rights and fundamental rights is one of the most important tasks of the Parliamentary Ombudsman and the Chancellor of Justice.¹⁵⁶ Both authorities provide an annual report on their supervisory activities, and the Constitutional Law Committee has held that the report should entail a section on the realisation of fundamental rights and human rights.¹⁵⁷ The Finnish model for monitoring compliance with social rights is strongly based on the mandate of administrative authorities to receive administrative complaints and to conduct supervision.¹⁵⁸

¹⁵³ FRA 2010, p. 20.

¹⁵⁴ Fredman 2008, p. 189.

¹⁵⁵ See Fredman 2008, p. 189.

¹⁵⁶ The Parliamentary Ombudsman has noted in his annual reports that since 2000 nearly all supervisory tasks of the Ombudsman have entailed issues related to constitutional rights and human rights. See Eduskunnan oikeusasiamiehen toimintakertomus vuodelta 2014, p. 58.

¹⁵⁷ Constitutional Law Committee of Finland, PeVM 25/1994 vp.

¹⁵⁸ Currently Ombudsman's supervisory proceedings seems to be one of the most im-

Whilst administrative authorities do not have the authority to decide on the implementation of regressive legislation and, consequently, effectively supervise compliance with the prohibition of retrogression, they can spot areas where social rights are not being fully realised. This, in turn, can indicate to the legislature how they might promote the realisation of social rights, i.e. what the next progressive step of the state should be. Citizens' administrative complaints can also be useful in evaluating compliance with the empirical dimension of the prohibition of retrogression, i.e. whether new legislation has *de facto* had a negative impact on the level of social rights in Finland. In this sense the supervisory work of the administrative authorities complements the monitoring system, and the Finnish system can be argued to have certain characteristics of the proactive model.¹⁵⁹

In the effective realisation of social rights in Finland – in addition to the work of administrative authorities – the role of non-governmental organisations is also, to some extent, relevant. As the additional protocol to the ESC now provides for a system of collective complaints and has been ratified by Finland, non-governmental organisations can submit complaints on “unsatisfactory application” of the ESC.¹⁶⁰ According to the preamble of the additional protocol, the purpose of the collective complaints procedure is to “improve the effective enforcement of the social rights guaranteed by the Charter”. The Finnish Society of Social Rights (Suomen Sosiaalioikeudellinen Seura r.y.) filed a complaint in December 2012 on the inadequate level of social security in Finland. As elaborated in the previous chapters, this led the ECSR to find that Finland was not complying with articles 12(1) and 13(1) of the ESC.¹⁶¹ Moreover, as Finland has ratified the Optional Protocol to the ICESCR which entered into force on 30 April 2014 (Finnish Government Decree 17/2014), it is now possible for an individual or a group of individuals to submit a communication to the CESCR, claiming to be a victim of a violation of any of the economic, social and cultural

portant mechanisms for ensuring the effective protection of constitutional and human rights in Finland. See *Lavapuro – Ojanen – Scheinin* 2011, p. 521. See also *Lavapuro* 2010, p. 42–43. Also other administrative authorities, namely the National Supervisory Authority for Welfare and Health (Valvira) and the six Regional State Administrative Agencies (Aluehallintovirastot), monitor compliance with social rights in Finland.

¹⁵⁹ As a principle, the prohibition of retrogression by definition affects the work of all public authorities. See *Scheinin* 1991, p. 37.

¹⁶⁰ Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints (adopted 9 November 1995, entered into force 1 July 1998) CETS 158

¹⁶¹ The ECSR also found in its decision *STTK ry and Tehy ry v Finland* (17 October 2001) ECSR 71/2000 that Finland had violated article 4(2) of the ESC by removing the right to additional paid leave for hospital personnel who were exposed to radiation. The ECSR did not, however, refer to the prohibition of retrogression in its reasoning.

rights set forth in the ICESCR. These rights entail, inter alia, article 2(1) and the principle of progressive realisation.¹⁶²

As for the effectiveness of social rights in Finnish courts, it must first be noted again that the right to a minimum level of subsistence and the right to free basic education are directly enforceable in the courts. However, apart from those cases, courts do not tend to refer to social rights in their legal practice. In fact, it has proven to be relatively difficult to get access to any data on the number of cases where social rights would have been referred to.¹⁶³ When the courts have invoked social rights, they have referred to them merely as fundamental rights but have not simultaneously referred to respective human rights. This can be seen as problematic from the viewpoint of effectiveness for two reasons. First, the catalogue of social fundamental rights in the Constitution of Finland does not codify all the social rights provided for in the ICESCR. Those social rights are, however, binding in Finland as international human rights norms and must be protected, as stipulated in section 22 of the Constitution. Second, even though the level of domestic protection of fundamental rights has traditionally been thought to be higher than that of international human rights law,¹⁶⁴ it is possible that international minimum standards evolve through the practice of the international supervisory bodies such as the ECSR and the CESCR.¹⁶⁵ In that sense the domestic courts should be aware of the recent practice of these organs in order to effectively protect social rights in Finland.

As for the effectiveness of the prohibition of retrogression in the Finnish courts, one particular case can be mentioned. In the Supreme Court case KKO 2008:83 a group of pensioners sought compensation from the state because of reductions in their pensions. They argued, inter alia, that the regressive legislation was in manifest conflict with the property clause of the Constitution. The Supreme Court did not, however, address any substantive issues in the judgement, as it found that the question of compensation should be addressed by the Insurance Court and only after individuals had received concrete decisions on the amount of their pensions.¹⁶⁶ The case at hand demonstrates well the problem attached to the ex post review of compliance with the prohibition of retrogression. First, the reduction in

¹⁶² Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural rights (adopted 10 December 2008, entered into force 5 May 2013).

¹⁶³ See *Hyttinen* 2012, p. 496–515.

¹⁶⁴ See, for instance, *Rautiainen* 2013, p. 267–268.

¹⁶⁵ *Hyttinen* 2012, p. 511–513.

¹⁶⁶ Supreme Court of Finland KKO 2008:83, paras 6–8.

the level of rights of an individual cannot be seen as a violation of the prohibition of retrogression per se;¹⁶⁷ a more comprehensive analysis on the regressive impact of measures would be required. Second, the claims raised in courts often concern violations of subjective social rights or, as in the case at hand, the right to property. The prohibition of retrogression can, however, be disregarded also by decreasing the level of other social rights, i.e. those not directly enforceable through courts. From the viewpoint of the effectiveness of social rights this distinction between different social rights might appear problematic: when the Government has an absolute obligation to guarantee the effective enjoyment of certain subjective social rights, the realisation of other social rights may not be sufficiently considered during the budgetary decision-making process.¹⁶⁸

Finally, it must be asked whether the realisation of social rights can be effective if the budgetary decision-making is not subject to systematic human rights impact assessment. Budgetary decisions have, after all, an important role in allocating state resources. The fact that this allocation of resources is not subject to systematic constitutional and human rights review has been seen as problematic.¹⁶⁹ Social rights often pose positive obligations for a state, and therefore state compliance with the principle of progressive realisation and the prohibition of retrogression are closely linked with the amount of available resources. The Government's budgetary decisions are not, however, subject to ex ante constitutional review by the Constitutional Law Committee, at least not to the same extent as new legislative proposals.

In Finland, the municipalities have the right to self-government and are responsible for the realisation of rights that derive from the social rights guaranteed in the Constitution. They are not, however, under an obligation to make sure that they allocate sufficient resources for this purpose in their budgets. This has been seen as one of the major problems of the effective realisation of social rights in Finland.¹⁷⁰ The Government cannot escape its responsibility to guarantee compliance with the prohibition of retrogression and the effective implementation of social rights by delegating the realisation of social rights to municipalities. If the municipalities cannot provide adequate services due to shortage of resources, it is the Government who is responsible for any violations of social rights.¹⁷¹ Therefore,

¹⁶⁷ *Rautiainen* 2013, p. 275.

¹⁶⁸ *Puumalainen* 2012, p. 273–274.

¹⁶⁹ See eg *Puumalainen* 2012, p. 273–274 and *Rautiainen* 2013, p. 276–279.

¹⁷⁰ *Rautiainen* 2013, p. 277.

¹⁷¹ *Viljanen* 2011, p. 118.

the Government should ensure that its budgetary decision-making and resource allocations are in compliance with the state's human rights obligations, in particular with the prohibition of retrogression.

Budgetary decision-making has not been subject to systematic human rights impact assessment and constitutional review partly because it has been traditionally seen as a political, rather than a legal, process.¹⁷² However, in light of section 22 of the Constitution, this should not be the case. As all public authorities are under an obligation to guarantee the observance of human rights, budgetary decisions should also be subject to human rights impact assessment, particularly since it is arguably the most effective way to ensure compliance with the prohibition of retrogression.

6 CONCLUSIONS

The prohibition of retrogression places an obligation upon the state to avoid taking any unnecessary regressive steps when progressively realising social rights. The underlying idea of this prohibition is to ensure that states would not arbitrarily depart from the objective of effective realisation of social rights. The effective realisation of social rights can be seen as a crucial factor in promoting equality and democracy in society, as it promotes the participation of the most vulnerable groups in the decision-making process. In that sense, the traditional distinction of economic, social and cultural rights and civil and political rights into so-called positive duties and duties of restraint can be seen as somewhat artificial. Effective realisation of social rights requires the effective realisation of civil and political rights, and vice versa. Moreover, both groups of rights entail dimensions of both positive and negative obligations.

The aim of the article was to find the normative nature of the prohibition of retrogression and conditions it consists of. The prohibition of retrogression has its origins in article 2(1) of the ICESCR and can also be derived from article 12(3) of the ESC. It operates together with the principle of progressive realisation, which requires a state to achieve progressively the full realisation of social rights and aim towards the imaginary, "perfect" level of rights. This does not, however, mean that states would in all situations be prohibited from taking any regressive steps.

In the course of the current economic crisis, several European countries have been almost forced to resort to certain austerity measures due to the

¹⁷² *Rautiainen* 2013, p. 279.

lack of resources. Consequently, several supranational human rights bodies and domestic constitutional courts have given decisions and statements on the justifiability of these measures. From these statements one can ascertain certain requirements which are consistently imposed by the prohibition of retrogression: the regressive measure has to be temporary; it has to be necessary and proportionate; it cannot be discriminatory; and the legislature has to protect the minimum core content of the right in question. The obligation to conduct sufficient social rights impact analysis before resorting to any regressive measures seems to be an inherent part of the prohibition of retrogression.

Compliance with the prohibition of retrogression should, to a great extent, be secured by the legislator when implementing possibly regressive legislation or deciding on the state's budget. The prohibition may, however, have relevance in courts through a human-rights friendly interpretation or application of certain subjective social rights that can be directly enforced through courts. The prohibition of retrogression operates mostly as a principle and can be challenged by weightier principles in individual applications. The prohibition can sometimes, however, operate as an absolute rule; for instance, when there is a risk that a regressive measure might fail to protect the minimum core content of the social right in question.

In the Finnish system, compliance with the prohibition of retrogression is reviewed by the Constitutional Law Committee of the Parliament in the course of its *ex ante* constitutional review process. The prohibition may, technically speaking, be subject to *ex post* review by the courts, but this has yet to take place and can be seen as a highly hypothetical situation for two reasons. First, the Finnish system of constitutional review has its emphasis strongly on the *ex ante* review by the Constitutional Law Committee. Second, the prohibition of retrogression should, by definition, be taken into account by the legislature before deciding on any potentially regressive measures. This requires conducting sufficient analysis on the potential impacts on social rights and exploring alternative options before resorting to any measures. If the prohibition were to be considered by courts, this would happen through a human rights friendly interpretation or the application of subjective social rights rather than through the direct application of the prohibition itself.

The Finnish system of monitoring can be argued to have some characteristics of so-called proactive models, which are based on the idea that addressing inequalities in society and promoting effectiveness of fundamental rights and human rights is the responsibility of all public authorities. Whilst models that are based on the judicial process often only review

whether social rights of an individual have been violated, proactive models seek to recognise the positive dimension of social rights, i.e. to actively promote the effective realisation of those rights. Section 22 of the Constitution of Finland provides for the responsibility of all public authorities to guarantee observance of fundamental and human rights. The monitoring system in Finland for the protection of social rights is, to a great extent, based on the supervisory work of the Parliamentary Ombudsman, the Chancellor of Justice and other administrative supervisory authorities. The supervisory mechanisms of the ICESCR and the ESC are also of relevance in Finland, particularly as non-governmental organisations can submit collective complaints on alleged violations of the ESC to the ECSR. In that sense, it could be argued that several quarters are actively participating in the process of effective realisation of social rights in Finland.

From the viewpoint of the prohibition of retrogression, the single largest gap in the Finnish system of human rights review can be argued to be the fact that budgetary decision-making process is not subject to systematic *ex ante* constitutional review and human rights impact assessment. Budgetary decisions, whilst not being new legislation *per se*, *de facto* determine the allocation of available resources within the state. As such, compliance with the prohibition of retrogression, in particular evaluating whether decisions have a negative impact on the most vulnerable groups, should be assessed in the course of the budgetary decision-making process. This would more efficiently guarantee that the resource allocations have been made, from the beginning, in the most equal and equitable manner available.

Insufficient human rights impact assessment *vis-à-vis* budgetary decision-making can be seen as a core problem attached to the effective operation of the prohibition of retrogression. Whilst it is understandable – and realistic – that the level of resources available for a state often decreases during economic turmoil, economic recession does not justify the lack of sufficient human rights impact assessment when reacting to the economic situation by taking austerity measures. Quite the contrary, a democratic welfare state has the responsibility to promote the effective realisation of social rights and to protect vulnerable groups particularly in times of economic crisis, as there is a real risk of rising inequality in the society.

SOURCES

Bibliography

- Alexy, Robert*: A Theory of Constitutional Rights. Oxford University Press, Oxford 2002.
- Alston, Philip – Quinn, Gerard*: The Nature and Scope of States parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, (1987) 9 Human Rights Quarterly 156.
- Bilchitz, David*: Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for the Future Socio-economic Rights Jurisprudence, (2003) 19 South African Journal on Human Rights 1.
- Burchill, Richard*: Democracy and the Protection of Socio-Economic Rights, in Baderin, Mashood – McCorquodale, Robert (eds): Economic, Social and Cultural Rights in Action. Oxford University Press, Oxford 2007.
- Center for Economic and Social Rights*: OPERA: Assessing Compliance with the Obligation to Fulfill Economic, Social and Cultural Rights (2012).
- Chapman, Audrey – Russell, Sage*: Introduction, in Chapman, Audrey – Russell, Sage (eds): Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights. Intersentia, Antwerp 2002.
- Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development*, Austerity measures – a danger for democracy and social rights (7 June 2012). – [Http://www.andrej-hunko.de/start/aktuell/1105-austerity-measures-a-danger-for-democracy-and-social-rights](http://www.andrej-hunko.de/start/aktuell/1105-austerity-measures-a-danger-for-democracy-and-social-rights) (26.5.2016).
- Coomans, Fons – Kamminga, Menno*: Comparative Introductory Comments on the Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, in Coomans, Fons – Kamminga, Menno (eds): Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Intersentia, Antwerp 2004.
- Coomans, Fons*: In Search of the Core Content of the Right to Education, in Chapman, Audrey – Russell, Sage (eds): Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights. Intersentia, Antwerp 2002.
- Craig, Paul – de Búrca, Gráinne*: EU Law: Text, Cases, and Materials. Oxford University Press, Oxford 2011.
- Craven, Matthew*: The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development. Oxford University Press, Oxford 1995.
- Eduskunnan oikeusasiamiehen toimintakertomus vuodelta 2014. Juvenes Print, Tampere 2015.
- Elson, Diane – Balakrishnan, Radhika – Heintz, James*: Public Finance, Maximum Available Resources and Human Rights, in Nolan, Aoife – O'Connell, Rory – Harvey, Colin (eds): Human Rights and Public Finance. Hart Publishing, Oxford 2013.
- European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion*: Employment and Social Developments in Europe 2012 (8 January 2013).
- European Union Agency for Fundamental Rights (FRA)*: Protecting Fundamental rights during the economic crisis (2010).

- European Union Agency for Fundamental Rights (FRA): The European Union as a Community of values: safeguarding fundamental rights in times of crisis* (2013).
- Fabbrini, Federeco: The European Multilevel System for the Protection of Fundamental Rights: A 'neo-federalist' perspective*, (2010) 5 Jean Monnet Working Paper.
- Fredman, Sandra: Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*. Oxford University Press, Oxford 2008.
- Heinonen, Tuuli – Lavapuro, Juha: Suomen oikeuden eurooppalaistuminen ja valtiosääntöistytminen 1990–2012*, in Heinonen, Tuuli – Lavapuro, Juha (eds): *Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen*. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2012.
- Helsingin Sanomat: Oikeustieteilijät: Hallitus sivuuttaa menoleikkauksista ihmisoikeudet (16.6.2015). – [Http://www.hs.fi/politiikka/a1434245657218](http://www.hs.fi/politiikka/a1434245657218) (26.5.2016).
- Hyttinen, Sanna: Sosiaaliset ihmisoikeudet ja suomalaiset tuomioistuimet – otetaanko sosiaaliset ihmisoikeudet vakavasti?* (2012) 4 Oikeus 496.
- Lavapuro Juha – Ojanen Tuomas – Scheinin Martin: Rights-based constitutionalism in Finland and the development of pluralist constitutional review*, (2011) 9 *International Journal of Constitutional Law* 505.
- Lavapuro, Juha – Ojanen, Tuomas: Hallitusohjelma ja perustuslaki -tippuiko perustuslaki pois prosessikaaviosta?* (8.6.2015). – [Https://perustuslakiblogi.wordpress.com/](https://perustuslakiblogi.wordpress.com/) (26.5.2016).
- Lavapuro, Juha: Uusi perustuslakikontrolli*. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2010.
- Mikkola, Matti: Social Rights as Human Rights in Europe*, (2000) 2 *European Journal of Social Security* 259.
- Mikkola, Matti: Social Human Rights of Europe*. Karelactio, Helsinki 2010.
- Mowbray, Alastair: The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Hart Publishing, Oxford 2004.
- Nolan, Aoife – Dutschke, Mira: Article 2(1) ICESCR and State Parties' Obligations: Whither the Budget?* (2010) 3 *European Human Rights Law Review* 280.
- Nolan, Aoife – Lusiani, Nicholas J. – Courtis Christian: Two steps forward, no steps back? Evolving criteria of the prohibition of retrogression in economic and social rights*, in Nolan, Aoife (ed): *Economic and Social rights after the Global Financial Crisis*. Cambridge University Press, Cambridge 2014.
- Nolan, Aoife: Introduction*, in Nolan, Aoife (ed): *Economic and Social rights after the Global Financial Crisis*. Cambridge University Press, Cambridge 2014.
- O'Conneide, Colm: Austerity and the faded dream of a 'social Europe'*, in Nolan, Aoife (ed): *Economic and Social rights after the Global Financial Crisis*. Cambridge University Press, Cambridge 2014.
- Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin: Suomen valtiosäännön peruseriaatteet (PL 1 §)*, in Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka (eds): *Perusoikeudet*. WSOYpro, Helsinki 2011.
- Ojanen, Tuomas: Perusoikeuspluralismi kotimaaisessa tuomioistuimessa*, (2011) 4 *Defensor Legis* 442.

- Ojanen, Tuomas*: From Constitutional Periphery toward the Center – Transformations of Judicial Review in Finland, (2009) 27 *Nordisk Tidsskrift för Menneskerettigheter* 194.
- Puumalainen, Mikko*: Mitä Euroopan unionin perusoikeudet merkitsevät laillisuusvalvonalle? in Heinonen, Tuuli – Lavapuro, Juha (eds): *Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen*. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2012.
- Rautiainen Pauli*: Perusoikeuden heikennyskielto, (2013) 261 *Oikeus* 42.
- Rautiainen, Pauli*: Oikeus sosiaaliturvaan ei toteudu Suomessa (11.2.2015). – <https://perustuslakiblogi.wordpress.com/> (26.5.2016).
- Riedel, Eibe*: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966), in Rüdiger Wolfrum (ed): *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. – <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL> (25.5.2016).
- Saul, Ben – Kinley, David – Mowbray, Jacqueline*: *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials*. Oxford University Press, Oxford 2014
- Scheinin, Martin*: Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa: valtiosääntöoikeudellinen tutkimus kansainvälisten ihmisoikeussopimusten valtiosisäisestä voimassaolosta sekä ihmisoikeus- ja perusoikeusnormien sovellettavuudesta Suomen oikeusjärjestyksessä. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1991.
- de Schutter, Olivier – Salomon, Margot E.*: *Economic Policy Conditionality, Socio-Economic Rights and International Legal Responsibility: The Case of Greece 2010–2015*. Legal Brief Prepared for the Special Committee of the Hellenic Parliament on the audit of the Greek Debt (Debt Truth Committee), 12 June 2015.
- Shelton, Dinah*: *International Law and ‘Relative Normativity’*, in Evans, Malcolm (ed): *International Law*. Oxford University Press, Oxford 2010.
- Skogly, Sigrun*: *Beyond National Borders: States’ Human Rights Obligations in International Cooperation*. Intersentia, Antwerp 2006.
- Ssenyonjo, Manisuli*: *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*. Hart Publishing, Oxford 2009.
- Steiner, Henry*: *International Protection of Human Rights*, in Evans, Malcolm (ed): *International Law*. Oxford University Press, Oxford 2010.
- Tuori, Kaarlo – Kotkas, Tuomas*: *Sosiaalioikeus*. WSOYpro, Helsinki 2008.
- Tuori, Kaarlo*: Sosiaaliset oikeudet (PL 19 §), in Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka (eds): *Perusoikeudet*. WSOYpro, Helsinki 2011.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeuksien rajoittaminen, in Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka (eds): *Perusoikeudet*. WSOYpro, Helsinki 2011.

Official documents

- Realization of economic, social and cultural rights: Second progress report prepared by Mr. Danilo Türk, Special Rapporteur (18 July 1991) UN Doc E/CN.4/Sub.2/1991/17.
- CESCR, Concluding Observations on Iceland (11 December 2012) UN Doc E/C.12/ISL/CO/4.

- CESCR, Concluding Observations on Spain (6 June 2012) UN Doc E/C.12/ESP/CO/5.
- CESCR, General Comment No 13: The right to education (article 13 of the Covenant) (8 December 1999) UN Doc E/C.12/1999/10.
- CESCR, General Comment No 14: The right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) (11 August 2000) UN Doc E/C.12/2000/4.
- CESCR, General Comment No 18: The Right to Work (Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) (6 February 2006) UN Doc E/C.12/GC/18.
- CESCR, General Comment No 19: The right to social security (art. 9) (4 February 2008) UN Doc E/C.12/GC/19.
- CESCR, General Comment No 21: Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) (21 December 2009) UN Doc E/C.12/GC/21.
- CESCR, General Comment No 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant) (14 December 1990) UN Doc E/1991/23.
- CESCR, Statement: An Evaluation of the Obligation to Take Steps to the 'Maximum of Available Resources' Under an Optional Protocol to the Covenant, (10 May 2007) UN Doc E/C.12/2007/1.
- CESCR, Letter from CESCR Chairperson to States Parties in the context of the economic and financial crisis (16 May 2012) UN Doc CESCR/48th/SP/MAB/SW.
- Constitutional Law Committee of Finland, PeVL 12/1982 vp.
- Constitutional Law Committee of Finland, PeVL 14/2007 vp.
- Constitutional Law Committee of Finland, PeVL 16/1996 vp.
- Constitutional Law Committee of Finland, PeVL 2/1990 vp.
- Constitutional Law Committee of Finland, PeVL 25/2001 vp.
- Constitutional Law Committee of Finland, PeVL 25/2012 vp.
- Constitutional Law Committee of Finland, PeVL 309/1993 vp.
- Constitutional Law Committee of Finland, PeVL 35/2012 vp.
- Constitutional Law Committee of Finland, PeVL 67/2014 vp.
- Constitutional Law Committee of Finland, PeVL 75/2014 vp.
- Constitutional Law Committee of Finland, PeVM 10/1998 vp.
- Constitutional Law Committee of Finland, PeVM 25/1994 vp.
- European Committee of Social Rights, General introduction to Conclusions XIX-2 (2009).
- Finnish Government Proposal HE 1/1998 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.
- Finnish Government Proposal HE 309/1993 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- Finnish Government Proposal HE 324/2014 vp, Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- ILC, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session (23 April–1 June and 2 July–10 August 2001) UN Doc A/56/10.

International Commission of Jurists, Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, (adopted 26 January 1997).

International Commission of Jurists, Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, (adopted 28 September 2011).

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Human Rights Indicators: A Guide to Measurement and Implementation (2012).

UN Doc A/Res/32/130.

The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (UN Doc E/CN.4/1987/17).

Table of treaties

Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints (adopted 9 November 1995, entered into force 1 July 1998) CETS 158.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (as amended) (entered into force 3 September 1953) ETS 5.

European Social Charter (revised) (adopted 3 May 1996, entered into force 1 July 1999) CETS 163.

European Social Charter of 1961 (adopted 18 October 1961, entered into force 26 February 1965) CETS 035.

International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976) 993 UNTS 3.

Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural rights (adopted 10 December 2008, entered into force 5 May 2013).

Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 22 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331.

LIST OF ABBREVIATIONS

1961 Charter	European Social Charter of 1961
CESCR	Committee on Economic, Social and Cultural Rights
ECHR	European Convention of Human Rights
ECSR	European Committee of Social Rights
ECtHR	European Court of Human Rights
ESC	Revised European Social Charter of 1996
ETS	European Treaty Series
EU	European Union
FRA	European Union Agency for Fundamental Rights
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights

ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
ICJ	International Court of Justice
ILC	International Law Commission
UN	United Nations
UNTS	United Nations Treaty Series
VCLT	Vienna Convention on the Law of Treaties

TABLE OF CASES

Artico v Italy (1981) 3 EHRR 1

Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter), (Advisory Opinion) (1948) ICJ Rep 57

Constitutional Court of Germany, 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 (9 February 2010)

Constitutional Court of Latvia, (21 December 2009) Case No 2009-43-01

Constitutional Court of Portugal, (5 April 2013) Judgment No 187/2013, English summary.
– [Http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/acordaos/20130187s.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/acordaos/20130187s.html) (26.5.2016).

Constitutional Court of Portugal, (5 July 2012) Judgment No 353/2012, English summary.
– [Http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/acordaos/20120353s.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/acordaos/20120353s.html) (26.5.2016).

Council Decision (EU) 2010/182/EU of 16 February 2010 giving notice for Greece to take measures for the deficit reduction judged to be necessary in order to remedy the situation of excessive deficit (2010) OJ L83/13

Federation of employed pensioners of Greece (IKA-ETAM) v Greece (7 December 2012) ECSR 76/2012

Finnish Society of Social Rights v Finland (9 September 2014) ECSR 88/2012

General Federation of employees of the national electric power corporation (GENOP-DEI) and Confederation of Greek Civil Servants' Trade Unions (ADEDY) v Greece (23 May 2012) ECSR 65/2011

Helsinki Administrative Court (4 August 2015) HAO 15/0615/2

Helsinki Administrative Court (9 October 2006) HAO 06/1410/1

Insurance Court of Finland, 6254:2005

Kasikili/Sedudu Island (Botswana v Namibia) [1999] ICJ Rep 1045

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion) (2004) ICJ Rep 136

Loizidou v Turkey (Preliminary Objections) (1995) 20 EHRR 99

Panhellenic Federation of pensioners of the Public Electricity Corporation (POS-DEI) v Greece (7 December 2012) ECSR 79/2012

Panhellenic Federation of Public Service Pensioners (POPS) v Greece (7 December 2012) ECSR 77/2012

Pensioners' Union of the Agricultural Bank of Greece (ATE) v Greece (7 December 2012) ECSR 80/2012

Pensioners' Union of the Athens-Piraeus Electric Railways (I.S.A.P.) v
Greece (7 December 2012) ECSR 78/2012
Separate Concurring Opinion of Luis Jimena Quesada
(9 September 2014) ECSR 88/2012
Soering v UK (1989) 11 EHRR 439
STTK ry and Tehy ry v Finland (17 October 2001) ECSR 71/2000
Supreme Administrative Court of Finland, KHO 2005:43
Supreme Administrative Court of Finland, KHO 2007:77
Supreme Administrative Court of Finland, KHO 2008:25
Supreme Court of Finland, KKO 2003:107
Supreme Court of Finland, KKO 2004:26
Supreme Court of Finland, KKO 2004:62
Supreme Court of Finland, KKO 2006:71
Supreme Court of Finland, KKO 2008:83
Supreme Court of Finland, KKO 2014:14
Supreme Court of Finland, KKO 2015:14
Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v Chad) (1994) ICJ Rep 6

HEIKENNYSKIELTO SUOMALAISESSA PERUSTUSLAKIKONTROLLISSA

Artikkeli käsittelee sosiaalisten oikeuksien heikennyskieltoa ja heikennyskiellon käyttäytymistä suomalaisessa perustuslakikontrollissa. Artikkelin tutkimuskysymys on kaksiosainen: Ensinnäkin tarkoituksena on määritellä heikennyskielto, sen alkuperä ja sen keskeiset elementit. Tähän tarkoitukseen artikkelissa hyödynnetään paitsi YK:n taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen 2(1) artiklan ja Euroopan sosiaalisen peruskirjan 12(3) artiklan sanamuotoja, myös kansainvälisten valvontaelinten kyseisille artikloille antamia tulkintoja. Lisäksi heikennyskiellon määrittelyssä hyödynnetään aiempaa aihetta käsittelevää oikeuskirjallisuutta sekä eurooppalaisten valtiosääntötuomioistuinten ratkaisuja nykyisen talouskriisin ajalta.

Artikkelissa arvioidaan myös heikennyskiellon normiluonnetta periaatteisiin ja sääntöihin perustuvan jaottelun valossa. Toisena tutkimuskysymyksenä artikkelissa arvioidaan, miten heikennyskielto voidaan huomioida ja miten se tulisi huomioida suomalaisessa perustuslakikontrollissa, erityisesti perus- ja ihmisoikeusvaikutusarvioinnissa.

Vaikka heikennyskielto ei olekaan absoluuttinen kielto olla heikentämättä valtiossa saavutettua sosiaalisten oikeuksien tasoa, edellyttää se tiettyjen ehtojen täyttymistä ennen mahdollisia heikentäviä lakimuutoksia tai muita toimenpiteitä. Nämä heikennyskiellon valtioille asettamat ehdot ovat vaatimus heikennyksen määräaikaisuudesta, vaatimus heikennyksen välttämättömyydestä ja oikeasuhtaisuudesta, vaatimus heikennyksen kohteena olevan oikeuden ydinalueen säilyttämisestä sekä velvollisuus turvata jo valmiiksi haavoittuvassa asemassa olevien ryhmien oikeudet. Velvollisuus arvioida mahdollisesti heikentävän toimenpiteen vaikutuksia etukäteen sekä selvittää mahdollisia oikeuksien tasoa vähemmän heikentäviä vaihtoehtoja on kansainvälisen tulkintakäytännön perusteella heikennyskieltoon automaattisesti sisältyvä vaatimus.

Lisäksi koska perustuslainmukaisuuden arviointi Suomessa perustuu vahvasti ennakkovalvonnalle lain säätämisvaiheessa, kuuluu vastuu heikennyskiellon asianmukaisesta huomioimisesta eduskunnalle ja erityisesti sen perustuslakivaliokunnalle. Tuomioistuimilla on tietyissä, varsin rajallisissa tilanteissa mahdollisuus huomioida heikennyskielto päätöksenteosaan. Tällä hetkellä valtiosääntöoikeudellisesti ongelmallisimmalta vaikuttaa heikennyskiellosta johtuvien velvoitteiden valossa se, ettei talousarvio-päätöksenteon yhteydessä systemaattisesti huomioida perus- ja ihmisoikeusvaikutuksia, erityisesti heikennyskieltoa, vaikka mahdollisuudet vakut-

taa sosiaalisten oikeuksien tasoon Suomessa ovat tosiasiallisesti talousarviota laadittaessa varsin suuret.

Samuli Kulmala

**NIETZSCHE JA OIKEUS –
YHTEISKUNTASOPIMUS,
PAKKOVALTAA VAI ARMOA?**

Sisällys

1	JOHDANTO	63
2	OIKEUDEN GENEALOGIA JA OIKEUDEN- MUKAISUUDEN MÄÄRITELMÄ	66
3	PERINTEET JA OIKEUS	81
4	RANKAISEMISEN HISTORIALLINEN KEHITYS	84
5	RANGAISTUKSEN TARKOITUS.....	89
6	RANKAISEMISEN KRITIIKKI.....	93
7	LOPUKSI	103
	LÄHTEET	106
	LYHENTEET	109
	NIETZSCHE AND LAW: SOCIAL CONTRACT, RULE BY FORCE OR ABSOLUTION?	110

Nietzsche ja oikeus – yhteiskuntasopimus, pakkovaltaa vai armoa?

1 JOHDANTO

”Katsokaa hyviä ja oikeudenmukaisia! Ketä he vihaavat eniten?
Sitä, joka rikkoo heidän arvojensa taulun;
rikkojaa, rikollista – sitä joka on luova.”¹

Friedrich Nietzsche (1844–1900) tunnetaan pääasiassa filosofina ja ”kulttuuripersoonana.” Nietzscheä ei sitä vastoin juurikaan tunneta hänen oikeusajattelustaan, vaikka aiheesta onkin julkaistu jonkin verran akateemista tutkimusta, pääosin tietenkin Saksassa. Tämän kirjoituksen tarkoituksena on antaa yleiskuva Nietzscheen oikeutta käsittelevistä aforismeista ja ajatuksista sekä tuoda esiin Nietzsche-tutkimuksessa esitettyjä tulkintoja Nietzscheen (usein ainakin näennäisen ristiriitaisista) teksteistä.² Kirjoittaja on huomannut, että Nietzscheen oikeusajattelua käsittelevät tekstit on tavattu aloittaa selostuksella tutkittavan aiheen ongelmista. Koetan tuoda nuo ongelmat tässä esiin tiivistetysti.³

* *Samuli Kulmala*, OTM, käräjänotaari, Kanta-Hämeen käräjäoikeus

¹ *Nietzsche: Also sprach Zarathustra* (Näin puhui Zarathustra, jatkossa Z): Ensimmäinen osa, Zarathustran esipuhe 9. Tässä kirjoituksessa noudatetaan Nietzsche-viittausten osalta saksalaisessa kirjallisuudessa yleisesti käytettyä tapaa, eli Nietzscheen teoksen nimi merkitään kirjainmerkillä (esim. MA), sen jälkeen kirjan mahdollinen osa ja luku/kappale (esim. MA II 2.) ja lopuksi viittauksen kohteena olevan aforismin numero (MA II 2. 38, eli Menschliches, Allzumenschliches, osa II, luku 2 [der Wanderer und sein Schatten] aforismi 38). Nietzscheen lähes kaikki teokset noudattavat tätä kirjoitusmallia. Luettelo lyhenteistä löytyy tekstin lopusta. Tekstissä esiintyvät käännökset ovat kirjoittajan käännöksiä, paitsi milloin toisin ilmoitetaan.

² Nietzscheen kaikki kirjoitukset ovat saatavilla saksaksi Nietzsche Source -sivustolta (<http://www.nietzschesource.org/>), jonka tekstit perustuvat Giorgio Collin ja Mazzino Montinarin *Kritische Studienausgabe* -sarjaan. Myös englanninkielisiä tekstejä on saatavilla: <http://www.openculture.com/2014/11/download-nietzsches-major-works-as-free-ebooks.html>.

³ Nietzsche-tutkimuksessa on käyty keskustelua Nietzscheen roolista poliittisena ajatte-

Nietzsche toimi nuoruudessaan klassisen filologian professorina Baselin yliopistossa ja erottuaan tehtävästä huonon terveydentilansa vuoksi hän vietti lopun elämäänsä pitkälti ”vapaana kirjoittajana.” Hänet tunnetaan erityisesti rikkaasta ja taitavasta ilmaisutavastaan sekä voimakkaista ja usein poikkeuksellisista mielipiteistään. Hän kirjoitti laajasti eri aiheista, kuten kulttuurista, koulutuksesta, filosofiasta sekä filologiasta. Suurin osa hänen teksteistään koostuu aforismeista, joskin tämä tyyli painottuu vahvemmin osassa teoksista.⁴ Hänen taustansa heijastuu suoraan hänen oikeutta käsitteleviin aforismeihinsa.

Verrattuna muihin filosofiin Nietzsche ei käytä, eikä edes pyri käyttämään, yksiselitteisiä tai eksakteja ilmaisuja. Päinvastoin Nietzsche suosii kielikuvia, vertauksia ja värikkäitä ilmaisuja, jotka tekevät tekstistä helpommin luettavaa kuin muiden vaikeaan kielenkäyttöön mieltuneiden filosofien teksteistä, mutta eivät aina helposti ymmärrettävää. Nietzsche ei myöskään pyrkinyt rakentamaan minkäänlaista koherenttia systeemiä, vaikka tietyt pääajatukset ja -argumentit ovatkin läsnä lähes kaikissa hänen teksteissään. Tämä oli Nietzschen osalta osittain tietoinen valinta, sillä hän usein pilkkasi ”systeeminrakentajia”, ja vastusti kyseenalaistamattomille premisseille rakentuvia filosofisia järjestelmiä. Vaikka hänen aforismsinsa saattavat ensikatsauksella vaikuttaa toisiinsa nähden irrallisilta, niiden taustalla on kuitenkin usein havaittavissa viittausyhteys, ja hän kehittää tiettyjä teemoja ja käsitteitä (esim. tavan siveellisyys, vallantahto) läpi tuotantonsa.⁵ Kriittisyys systematiikkaa kohtaan ja rikkaan kielenkäytön suosiminen tarkkuuden kustannuksella lienevät osasyitä sille, ettei Nietzschen ajattelun oikeudellisia teemoja ole (oikeus)filosofiassa erityisemmin huomioitu.

Kirjoituksen lähdemateriaalina on pyritty käyttämään mahdollisimman pitkälle Nietzschen alkuperäiskielisiä teoksia. Tekstissä esiintyvät käännökset on kuitenkin otettu suomennetuista teoksista, joissain tapauksissa kirjoittajan muutoksin. Kaikista Nietzschen teoksista, kuten *Morgenröte* (*Aamurusko*) ja *Menschliches, Allzumenschliches* (*Inhimillistä, aivan liian inhimillistä*), ei kuitenkaan ole julkaistu käännöksiä, jolloin siteerattu käännös on jäänyt kirjoittajan laadittavaksi. Selkeyden vuoksi tämän artik-

lijana, mm. kysymyksestä, onko Nietzsche epäpoliittinen vai antipoliittinen ajattelija, ks. esim. *Karabadjakov* 2010, *Widder* 2008, *Gearey* 2008 sekä *Siemens* 2008. Aiheesta myös *Kunnas* 1982.

⁴ Nietzschen elämästä ja taustasta ks. esim. *Kunnas* 1981 ja *Kaufmann* 1982.

⁵ *Nietzsche: Götzen-Dämmerung* (jatkossa G, suom. Epäjumalten hämähä): Sprüche und Pfeile, aforismi 26 sekä *Nietzsche: Morgenröte* (jatkossa M, suom. Aamurusko) 318. Systematiikasta Nietzschen teoksissa: *Gschwend* 1999 s. 4–11, *Kaufmann* 1982 s. 84–111, *Petersen* 2008 s. 7–9, 136 ja *Colli* 2008 s. 14–15, 21–22, 62–63.

kelin kirjoitushetkellä sitaatteja vielä kääntämättömistä Nietzschen teoksista on otettu tekstiin tietoisesti enemmän ja niitä on lainattu kattavammin kuin käännettyjen teosten sitaatteja.

Artikkeli jakautuu Nietzschen oikeuden ja oikeudenmukaisuuden käsitteitä koskevien aforismien arviointiin. Tämän jälkeen seuraa Nietzschen perinteiden ja oikeuden yhteyttä kuvaava osa, jonka jälkeen siirrytään esittelemään Nietzschen rikosoikeutta koskevia huomioita. Lopuksi esitetään Nietzschen oman aikansa rikosoikeuteen kohdistamaa kritiikkiä. Tämä kirjoitus ei kuitenkaan seuraa jaottelua Nietzschen varhais- ja myöhäisteosten välillä, vaan pyrkimyksenä on ennemminkin antaa yleiskuva kustakin aiheesta. Aiheet mukailevat sekundäärikirjallisuudessa esitettyjä jaotteluja, jotka tosin usein poikkeavat toisistaan yksityiskohdissa kirjoittajasta riippuen. Mukaan on koetettu mahduttaa myös kirjallisuudessa esitettyjä tulkintoja ja kannanottoja, mutta tekstin yleiskatsauksellisen luonteen vuoksi ne on pääasiassa jouduttu jättämään alaviitteisiin.

Yksi kirjallisuudessa usein esiin nouseva ongelma on Nietzschen teoksien väitetty ristiriitaisuus.⁶ On muun muassa ehdotettu tutkimusmetodia, jossa jokaista Nietzschen teoksesta löydettyä toteamaa vastaan tulisi myös löytää sen kanssa ristiriitainen toteama.⁷ Nietzschen tulkinnallisuus yhdistettynä eri teoksista löytyvien erisisältöisten aforismien kanssa tuottaakin selkeän ongelman hänen filosofiaansa käsittelevän koherentin esityksen laatimisessa. Enemmän tai vähemmän joudutaan myös tulkitsemaan aforismien yhteenkuuluvuutta. Tähän voi suhtautua joko haasteena tai sitten kielteisemmin. Hyvänä esimerkkinä tästä toimii Giorgio Collin toteamus:

Kiellettyjä lainauksia – Jokainen joka tulkitsee Nietzscheä käyttäen hyväkseen lainauksia tältä, on väärentäjä, sillä hän saa tämän sanomaan mitä tahansa haluaakaan, järjestelemällä aitoja sanoja ja lauseita itselleen mieluisalla tavalla. Tämän ajattelijan kaivoksessa on kaikkia metalleja: Nietzsche on sanonut kaiken ja kaiken vastakohtan. Ja yleisesti ottaen on epärehellistä käyttää lainauksia Nietzscheä puhuttaessa hänestä, sillä näin lisätään omien sanojen arvoa antamalla vaikutelma, että tämä loihitti esiin hänen sanansa.⁸

Nähdäkseni Collin sanojen taustalla on epäily liian ylimalkaisten Nietzsche-lainauksen käyttöä kohtaan. Nietzschen teoksista tosiaan löytyy tulkinnallisia aforismeja lähes mihin tahansa teemaan. Voidaan puhua tul-

⁶ Esim. *Gschwend* 1999 s. 11–14, *Kunnas* 1983 s. 103–110, *Kunnas* 1981 s. 28–30, *Petersen* 2008 s. 7.

⁷ *Kaufmann* 1982 s. 86 viittaa Karl Jaspersin lausumaan.

⁸ *Colli* 2008 s.129.

kinnasta Nietzschen ”hengessä”, erinäisiä irrallisia aforismeja siteeraten. Tällainen tulkintatapa on tietenkin mahdollinen, mutta silloin tulisi erottaa, tulkitaanko sitä, mitä Nietzsche sanoi ja tarkoitti vai tulkitaanko ennemminkin jotain muuta ilmiötä, kuten oikeutta, välillisesti hänen kirjoitustensa valossa.⁹ On toki kyseenalaista, onko kenenkään kirjoittajan tekstejä ylipäänsä mahdollista tulkita kirjoittajansa näkökulmasta ”oikein.” Tämä ei kuitenkaan mielestäni estä tai vähennä tarvetta pyrkiä yksilöimään Nietzschen kirjoitusten keskeisiä teemojen ja käsitteitä. Tällöin tulisi myös pyrkiä tutkimaan hänen kirjoituksiaan kokonaisuutena ja arvioida eri aforismien yhteenkuuluvuutta. Mitä selkeämmin nämä pystytään erottamaan ja määrittelemään, sitä paremmin voidaan keskustella eri tulkintavaihtoehtoista. Tämä pätee myös Nietzschen oikeuteen liittyvien ajatusten kohdalla. Tämän kirjoituksen tavoitteena on yksilöidä Nietzschen ajattelun käsitteet ja teemat, joilla on merkitystä oikeudellisen ja oikeusfilosofisen ajattelun kannalta. Samalla esitetään näkemys näiden käsitteiden sisällöstä.

2 OIKEUDEN GENEALOGIA JA OIKEUDEN- MUKAISUUDEN MÄÄRITELMÄ

Jos Nietzschen oikeusajattelussa useasti esiin nousevat käsitteet täytyisi tiivistää, ne olisivat varmaankin *sopimus, tasapaino ja valta*. Nämä kolme käsitettä virtaavat läpi Nietzschen ajattelun yhdistyien ja sekoittuen toisiinsa eri ilmenemismuodoissa. Lyhyesti sanottuna Nietzscheille sopimus on oikeuksien perusta, joka nojaa sopimusosapuolten väliseen valtatasapainoon. Tasapainon muuttuessa osapuolet pyrkivät joko palauttamaan sen entiselleen tai kokonaan irti siitä. Nietzscheille oikeus, oikeudenmukaisuus ja oikeusnormien nojalla annettavat rangaistukset ovat jossain määrin sidottuja näihin käsitteisiin. Aloitan Nietzschen oikeusfilosofian kuvauksen

⁹ Vrt. esim. *Nonet* 2008 s. 667: “Oddly perhaps the title of this Essay does not even allude to the work of Nietzsche. It only asks the question: what is positive law? Wrongheaded as it may seem, the omission is deliberate. The task before us indeed calls upon us to think through the question of the essence of positive law. To study Nietzsche is not to ascertain the historical record of ‘what Nietzsche said’, nor to seek mastery of that mass of materials in the construction of tidy ‘nietzschean’ doctrines.” Nietzschen merkitys ja näkökulma kyseisen kirjoituksen aiheelle on tuotu suorasti esiin (*ibid.* s. 669): “Nietzsche is the thinker and prophet of legal positivism.” *Nonet* kuitenkin rajaa tutkimuksensa keskittymään pääosin vain Nietzschen loppupään tuotantoon. Siksi esimerkiksi hänen esittämänsä tulkinta aforismista GM II 11 (*ibid.* s. 669) on nähdäkseni jossain määrin irrallaan Nietzschen laajemmasta ja varhaisemmasta ajattelusta.

oikeuden määritelmästä, jossa nämä kolme aspektia yhdistyvät selkeimmin.¹⁰

Nietzsche ei omista yhtäkään teosta tai edes kokonaista lukua oikeuden luonteen pohdinnalle. Hänen valtiota ja oikeutta käsittelevät aforisminsa on siroteltu useampaan teokseen, mikä vaikeuttaa selkeän kokonaiskuvan saamista hänen ajattelustaan. Selkeimmin oikeutta käsittelevät aforismit löytyvät keskivaiheen kirjoituksista, teoksista *Inhimillistä, aivan liian inhimillistä* (1878–1880) ja *Aamurusko* (1881). Myöhemmistä teoksista etenkin *Moraalin alkuperästä* (1887) sisältää pitkiä yhtenäisiä oikeutta käsitteleviä jaksoja. En käsittele teoksia eri aikakausiin jaettuina, vaan koetan ennemminkin antaa kokonaiskuvan olennaisista teemoista.

Teoksen *Inhimillistä, aivan liian inhimillistä* ensimmäisen osan aforismissa 446 (jonka pääteemana on sosialismi) Nietzsche toteaa lakonisesti: ”Ohne Vertrag kein Recht”; ilman sopimusta ei (ole) oikeutta. Nietzschen oikeutta käsittelevissä aforismeissa oikeussuhteet kuvataan usein sopimussuhteina. Oikeudellinen toiminta ja oikeudelliset käsitteet saavat alkunsa ihmisyyhteisöissä syntyneistä sopimuksista. Sopimuksen määritelmä on laaja, sillä se ei typisty vain kahden henkilön väliseen sopimukseen, vaan myös yksilön suhde yhteisöön on määriteltävissä sopimussuhteeksi. Ennen sopimuksen solmimista ei voida puhua oikeuksista ja ”pitämisestä” (sollen) vaan kyse on vallasta ja sen avulla pärjäämisestä, ”kykenemisestä” (können).¹¹

Nietzsche ei kuitenkaan ole samalla tapaa sopimusteoreetikko kuin esimerkiksi Hobbes tai Locke. Lait tai oikeussuhteet eivät sinänsä poista oikeudetonta (luonnon)tilaa, vaan ainoastaan väliaikaisesti kumoavat sen. Oikeustilat ovat itse asiassa lähinnä poikkeustiloja (tästä lisää jäljempänä). Myöskään valtio ei perustu mihinkään sopimuskonstruktion, vaan kaiken taustalla on vallitseva valtataistelu. Valtio perustuu lähtökohtaisesti siihen, että vahvemmat ja organisaatiokykyisemmät yksilöt alistavat heikommat ja hajautuneemmat käskyvaltaansa. Nietzsche eksplisiittisesti hylkää luonnonoikeusajattelun ja siihen perustuvat yhteiskuntasopimusteoriat, sillä hänen katsannossaan oikeus ja sen ilmentymät, kuten rikosoikeus, ovat

¹⁰ Straube 2012 s. 180–183, Petersen 2008 s. 49–61. Vallan monitulkintaisesta käsitteestä Nietzschen filosofiassa ks. Gshwend 1999 s. 149–164, Gerhardt 1982 s. 193–221, Kunnas 1981 s. 57–62, Kerger 1988 s. 11–33, Kaufmann 1982 s. 207–241.

¹¹ Straube toteaa, että Nietzschen sopimusoikeudellinen ajattelu ilmenee yhdistävänä tekijänä hänen oikeuden syntyä, oikeudenmukaisuutta ja rangaistusta koskevien näkemystensä taustalla. Toisaalta Nietzschen oikeuskäsitys ei tyhjenny vain filosofiseen näkökulmaan, vaan mukana on myös psykologinen, historiallinen, antropologinen ja sosiologinen katsanto, Straube 2012 s. 11, 27, 35. Petersen 2008 s. 151, Freitag ZiS 6/2010 s. 418–427.

inhimillisiä järjestelmiä, joiden selityksiä tulee hakea ihmisten ja kansojen (yhteis)toiminnasta.¹²

Oikeusjärjestelmien kehityskulussa Nietzsche erottaa esivaltiollisen ja valtiollisen vaiheen. Esivaltiollisessa vaiheessa oikeutta ja oikeusjärjestystä ei vielä ole, vaan yksilöiden ja yhteisöjen väliset suhteet ratkaistaan pääasiassa voimalla ja vallalla. Kyse on tavallaan sotaisasta luonnontilasta. Tässä on syytä mainita yksi Nietzschen ajattelun keskeisistä käsitteistä: *vallantahto (der Wille zur Macht)*, jonka hän määrittelee keskeiseksi inhimillisen toiminnan ohjaajaksi.¹³ Valtio saa alkunsa, kun vahvemmat yksilöt ja yhteisöt alistavat heikommat yksilöt hallintaansa. Tästä alkaa oikeudellisen toiminnan kehittyminen.¹⁴ Valloittaja ja hallitsija käyttää käskyvaltaansa lainsäätämiseen, jossa on siis kyse puhtaasta vallankäytöstä.¹⁵ Lainsäätäminen ja sääntöjen luominen osittain (väliaikaisesti) päättävät sotai-

¹² Nietzsche: *Zur Genealogie der Moral* (suom. Moraalin alkuperästä, jatkossa GM) II-luku 17: ”Niinhän ’valtio’ saa alkunsa maan päällä; ajattelen että on jo luovuttu haaveellisesta käsityksestä jonka mukaan alkuna on ollut ’sopimus’” (käännös J. A. Hollo), *ibid.*: *Menschliches, Allzumenschliches* (suom. Inhimillistä, aivan liian inhimillistä, jatkossa MA) I-osa 99, MA II-osa 2. luku (der Wanderer und sein Schatten) 31, *ibid.*: *Jenseits von Gut und Böse* (Hyvän ja pahan tuolla puolen, jatkossa JGB) 257, Z III-osa: vanhoista ja uusista tauluista 25. Vrt. kuitenkin *ibid.*: *Der Antichrist* (suom. Antikristus, AC) 57 ja Knoll 2010 s. 62–63. Lisäksi ks. Kerger 1988 s. 76, *Gschwend* 1999 s. 136–139, 192, *Straube* 2012 s. 11, 15, myös *Straube* 2012 s. 5: Straube pyrkii väitöskirjassaan torjumaan näkemyksen, että Nietzschen oikeusfilosofia pelkistyisi täysin teesiin vahvemman oikeudesta. Samoin Petersen 2008 s. 162. Toisaalta vrt. Nietzsche: Viisi esipuhetta viiteen kirjoittamattomaan kirjaan: Kreikkalainen valtio, (Fünf Vorreden. Der griechische Staat KSA 1) s. 772: ”(Väki) valta (die Gewalt) luo ensimmäisen oikeuden, eikä ole olemassa oikeutta, joka ei perustu väkivaltaiseen vallananastukseen” (Die Gewalt giebt das erste Recht, und es giebt kein Recht, das nicht in seinem Fundamente Anmaßung Usurpation Gewaltthat ist). Valtiosta vahvempien luomana hallintavälineenä Knodt 2010 s. 24–28: Artikkelissaan Knodt analysoi Nietzschen varhaistuotannon näkemyksiä, jotka näyttävät pelkistyvän enemmän ajatukseen vahvemman vallasta.

¹³ MA I 99: ”Niin toimii tuo väkivaltainen, voimakas, ensimmäinen valtionperustaja, joka alistaa heikommat valtaansa” (So handelt der Gewaltthätige, Mächtige, der ursprüngliche Staatengründer, welcher sich die Schwächeren unterwirft), ks. myös GM II 17, Fünf Vorreden. Der griechische Staat KSA 1 s. 772. *Straube* 2012 s. 15–16, 61, *ibid* s. 58: Straube katsoo, että Nietzsche ei varsinaisesti tee eroa objektiivisen (oikeusjärjestys jne.) ja subjektiivisen (oikeusjärjestyksen yksilölle suomat oikeudet) oikeuden välillä, vaan oikeus (Recht) viittaa hänen kielenkäytössään sekä yksilöiden oikeuksiin että lakeihin ja muihin säädöksiin. Ks. myös Yang 2005 s. 43–44.

¹⁴ GM II 17, JGB 257, MA I 99, *Straube* 2012 s. 16: ”Eine der entscheidenden Aussagen für die Suche nach dem Ursprung des Rechts ist die Feststellung Nietzsches, dass in dem vorstaatlichen Zustand, der durch den Mächtigeren beendet wird, kein Recht existiere.”

¹⁵ GM II 11, *Straube* 2012 s. 60: Straube toteaa, että Nietzschen näkemyksessä lainsäätämisestä ei ole kyse oikeudesta tai oikeuksien perustamisesta, vaan se on vallankäyttöä. Toisaalta Nietzschen oppia vallantahdosta ei tule yhtenäistää ”might-makes-right” tyyppiseen positivismiin, ks. Goodrich – Valverde 2005: Introduction s. 1–23.

san luonnontilan. Samalle ne vakauttavat ja vakiinnuttavat vallitsevia valtasuhteita, joka taas luo edellytykset yhteiskuntaelämälle. Tästä huolimatta yksilöiden keskinäinen sekä valtioiden välinen kilpailu jatkuu.¹⁶

Nietzsche tarkastelee sopimussuhteita siis pääasiassa valtasuhteina. Nietzsche lienee (ainakin osittain) katsonut näiden osapuolten olevan ihmisyhteisöjä tai valtioita, kuten alla sivulla XX olevan aforismin M 112 viittaus kansainväliseen oikeuteen osoittaa. Teoria selittää pääasiassa oikeuden (genealogista) syntytapaa ihmisyhteisöissä, mutta ajatusmallia voisi soveltaa myös nykyiseen kansainväliseen politiikkaan. Sopiminen tapahtuu kahden osapuolen välillä. Valtatasapainon vaatimuksesta johtuen vain tasavertaiset osapuolet voivat solmia sopimuksen ja sopiminen sisältää arviointielementin. Osapuolet vertaavat valta-asemiaan ja määrittelevät keskinäisen suhteensa tämän arvion perusteella. Kun osapuolet arvioivat valta-asemansa vähintään yhtä vahvoiksi, eli kun toinen ei voisi alistaa toista valtaansa, on keskinäisen sopimuksen solmiminen yleensä kaikista edullisin vaihtoehto. Kyse on järkevästä *itsesuojelusta*. Sopimuksen syntyessä osapuolet myös myöntävät toisilleen yhden oikeudellisen toimijan keskeisistä piirteistä, *oikeussubjektiuden*. Oikeuksien myöntäminen perustuu siis osapuolten, kuten ihmisyhteisöjen, toisistaan tekemään valta-arvioon. Tällöin osapuolet myöntävät pitävänsä toisiaan vähintään yhtä vahvoina ja olevansa valmiita myöntämään toiselle osapuolelle oikeuden esittää vaatimuksia, ts. oikeuksia. Tämä valtasapaino on oikeuksien perustana. *Oikeussuhteet ovat vakiintuneita valtasuhteita, jotka osapuolet tunnustavat ja takaavat toisilleen.*¹⁷ Valtasuhteiden tasapaino pakottaa osapuolet kompromissiin, joka johtaa oikeudellisen toiminnan syntymiseen.

¹⁶ GM II 17, *Straube* 2012 s. 61–62: *Straube* torjuu Cyril Freitagin (ks. *Freitag* ZiS 6/2010 s. 421) tulkinnan, että ihmisyhteisöt etäännyisivät luonnontilasta oikeuden kautta. Tätä vasten hän katsoo, että sopimusten kautta syntyvät oikeudet eivät sinänsä päättä luonnontilaa, vaan tämä tapahtuu vasta lakien säätämisen, eli valtion mahtikäskyjen kautta. *Gschwend* 1999 s. 184–187. *Gerhardt* 1988 s.114.

¹⁷ MA I 446, M 112, MA I 92, 93 sekä 227, *Gerhardt* 1988 s. 117, 127. *Kerger* 1988 s. 12–15, 18, 25, *ibid.* s. 29: *Kerger* toteaa, että valtasapainon arvioiminen tapahtuu sen perusteella, että osapuolet arvioivat toisensa kykeneväksi sopimaan ja toisaalta pitämään tarvittaessa kiinni oikeuksistaan (vertrags- und vergeltungsfähig). Tämä arvio ei perustu harkintaan yksittäisen toimijan eristetystä vallasta, vaan kokonaisarviosta, jossa otetaan huomioon kaikkien toimijoiden valta ja suhteet toisiin toimijoihin. *Straube* 2012 s. 5, 38–39: *Straube* korostaa, että Nietzschen analyyseille on tyypillistä *inter partes* -tyyppinen ajattelu. Tilanteet nähdään kahden toimijan välisinä konflikteina. *Straube* huomauttaa myös, että Nietzsche ei olennaista olekaan oikeushenkilön olemus sinänsä, oli tämä sitten ihminen, kaupunki, valtio. Tämä olemus ei vielä perusta oikeussubjektiutta. Nietzsche luonnonoikeutta ei ole. *Ibid.* 2012 s. 57–59: hän edelleen korostaa, että Nietzsche oikeus on kommunikatiivista (kommunikative Vorgang), toisen vallan ja sen suomien mahdollisuuksien tunnustamista. Ks. myös *ibid* s. 62–67. *Petersen* 2008 s. 50: *Petersen* käyttää val-

On jossain määrin epäselvää, missä määrin Nietzsche tarkoittaa *vallalla* (*Macht*) jotain yleisellä tasolla määriteltävää ja käsitettävää ilmiötä, ja kuinka paljon kyse on puhtaasti subjektiivisesta kokemuksesta ja yksilölliseen uskomukseen perustuvasta asiasta. Jos kaksi osapuolta vertailee valta-asemiaan ja päätyy tulokseen, että he ovat keskenään tasavertaisia ja tekevät valta-arvionsa pohjalta vielä sopimuksen, täytyy heillä loogisesti olla jokin käsitettävä yhteinen mittari arvioilleen. Kyse on kuitenkin osapuolten subjektiivisista arvioista, joten toisen osapuolen ei välttämättä tarvitse tosiasiaassa pärjätä vastapuolelle esimerkiksi fyysisessä kamppailussa. Toinen osapuoli voi vedota perusteetta vaikkapa ylivertaiseen taitoon tai yliluonnollisiin kykyihin. Kunhan tämä *ilmenee uskottavana valtana vastapuolen näkökulmasta*, lienee sen vaikutus riittävää. Mikäli valtaa ei ole mahdollista lisätä suoraan, esim. pakolla, ihminen etsii epäsuoria ja ”hienovaraisempia” tapoja lisätä valtaansa, kuten esim. hengellisen auktoriteetin tai vääristelyn kautta. Nietzsche puhuu usein vallan yhteydessä mm. kasvusta, arvojen luomisesta ja käskemisestä. Samoin moraalin merkitys ja rooli vallankäytössä on yksi hänen usein käsittelemistään teemoista.¹⁸

[–] Näin syntyvät oikeudet: tunnustetut ja taatut valtasuhteet. Valtasuhteiden olennaisesti muuttuessa oikeudet raukeavat ja muotoutuvat uudestaan – kansainvälinen oikeus ilmentää tätä alituisen hiipumisensa ja uudentumisensa kautta. Jos voimamme olennaisesti heikkenevät, niin muuttuu myös meille oikeuksia myöntäneiden asenne: he harkitsevat, josko he voisivat palauttaa meidät aiempaan täysvaltaisuuteemme – jos he kokevat itsensä tähän kykenemättömiksi, niin silloin he epäävät meiltä meidän ”oikeutemme”. Samoin meidän valtamme olennaisesti kasvaessa muuttuvat niiden asenteet, jotka ne aiemmin tunnustivat ja joiden tunnustusta me emme enää tarvitse: He toki yrittävät palauttaa ne aiemalle tasolleen, he haluavat puuttua niihin ja vetoavat tässä ”velvollisuuteensa” – mutta se on vain hyödytöntä sanahelinää. Siellä, missä oikeus *vallitsee*, on voimassa tietty valtataso ja -suhde, jonka vähentyminen ja kasvu torjutaan. Toisen oikeus on meidän vallantuntonne myöntäminen ja kasvu torjutaan. Toisen oikeus on meidän vallantuntonne myöntäminen tämän toisen vallantuntonne. Kun voimamme vaikuttaa syvästi järkkyyneeltä ja murtuneelta, niin oikeutemme raukeavat. Sitä vastoin

ta-arviosta nimitystä ”hypoteettinen mahtikoe” (Hypotetische Machtprobe). *Yang* 2005 s. 46–48, vrt. *Knodt* 2010 s. 27.

¹⁸ JGB 13, 36, 211: *Mutta varsinaiset filosofit ovat käskijöitä ja lainsäätäjiä*: [–] Heidän ”tietämisensä” on *luomista*, heidän luomisensa on lainsäädäntää, heidän totuudentahtonsa on – *vallantahtoa* – [–]. FW 13. AC 6: Elämä itsessään on minulle vaistoa kasvulle, kestävyydelle, voimien kartuttamiselle, vallalle – missä vallantahto puuttuu, siellä on rappio. *Wolf* 2001 s. 202–219.

huomattavasti voimistuessamme raukeavat toisten meitä koskevat oikeudet siinä muodossa kuin me ne tähän asti myönsimme.¹⁹

Toisaalta myös heikommalla yhteisöllä voi olla oikeuksia, sikäli kuin niiden myöntäminen tuottaa vahvemmalle osapuolelle etua. Heikompihan voisi alistamista vastaan sitkeästi puolustautuessaan aiheuttaa vahvemmalle huomattavaa vahinkoa.²⁰ Sopimus pysyttää ja jähmettää voimassa olevat valtasuhteet ja tekee siten osapuolten välisen valtamittelön joksikin aikaa tarpeettomaksi. Täten taataan osapuolten välinen rauha, kun taistelua ei koeta itselle edulliseksi. Toisaalta tällä tavalla syntyneet oikeudet eivät kuitenkaan ole ikuisia tai pysyviä. Valtatasapainon muuttuessa toinen osapuoli saattaa menettää oikeutensa toista kohtaan, jos tämä on tullut huomattavasti toista vahvemmaksi. Tällöin oikeuksien tunnustaminen ei enää ole tarpeellista, jolloin vahvempi alistaa heikomman.²¹ Valta-asetemat ovat jatkuvassa muutoksessa, ja niitä verrataan voimassa oleviin oikeusasemiin. Nietzsche kuvaa ihmistä ”arvioivaksi olemukseksi”, joka pyrkii määrittämään asioita, etenkin valta-asemia. Ihminen pyrkii jatkuvasti arvioimaan muiden osapuolten valtaa ja sen muutoksia. Hän toteaa myös, että oikeusasetelmat ja -tilat ovat pikemminkin poikkeustiloja, jotka voivat vain tilapäisesti rajoittaa muuttuvia valtapyrkimyksiä.²²

On tunnustettava itselleen jotakin vielä arveluttavampaakin: että oikeus-tilat voivat korkeimmalta biologiselta kannalta olla aina vain poikkeustiloja, osittain rajoittaen varsinaista elämäntahtoa joka tavoittelee valtaa

¹⁹ M 112.

²⁰ MA I 92, 93: ”Heikomman oikeudesta – Kun joku, esimerkiksi piiritetty kaupunki, alistuu ehdollisesti vahvemmalleen, niin vastaehtona on, että he voivat muuten tuhota itsensä, polttaa kaupungin ja siten aiheuttaa vahvemmalle suuren menetyksen. Siten tässä syntyy eräänlainen *yhdenvertaisuus*, jolle oikeudet voidaan perustaa. Vihollinen hyötyy säilyttämisestä – On siis myös olemassa oikeuksia orjan ja isännän välillä, ainakin siinä suhteessa kuin orjan omistaminen on isännälle hyödyllistä ja tärkeää”. Ks. *Kerger* 1988 s. 25, *Straube* 2012 s. 53–56, 63.

²¹ M 112, MA II 2 26, ks. myös MA I 92: Nietzsche viittaa esimerkkinä myös Thukydideksen Melos-dialogiin ja toteaa: ”Milloin ei ole havaittavissa selvää ylivoimaisuutta ja taistelu johtaisi hyödyttömiin, molemminpuolisiin vahinkoihin, silloin nousee esiin ajatus sovinnosta ja molemminpuolisten vaatimusta sovittelusta.” *Kerger* 1988 s. 26–29, *Straube* 2012 s. 46–49: Straube korostaa erityisesti tämän valta-arvioinnin dynaamisuutta ja muutuvuutta. *Ibid* s. 51: Hän toisaalta kiistää Kergerin ja Freitagin näkemyksen, jonka mukaan sopimus loisi osapuolten välille valtasapainon, eli siis, että tasapaino syntyisi vasta sopimuksen syntyessä. Hän korostaa, että valtasapaino on sopimuksen edellytys, eikä lopputulos: ”Die Gleichheit ist nicht Ergebnis des Vertagschlusses und Folge der Anerkennung von Rechten des anderen, sondern vielmehr *conditio sine qua non* für das Eintreten in Vertragsverhandlungen.”

²² GM II 8, ks. myös *Straube* 2012 s. 73–75.

ja alistuen sen kokonaistarkoituksen alle yksittäisvälineinä, nimittäin keinona luoda suurempia valtakysiköitä.²³

Oikeustilat ovat siis väliaikaisia välineitä, joita järkevyyys suosittelee, eivät päämääriä.²⁴

Oikeuksien taustalla vaikuttaa siis valttasapaino. Nietzsche kuvaa tätä valttasapainoa ajatusesimerkillä yhteisöstä, joka on ryövärin uhkaama. Yhteisöllä on kaksi vaihtoehtoa suojautua tällaista ryöväriä vastaan. Sen tulee joko itse vahvistua ja militarisoitua, jotta se pystyy torjumaan ryövärin. Toisaalta se voi hakea turvaa kolmannelta osapuolelta, jolle se alistuu ja tarjoaa korvausta siitä, että tämä pitää ryöstäjän aisoissa. Yhteisön on siis löydettävä tapa tasata valttasuhde, jottei se joutuisi kärsimään.

Olennaista on: tuo vahvempi lupaa pitävänsä *tasapainoa* ryövääjää vastaan; siinä heikot näkevät mahdollisuuden elää. Sillä heidän täytyy joko itse liittoutua samanpainoiseksi mahdiksi tai yhtä alistua jollekulle samanpainoiselle (suorittaa hänelle palveluksistaan korvauksia).²⁵

Yksilön suhde yhteisöön on myös luonteeltaan sopimussuhde. Kuullessaan yhteisöön (tai yhteiskuntaan) yksilö saa yhteisöltä tiettyjä etuja, kuten suojaa ja turvan yhteisön ulkopuolisia vastaan. Yksilö on näitä hyviä vastaan velkasuhteessa yhteisöön. Rikkoessaan yhteisöä vastaan yksilö loukkaa saamiaan etuuksia ja velkojana toimivaa yhteisöä.²⁶ Saadessaan yhteisöltä etuuksia, yksilö tunnustaa yhteisön määräykset ja sitoutuu sen sääntöihin.²⁷ Tällaisia sääntöjä ovat esimerkiksi lait. Lait toisaalta määrittävät, mikä on sopiva hyvitys kustakin loukkauksesta, mutta edellä mainittu valttaspekti on kuitenkin aina läsnä Nietzschen näkökulmassa. Vallassa oleva määrittelee, mikä sen näkökulmasta on sopiva hyvitys. Lait ovat yksilön yläpuolella olevan yhteisön antamia vallan ilmentymiä tai ”mahtikäskyjä”. Lailla pyritään estämään yksilöiden omaehtoinen ”reaktiivinen” toiminta, kuten vääryyden kosto. Toisaalta vallassa olevat katsovat lain rikkomisen rikkomukseksi omaa asemaansa kohtaan. Nietzsche toteaa, että vasta lainsäätämistä lähtien voidaan puhua ”oikeudesta” (Recht) ja ”vääryydestä”

²³ GM II 11.

²⁴ MA II 2. 26.

²⁵ MA II 2. 22, ks. myös MA I 92 ja 93 ja MA II 2. 190, *Straube* 2012 s. 44–46, *Gearey* 2008 s. 300.

²⁶ GM II 9.

²⁷ *Kerger* 1988 s. 20.

(Unrecht). Mikään teko ei itsessään ole vääryys; Nietzsche toteaa, että on mielettöntä puhua oikeudesta ja vääryydestä sinänsä.²⁸

Edellä käsitelty kuvaa Nietzschen määritelmää oikeuden synnystä. Se jättää kuitenkin auki kysymyksen *oikeudenmukaisuuden* määritelmästä. Nietzscheä tutkineet kirjoittajat ovat toisinaan tavanneet erottaa Nietzschen oikeutta koskevan määritelmän hänen oikeudenmukaisuuden määritelmästään, joskin käsitykset eroavat siinä, millä perusteella erottelu tapahtuu.²⁹ Lisäksi Nietzschen oikeutta koskevien tekstien painotuksissa on havaittavissa muutosta varhaisempien ja myöhempien kirjoitusten välillä. Tämä painotus näkyy erityisesti koston merkityksessä oikeudenmukaisuuden käsitteelle, tosin tätä eroa on tulkittu eri tavoin.

Teoksen *Inhimillistä, aivan liian inhimillistä* ensimmäisen osan aforismissa 92 ”Oikeudenmukaisuuden alkuperästä” Nietzsche toteaa oikeudenmukaisuuden olevan *alkuluonteeltaan* vaihtoa (Tausch). Oikeudenmukaisuus ilmenee yhtä vahvojen osapuolten välisenä vaihtona, jossa molemmat osapuolet saavat toisiltaan tarvitsemansa. Esimerkkinä tästä voisi olla rauhansopimus, jossa osapuolet takaavat toistensa etujen loukkaamattomuuden. Kuten oikeus, myös oikeudenmukaisuus liitetään suunnilleen yhtä vahvojen osapuolten toimintaan. Tässäkin tapauksessa mukana on osa-

²⁸ GM II 11: ”Niin on ’oikeutta’ ja ’vääryyttä’ vasta lain säädännästä lähtien [– –]”.

²⁹ *Straube* 2012 s. 35, 83. Kirjallisuudessa on esitetty eriäviä näkemyksiä siitä, perustuvatko oikeus ja oikeudenmukaisuus samanlaiselle alkuperälle. Kerger erottaa oikeuden ja oikeudenmukaisuuden alkuperää koskevat määritelmät toisistaan siten, että vain oikeudenmukaisuuden alkuperä/synty on riippuvainen osapuolten valtasapainosta: *Kerger* 1988 s. 31: ”Insbesondere beziehen sich Nietzsches Äußerungen, daß die Gerechtigkeit ihren Ursprung ’unter ungefähr Gleichmächtigen’ nehme m.E. nicht auf die Entstehung von Rechten, wie dies hier dargelegt wurde. Nietzsches Äußerungen über den ’Ursprung der Gerechtigkeit’, welchen er unter ’ungefähr Gleichmächtigen’ ansiedelt und als dessen Basis er das ’Prinzip des Gleichgewichts’ ansieht, betreffen m.E. allein die Frage nach der Entstehung der Gerechtigkeit, nicht jedoch diejenige der Entstehung von Rechten.” Ks. myös *Freitag* *ZiS* 6/2010 s. 423 sekä *Kerger* 2010 s. 203–204, vrt. *Straube* 2012 s. 82–88: Straube nimennomaisesti kiistää tämän näkemyksen todeten oikeuden ja oikeudenmukaisuuden alkuperän olevan yhtä lailla sidottu valtasapainon arviointiin. Straube viittaa näkemyksensä tueksi MA I 92 sanamuotoon (ungefähr gleich Mächtigen) ja mm. Petersenin ja Gerhardtin näkemyksiin (*ibid* s. 85). Straube kritisoi myös Freitagin näkemystä, jonka mukaan oikeudenmukaisuus edellyttäisi saavutettua tasapainoa (erreichtes Gleichgewicht), koska hänen mukaansa kyse on valtasuhteiden arviointiin perustuvasta ”likimääräisestä/suhteellisesta” yhdenvertaisuudesta (ungefähre Gleichheit). Yang tarkastelee asiaa lähinnä oikeudenmukaisuuden käsitteen osalta, mutta puhuu oikeuden, oikeudenmukaisuuden ja vallan yhteenguuluvuudesta, eikä myöskään suoraan erottele oikeutta ja oikeudenmukaisuutta tai niiden syntytapoja, *Yang* 2005 s. 42–59, 71–73. Gschwend puhuu oikeudenmukaisuudesta (Gerechtigkeit) oikeuden (Recht) sopimuksellisena perustana (konsensuale Grundlage) ja käsittelee oikeuden ja oikeudenmukaisuuden syntyä yhtenäisesti valtasapainon näkökulmasta ja tekemättä erityistä erotelua käsitteiden välille, *Gschwend* 1999 s. 234–236. Ks. myös *Gerhardt* 1988 s. 114–115.

puolten toistensa valta-asemiin kohdistama arviointi. Nietzsche liittää sa-
maisessa aforismissa koston osaksi oikeudenmukaisuutta, sillä sekä on
vaihtoa (Austausch).³⁰

Oikeudenmukaisuuden alkuperä – Oikeudenmukaisuus (kohtuus) saa
alkunsa suunnilleen yhtä mahtavien keskuudessa, kuten tämän Thukydi-
des (ateenalaisten ja meloslaisten lähettien kauhistuttavassa puheessa)
oikein ymmärsi; missä ei ole selvästi tunnistettavaa ylivaltaa ja taistelu
johtaisi molemmille osapuolille hyödyttömiin vahinkoihin, siellä syntyy
ajatus sopia ja neuvotella molemminpuolisista vaateista: *vaihdon* luonne
(der Charakter des Tausches) on oikeudenmukaisuuden alkuluonne.
Kumpikin tyydyttää toisen, siten että itse kukin saa sen mitä hän arvostaa
enemmän kuin toinen. Yksi antaa toiselle, mitä hän haluaa tästä läh-
tien omakseen ja saa sitä vastoin haluamansa. Oikeudenmukaisuus on
siis sovintoa (Vergeltung) ja vaihtoa (Austausch) suunnilleen yhtäläisen
valta-aseman edellytyksellä: siten kosto alun perin kuuluu oikeudenmu-
kaisuuden piiriin, se on vaihtoa (Austausch).³¹

Tarkemmin määriteltynä Nietzsche toteaa *Inhimillistä, aivan liian inhimil-
listä* -teoksensa toisessa osassa vanhimman oikeus- ja moraaliopin perus-
tuvan tasapainoon (Gleichgewicht). Oikeudenmukaisuuden alkuperä olisi
siis sen vaihtoluonteessa, mutta tämän perustana on tasapaino.³² Tässä
myöhemmin julkaistussa osassa Nietzsche myös ilmaisee ajatuksen oikeu-

³⁰ MA I 92. Kerger 1988 s. 34: toisaalta Kerger huomauttaa, että kyseinen aforismi kä-
sittelee oikeudenmukaisuuden syntyä, eikä sinänsä koske Nietzschen varsinaista oikeuden-
mukaisuusteoriaa. Ks. myös *ibid.* s. 40, MA II 2. 26. Vrt. Straube 2012 s. 83–84, 89–91,
106: myös Straube toteaa, että vaihdon (Tausch) käsite kuvaa vain oikeudenmukaisuuden
alkuluonnetta. *Ibid.* s. 116: Jyrkkä tulkinta vaihtoluonteen määrittelystä sulkee altruistiset
motiivit oikeudenmukaisuuden määritelmän ulkopuolelle. Yang 2005 s. 46–51, *ibid.* s. 62:
”Die Gerechtigkeit ist also keinesfalls bei ihrem Anfangscharakter fixiert, sondern durchaus
im Werden befindend gefasst.” Vrt. Yang 2005 s. 163. Samoin Petersen 2008 s. 65–67, 67:
”Allerdings gehört die Rache eben nur ’in den Bereich der Gerechtigkeit’, so dass sie mit-
nichten gleichbedeutend ist mit der Herstellung der Gerechtigkeit.”

³¹ MA I 92.

³² MA II 2. 22, ks. GM esipuhe 4, Kerger 1988 s. 38–39: Kerger katsoo Nietzschen
käyttävän käsitteitä tasapaino (Gleichgewicht) ja yhdenvertaisuus (Gleichstellung) eri merkityksessä.
Hän arvioi Nietzschen mahdollisesti viittaavan tasapainolla vain valtasuhteisiin
liittyvään arvioon, eikä sinänsä oikeuteen. Oikeudenmukaisuus tasapainona liittyy ajatuk-
seen jokaiselle omansa, silmää silmästä. Kun taas puhutaan oikeuksien luomisesta tai pe-
rustamisesta, käsite yhdenvertaisuus viittaa valtasuhteiden yhdenvertaisuuteen, joka taas
on vastavuoroisten oikeuksien edellytys. *Ibid.* s. 32: Die Gleichstellung der Machtgrade
erfolgt allein in Hinsicht auf die Begründung gegenseitiger Rechte. Vrt. Straube 2012 s. 86,
joka pitää erottelua virheellisenä ja harhaanjohtavana. Ks. myös Petersen 2008 s. 72–73,
Gschwend 1999 s. 230–234, Gerhardt 1988 s. 115: ”Die Kräfte-Relation – nicht die einzelne
Kraft! – wird als die Quelle der Gerechtigkeit angesehen.”

denmukaisuudesta sokean koston estäjänä, joka edellyttää rikoksella aiheutetun häiriön korjaamista ja valtasapainon palauttamista, silmä silmästä -periaatteen mukaisesti.

Tasapaino on siis erittäin tärkeä käsite vanhimmalle oikeus- ja moraaliopille; tasapaino on oikeudenmukaisuuden perusta. Kun oikeudenmukaisuus raaempina aikoina sanoo ”silmiä silmästä, hammas hampaasta”, niin jo tässä edellytetään saavutettua tasapainoa, joka pyritään mainitulla hyvityksellä *säilyttämään*; jotta kun toinen loukkaa toista, ei toinen enemmälti ryhdy kostamaan sokeassa raivossaan. Vaan jus talioniksen ansiosta rikkoutuneiden valtasuhteiden tasapaino *palautetaan*: sillä sellaisissa alkeellisissä oloissa yksi käsi, yksi silmä enemmän on yksi kapale valtaa, yksi punnus (Gewicht) enemmän.³³

Samankaltainen ajatuskulku ilmenee myös myöhemmässä *Moraalin alkupeiristä* -teoksessa, jossa Nietzsche toteaa ”vanhimman ja naiiveimman” oikeudenmukaisuuden perustuvan ajatukseen, että kaikella on hintansa. Siten tämä varhaisin oikeudenmukaisuus perustuu ”suunnilleen yhtä mahtavien väliseen hyvään tahtoon päästä sovintoon hyvityksen/tasauksen (Ausgleich) kautta, ja toisaalta pakottaa vähemmän vahvat osapuolet keskenään tasapainoon (Ausgleich)”. Kyseinen kohta viittaa selvästi aiempaan MA I 92 oikeudenmukaisuuden syntyperää käsittelevässä aforismissa mainittuun ajatukseen oikeudesta vaihtona.³⁴

Jos edellä oleva kuvaus käsittelee pääasiassa oikeudenmukaisuuden alkuperää, Nietzschen varsinaisen oikeudenmukaisuusajatuksen on kirjallisuudessa tulkittu perustuvan lähinnä ideaaliin ”jokaiselle omansa” (*suum cuique*). Määritelmä sopii sinänsä yhteen sopimukseen ja vaihtoon perustuvan oikeuskäsityksen kanssa. Oikeudenmukaisuus itsessään on yksi hyveistä ja toisaalta ”ideaali”, jota ihmisten tulisi tavoitella.³⁵ Nietzschen oi-

³³ MA II 2. 22.

³⁴ GM II 8, ks. myös J. A. Hollon kääntämä versio, jossa sana Ausgleich on käännetty sovintona. Kerger 1988 s. 43–44. Petersen 2008 s. 196–197 ja siellä viitatus M 112 sekä Nietzsche: *Unzeitgemäße Betrachtungen II* (Epäajanmukaisia mieltelmiä, UB II) 6. Petersen katsoo kyseisissä aforismeissa käytetyn termin ”hyvä tahto” (gute Wille) ilmenevän yhtenä jatkuvana osana Nietzschen oikeudenmukaisuuskäsityksessä, joka toistuu samankaltaisena eri teoksissa.

³⁵ MA I 636, UB II 6, Z I-osa: Kyynpuremasta, ja M 26, jossa Nietzsche kuvaa oikeudenmukaisuutta sokraattisena hyveenä. Ks. myös GD – *Streifzüge eines Unzeitgemässen* 48: ”Samankaltaisille samankaltaisesti, eriarvoisille eriarvoisesti – se olisi oikeudenmukaisuuden todellista puhetta” (Den Gleichen Gleiches, den Ungleichen Ungleiches — das wäre die wahre Rede der Gerechtigkeit). Straube 2012 s. 92–95: Straube arvioi, että Nietzschen oikeudenmukaisuuskäsitys menee pidemmälle kuin pelkkä poliittinen tai oikeusfilosofinen periaate siten, että kyseessä on kaiken kattava periaate, eikä siis vain ihmisten välistä

keudenmukaisuuskäsite ei kuitenkaan tyhjene vain tähän. Oikeudenmukaisuudella on nimittäin toinen tehtävä, joka liittyy ihmisen tapaan käsitellä tietoa. Oikeudenmukaisuuden tehtävänä on olla dynaaminen periaate, joka pyrkii estämään arviointikykyä sumentavia seikkoja, eli toimia *vakaumuksen vastustajana* (eine Gegnerin der Überzeugungen). Vakaumuksellisuus estää ihmistä näkemästä asioiden todellista, muuttuvaa luonnetta, eli estää niiden oikean arvioinnin. Ajatus ilmentää Nietzschen kirjoituksissa laajemmin ilmenevää tavoitetta *perspektivismiin* ja asioiden jatkuvaan uudelleenarviointiin. Vakaumuksellisuus johtaa henkiseen pysähtyneisyyteen ja kuihduttaa kyvyn tehdä johtopäätöksiä tosiasioista. Oikean ratkaisun tekeminen tulee mahdolliseksi oikeudenmukaisuuden kautta, sillä sen edellyttämä tietoisuus moninaisista tulkinnoista mahdollistaa kapea-alaisesta katsojantokannasta irrottautumisen. Tässä mielessä ei ole olemassa mitään absoluuttista tai ikuista oikeudenmukaisuutta. Oikeudenmukaisuus vaatii kaiken jatkuvaa uudelleenarviointia. Tavoite oikeudenmukaisen arvostelun tekemiseen kaikkien mahdollisten relatiivisten perspektiivien ja mahdollisuuksien tiedostamisen kautta, kuitenkin mihinkään vakaumuksen takertumatta, on ymmärrettävä ideaalina, johon ihmisen tulisi pyrkiä.³⁶

toimintaa arvioiva näkemys. *Petersen* 2008 s. 44, 200: Petersen pyrkii välttämään sanan ideaali (Ideal) käyttöä, koska oikeudenmukaisuus ei ole Nietzschen absoluuttinen arvo, vaan enemmän tavoite ja ”toivottavuus” (Wünschbarkeit). Ks. myös *Knoll* 2010 s. 48–54: yksi tulkinta ajatuksesta jokaiselle omansa voi myös olla ”jokaiselle kykyjensä mukaan”, esim. oikeuksien ja velvollisuuksien jaossa. Huomionarviosta on myös, että tällainen ”jokaiselle omansa” hyväksyy yksilöiden eriarvoisuuden. *Knoll* luonnehtiikin Nietzschen oikeudenmukaisuuskäsitystä ”radikaaliksi epätasa-arvoiseksi jaotteluoikeudenmukaisuudeksi” (radikal nonegalitarische Verteilungsgerechtigkeit); yksilöt voidaan ja tulee sen mukaan asettaa eriarvoiseen asemaan heidän kykyjensä perusteella. kts. myös *Gschwend* 1999 s. 231–232. Oikeuden ja (epä)tasa-arvon käsitteestä myös *Petersen* 2008 s. 203–210 ja *Linarelli* 2008 s. 256–258.

³⁶ MA I 636, 637, MA I esipuhe 6, MA I 53: ”[–] es giebt keine ewige Gerechtigkeit”. M 573, GM III 12, *Yang* 2005 s. 20–41, 69–77 sekä *Yang* 2010 s. 174, *Petersen* 2008 s. 29, 211: Nietzschen ei ole olemassa pysyvää ja itsessään (an und für sich) vallitsevaa oikeudenmukaisuutta. Kyse on enemmänkin vaatimuksesta oikeamieliseen arviointiin (Urteilen), jonka kautta oikeudenmukaisuuden vaatimus toteutuu. *Straube* 2012 s. 92–101, *ibid.* s. 98: ”Vakaumus toimii kuten ennakkoluulo, ennakolta tuomitsemisena. Se on vasten arvioitavaan objektiin kohdistuvaa vilpittömyyttä. Ja vain itse tuosta objektista voi ilmetä, mikä sille kuuluva olisi” (Die Überzeugung wirkt wie ein Vorurteil, eine Vorverurteilung. Sie steht einer Offenheit gegenüber dem zu beurteilenden Objekt entgegen. Und nur aus dem Objekt kann sich das ergeben, was das Seine ist). *Yang* 2005 s. 16–19: Yang toteaa, että Nietzschen oikeudenmukaisuuskäsite ei ole sinänsä mitenkään ”suljettu oppi” vaan enemmänkin kuin ”sisäinen musiikki”, joka kuuluu mm. etenkin hänen eurooppalaisen ajatteluperinteen kritiikkiinsä taustalla. Samalla se liittyy hänen yleisempään metafysisen ajattelun kritiikkiin. Perspektivismiä tutkii mm. ajatuksen ikuisista ja muuttumattomista käsitteistä ja totuuksista. Perspektivismistä tarkemmin ks. *Gerhardt* 1989 s. 260–281 sekä *Kunns* 1981 s. 31–41.

On epäilemättä olemassa myös kokonaan toinen nerokkuuden laji, oikeudenmukaisuuden nerokkuus; enkä pysty mitenkään ratkaisemaan, että arvostaisin sitä vähemmän kuin jotain filosofista, poliittista tai taiteellista nerokkuutta. Sen tapana on sydämellisellä suuttumuksella välttää kaikkea, mikä sekoittaa ja hämärtää asioiden arviointia; se on siten vakaumusten vastustaja, sillä se haluaa antaa jokaiselle sen mitä se ansaitsee (jedem das Seine geben), oli se sitten eläväinen, kuollut, todellinen tai ajateltu – ja sitä varten sen täytyy tunnistaa se virheettömästi; se asettaa siksi jokaisen asian parhaaseen valoon ja kiertää sitä ympäriltä tarkoin silmin. Lopulta se antaa jopa vastustajalleen, sokealle tai lyhennäköiselle ”vakaumukselle” (niin kuin miehet sitä kutsuvat: – naiset kutsuvat sitä ”uskoksi”), mitä vakaumus ansaitsee – totuuden vuoksi.³⁷

Myöhemmissä teoksissaan Nietzsche kirjoittaa kostosta pääosin negatiivisemmassa sävyssä. Moraalin alkuperää käsittelevässä tekstissään Nietzsche painottaakin kaunan (Ressentiment) ja sen johdosta tehtävän ”reaktiivisen” koston haitallisuutta.³⁸ Kaunan käsite liittyy Nietzscheillä yleisemmin ilmenevään moraalikritiikkiin.³⁹ Nietzsche painottaa objektiivisuuden merkitystä oikeudenmukaisuudessa ja oikeudenmukaisuutta aktiivisena toimintana. Oikeuden alkuperä on vaihdossa, mutta myöhemmin kohtuudesta tulee olennainen osa oikeudenmukaisuutta.⁴⁰ Loukattu osapuoli ei osaa toimia oikeudenmukaisuuden vaatimalla objektiivisuudella, sillä hän on tuomari omassa asiassaan. Toisaalta Nietzsche katsoo, että aktiivisesti toimiva (eli *ei* siis reagoiva eli kostava) voi toimia hyökkäävästi tai loukkaavasti, sillä tällainen toiminta ei ole samalla tavalla kaunan motivoimaa kuin reaktiivisesti toimivalla. Lain säätäminen on edellä mainituin tavoin yhteisön (tai valtion) keino ehkäistä reaktiivista toimintaa ja siten paremmin taata oikeudenmukaisuuden edellyttämä objektiivisuus. Toisaalta pelkkä kylmä ja etäinen objektiivisuuskaan ei täytä oikeudenmukaisuuden vaatimusta.⁴¹

³⁷ MA I 636.

³⁸ GM II 11, *Nietzsche: Ecce Homo: Warum ich so weise bin* (miksi olen niin viisas) 6. Ks. myös Z toinen osa, Taranteleista: ”Sillä että ihminen vapautuisi kostosta: se on minulle silta korkeimpaan toivoon ja sateenkaari pitkän ukkosmyrskyn jälkeen” sekä Z toinen osa, Hyveellistä.

³⁹ Kerger 1988 s. 36, Kaufmann 1982 s. 433–441

⁴⁰ MA II 2. 32: ”Oikeudenmukaisuuden seuraava kehitysvaihe on kohtuus [– –] se tulee kyseeseen tapauksissa, joissa laki ei säädä mitään, sovellettuna tuon hienostuneemman tasapainon huomioonottamiseen, joka katsoo eteen- ja taaksepäin ja jonka maksimi on ’kuten sinä minulle, niin minä sinulle’.” Aequum, se on *meidän yhdenvertaisuutemme mukainen*.” Ks. Straube 2012 s. 105–109. Petersen 2008 s. 56–57.

⁴¹ GM II 11: ”Aktiivinen, hyökkäävä, loukkaava ihminen on yhä vielä sata askelta lähempänä oikeamielisyyttä kuin reaktiivinen; hänen ei nimittäin tarvitse, niin kuin reaktiivisen

Jos todella sattuu että oikeamielinen ihminen pysyy oikeamielisenä loukkaajaansakin kohtaan (eikä vain kylmänä, hillittynä, vieraana, välinpitämättömänä; oikeamielisyys on aina positiivista suhtautumista), kun hän ei itse henkilökohtaisesta loukkauksesta, pilkasta, epäluulosta johtuvassa kiivastuneisuuden tilassa samenna oikeudenmukaisen, tuomitsevan silmän korkeaa, kirkasta, yhtä lailla syvää kuin lempeäkatseista objektiivisuutta, niin silloin on kyse täyttymyksestä ja korkeimmasta mestarin kyvystä maan päällä [– –].⁴²

Samantyyppinen kuvaus löytyy myös teoksesta *Näin puhui Zarathustra*:

En innostu kylmäverisestä oikeudestanne; tuomarienne silmistä tuijottaa aina teloittaja ja hänen jäinen teräksensä. Kertokaapa minulle: mistä löytyisi oikeus, joka on rakkautta näkevin silmin? Keksikää sitten oikeus, joka vapauttaa syytteestä kaikki paitsi sen, joka tuomitsee!⁴³

Straube tulkitsee tämän ”oikeuden, joka on rakkautta näkevin silmin” ilmentävän vastakohtaa ajatukselle sokeasta Justitiasta, joka tuomitsee kaikki tasapuolisesti henkilöön katsomatta. Oikeudenmukaisuuden ideaali on Nietzscheille juuri näkemistä, asioiden arviointia kaikista näkökulmista. Straube katsoo, että mainittu näkemys oikeudenmukaisuudesta on tarkoitettu ideaaliseksi tavoitteeksi, johon vain harva voi tosiasiallisesti yltää.⁴⁴ Tällainen oikeudenmukaisuus, joka on ”rakkautta näkevin silmin”, vaikuttaisi olevan hyvin erilaista edellä kuvatun tasapainoon ja hyvitykseen perustuvan oikeudenmukaisuuden kanssa. Jaspers puhuikin Nietzsche’n oikeudenmukaisuuden käsitteestä oikeudenmukaisuutena ”itsessään”, eli kauaskatseisena rakkautena, ja toisaalta ”oikeudenmukaisuudesta” juridisena ja inhimillisen olemassaolon esiin tuomassa mielessä.⁴⁵

ihmisen täytyy, arvioida kohdettaan väärin ja ennakkoluuloisesti. Sen tähden on aggressiivisella ihmisellä, voimakkaampana, rohkeampana, ylhäisempänä todella ollut kaikkina aikoina puolellaan myös *vapaampi* silmä, *parempi* omatunto [– –].” Keger 1988 s. 37: Keger toteaa, että oikeusjärjestyksen myötä rikokset arvioidaan rikkomuksina oikeusjärjestyksestä ja valtiotalta vastaan, jolloin rikkojaa rangaistaan vallassa olevan tahdon mukaan. Tällä tavoin loukatun osapuolen kauna ei pääse vaikuttamaan teon arviointiin ja näin teon arviointiin ei sekoitu henkilökohtaisten tunteiden vaikutusta. *Straube* 2012 s. 98. *Gschwend* 1999 s. 238: Für Nietzsche bedeutet daher Gerechtheit stets aktives und positives Verhalten, nie aber blosses Verharren im status negativus bzw. im der Justiz eigenen, reaktiven Tätigwerden.

⁴² GM II 11.

⁴³ Z I-osa, Kyynpuremasta.

⁴⁴ *Straube* 2012 s. 102–103. Samoin ks. *Petersen* 2008 s. 22–23, 31 alav.156, s. 42–45.

⁴⁵ *Jaspers* 1936 s. 181–182: ”Die Wirklichkeit menschlichen Daseins bringt ihre ’Gerechtigkeit’ hervor, die nichts mehr mit der existentiellen Gerechtigkeit hellstichtiger Liebe

Koston merkitys ja käsite eivät siten ole yksiselitteisiä. Nietzsche mainitsee teoksensa *Inhimillistä, aivan liian inhimillistä* toisessa osassa kaksi määritelmää kostonle. Ensimmäinen määritelmä perustuu itsesäilytysviettiin, kun taas toinen on enemmänkin aiemman olotilan palauttamista tai aiheutetun vahingon ”parantamista” (Wiederherstellung). Itsesäilytykseen perustuva kosto perustuu vahinkoa kohdanneen henkilön pyrkimykseen selvittää uhasta vahingoittajaa; hän ajattelee siis itseään. Jälkimmäinen kostonle tyyppi taas pyrkii ennemminkin vahingoittamaan toista ja osoittamaan tälle, että kostonle ei pelkää tätä. Kyseessä on hyvitystä tavoitteleva kosto. Tällainen kosto ei enää paranna aiheutettua vahinkoa, paitsi mahdollisesti kostonle kunniantunnon. Yhteiskunnan taholta rikoksesta annetussa rangaistuksessa nämä kostonle elementit yhdistyvät. Rangaistuksessa on toisaalta kyse yhteiskunnan itsesuojelusta, toisaalta taas loukattu ja yhteiskunta pyrkivät palauttamaan loukatun kunniansa. Toisaalta tämä rangaistus pyrkii myös pelottamaan vahingonaiheuttajaa ja siten ehkäisemään myöhempiä vahinkoja. Nietzsche toteaaakin, että rankaiseminen on kostonle; Strafe ist Rache.⁴⁶ Kostonlella loukattu pyrkii itse palauttamaan loukatun valta-tasapainon ja yhteiskunta kostonle rangaistuksella lainrikkajalle siitä, että tämä ei kunnioittanut sen sääntöjä.⁴⁷

Kirjallisuudessa mm. Kerger ja Straube ovat esittäneet, että Nietzschen MA I 92 mainitsema viittaus kostonle ei koske samaa asiaa kuin myöhemmin GM II 11 mainittu, lähinnä Eugen Dühringin ajattelua koskeva kritiikki. MA II 2. 22 viittaa Kergerin mukaan siihen, että oikeudenmukaisella kostonlella tai hyvityksellä (Vergeltung) tarkoitetaan *jus talionis* -periaatteen mukaista valta-tasapainon palauttamista, ja siten sokean ”reaktiivisen” kostonle estämistä. Kyse ei siis ole reaktiivisesta kostonlesta vaan tasapainon periaatteen nojalla tehdystä hyvityksestä. Tällöin reaktiivinen, kaunaan perus-

zu tun hat, sondern juristisch [!] ist, als solche aber wiederum nicht gilt wie ein Naturgesetz, sondern von Bedingungen der Macht abhängt, die sie zugleich in Frage stellt.”

⁴⁶ MA II 2. 33: Siis: jokainen kostonle, oli hän sitten kunniaaton tai täynnä halveksuntaa tai täynnä rakkautta loukkaajaansa ja vahingoittajaansa kohtaan. Myös kun hän turvautuu tuomioistuimiin, hän haluaa kostonle yksityishenkilönä: *samalla ohessa* myös tulevaisuutta ajattelevana huolellisena yhteiskunnan jäsenenä, yhteiskunnan kostonle sille, joka ei kunnioita sitä. Siten tuomioistuinten rangaistusten kautta *palautetaan* niin yksityinen kunnia kuin yhteiskunnan kunnia: Se tarkoittaa – rangaistus on kosto. – Siinä on olemassa epäilemättä myös tuo toinen ensin kuvattu kostonle elementti, sikäli kuin se palvelee yhteiskunnan *itsetsäilytystä* ja johtaa *häätävarjelun* vuoksi vastaiskuun. Rangaistus pyrkii ehkäisemään *enempiä* vahinkoja, se pyrkii *pelästyttämään*. Myös tällä tavalla rangaistuksessa todella yhdistyvät kostonle molemmat niin erilaiset elementit, ja tämä saattaa olla eniten syy, tuosta edellä mainitusta käsiteseakaannuksesta puhuen, jonka ansiosta yksilö, joka kostonle, ei tavallisesti tiedä mitä hän oikeastaan haluaa. Ks. myös Kerger 1988 s. 41.

⁴⁷ Ks. Straube 2012 s. 168–169, ja siellä viittaukset MA II 2. 57. Petersen 2008 s. 114.

tuva kosto olisi siis tuomittava ja haitallinen, kun taas oikeudenmukaisuuteen ja tasapainoon perustuva hyvittävä kosto sallittu. Oikeudenmukaisuuden tehtävänä on korjata rikkoutunut tasapaino.⁴⁸ Straube toteaa, että kosto liitetään oikeudenmukaisuuden piiriin sen vaihtoluonteen takia, mutta tämä ei koske kosta ns. vaistona tai reaktiona. Kosto vaikuttaa ylipäänsä inhimilliseen ajatteluun liian vahvasti, joten oikeudenmukaisuuden toteutuminen edellyttää siitä luopumista. Oikeudenmukaisuuden lopullinen tavoite on vapauttaa ihminen kostontarpeesta.⁴⁹ Yang katsoo, että Nietzschen oikeuskäsityksessä voidaan havaita tietty kehityskulku; alkaen melkein pakonomaisesta itsesäilytykseen perustuvasta sopimuksesta, joka on muotoutunut hyökkäävästä aktiviteetista, organisoitumisesta ja vastustajien alistamisesta. Lopulta tämä oikeudenmukaisuus jalostuu elämänmyönteisyyteen, hyväksyntään, armoon ja anteeksiantamiseen. Oikeus kehittyy puhtaasta yhteiskunnan säilytystarpeesta enemmän yksilöllisyyttä tunnustavaan muotoon.⁵⁰ Kuten oikeus, myös oikeudenmukaisuus on alituisesti muuttuvaa, eikä Nietzschen ajattelussa ole tilaa ”ikuiselle oikeudenmukaisuudelle”.⁵¹ Samoin Gschwend erottaa Nietzschen kuvauksessa koston refleksiinomaisena reaktiona, historiallisena ilmiönä, rangaistuksena ja arkaaisena hyvityksenä sekä koston haitallisena huono-osaisen kaunan ilmentymänä. Refleksiivinen, itsesäilytysviettiin perustuva kosto on välttämättömyys. Nietzschen kritiikki kohdistuu koston hyvitystä tavoittelevaan, vihaan ja kaunaan pohjautuvaan kostamiseen. Kosto ei tarjoa lopullista vapautusta kaunasta, vaan se johtaa lopulta hengen myrkyttymiseen.⁵² Tämä kaunan vääristävä vaikutus on erityisesti *Moraalin alkuperästä* -teoksen pääteemoja ja yleisemminkin osa Nietzschen moraalikritiikkiä.⁵³

⁴⁸ Kerger 1988 s. 40, Straube 2012 s. 121–130, ks. myös Kerger s. 42: ”Indem nach Nietzsche also die Gerechtigkeit das erreichte Machtgleichgewicht voraussetzt und dessen Erhaltung durch das Recht auf abgemessene Vergeltung zur Wiederherstellung des Gleichgewichts sichert, gibt die Gerechtigkeit ein Recht zur Gewalt.” Ks. Straube 2012 s. 98, Yang 2005 s. 56, sekä Yang 2010 s. 182 ja Gerhardt 1988 ss. 118.

⁴⁹ Straube 2012 s. 121–123, 121: ”Rache als durchgeführte Rache stellt noch keine Gerechtigkeit her.” Ks. *ibid.* s. 126, kuten alav. 38 todettiin, Nietzsche puhuu oikeudesta näkevin silmin. Straube huomauttaakin osuvasti, että sokea kosto (MA II 2. 22) ei sovi tähän oikeudenmukaisuuskäsitteeseen. *Ibid.* s. 130: ”Aber bei allem, was die Rache und die Gerechtigkeit verbindet, verlangt Nietzsche den Abschied von ihr.” Ks. myös Yang 2005 s. 65–69, Gschwend 1999 s. 242–243.

⁵⁰ Yang 2005 s. 68–69.

⁵¹ MA I 53, Yang 2010 s. 182–183.

⁵² Gschwend 1999 s. 263.

⁵³ Ks. myös esim. Kunnas 1981 s. 121–130.

3 PERINTEET JA OIKEUS

Edellä esitetty kuvaus oikeudesta keskittyy pääosin kuvaamaan oikeuksien syntyä kahden sopijaosapuolen välille. Tämä kuvaus ei kuitenkaan juuri anna selkoa kysymykseen, miksi jonkin tietyn yhteisön sisäiset normit ovat sukupolvesta toiseen muuttumattomia, ilman mitään nimenomaista sopimusta. Teoksessaan *Inhimillistä, liian inhimillistä*, Nietzsche jossain määrin selkeyttää tätä näkemystään:

Oikeuksien alkuperä – oikeudet perustuvat aluksi *perinteisiin* (Herkommen) ja perinne ainutkertaiseen *sopimukseen* (einmaliges Abkommen, myös yhteisymmärrys). Kerran aikanaan osapuolet olivat molemminpuolisesti tyytyväisiä aikaansaadun sopimuksen tuloksiin, mutta toisaalta liian ponnottomia muodollisesti uudistamaan sitä. Niin elettiin edelleen kuin se olisi aina uudistettu ja pikkuhiljaa, kun unohtus peitti usvallaan sen alkuperän (Ursprung), uskottiin kyseessä olevan pyhä, peruuttamaton olotila, jonka perustalle jokaisen sukupolven *täytyy* edelleen rakentaa. Perinne oli nyt *pakkoa*, myös silloin kun siitä ei enää ollut sitä hyötyä, jonka vuoksi sopimus oli alun perin tehty. – *Heikot* ovat löytäneet siitä aina vakaan linnakkeen: he pyrkivät *ikuistamaan* ainutkertaisen sopimuksen, armonsoituksen.⁵⁴

Nietzsche käsittelee tapojen ja perinteiden merkitystä edelleen myöhemmissä kirjoituksissaan *Aamurusko* ja *Moraalin alkuperästä*. Edellisessä hän puhuu tässä yhteydessä perinne- tai tapamoraalista (Sittlichkeit der Sitte, ”tavan siveellisyys”). Nietzsche määrittelee tavan (Sitte) toiminnaksi, joka perustuu perinteisiin (Herkommen). Moraalisuus ja siveellisyys (Sittlichkeit) ovat tottelevaisuutta tapoja kohtaan, jotka siis perustuvat perinteisiin. Perinne on Nietzschen mukaan korkeampi auktoriteetti, jota ei totella siksi, että sen käsky olisi erityisesti hyödyksi, vaan siksi koska se käskee. Tähän tottelevaisuuteen sisältyy taikauskoa korkeampaa älykkyyttä kohtaan, jonka uskotaan tämän käskyn aikoinaan antaneen. Kerger toteaa, että kyse on siis eräänlaisesta pelosta jumalaista auktoriteettia kohtaan. Tottelevaisuus perinteisiä tapoja kohtaan edellyttää kuuliaisuutta määräyksille, ilman että niitä voidaan yksilöllisesti kyseenalaistaa.⁵⁵ Nietzsche ei

⁵⁴ MA II 2. 39.

⁵⁵ M 9, 107, GM II 2: ”’autonominen’ ja ’siveellinen’ sulkevat toisensa pois”, vrt. MA I 459, ks. myös MA I 96: Egoistisuus ja epäegoistisuus eivät ole perustavat vastakohtat, joita ihminen soveltaa moraalisen ja moraalittoman, hyvän ja pahan erotteluun, vaan: sidonnaisuutta perinteeseen, lakiin ja niistä irtautumista. Siihen nähden on yhdentekevää miten perinne on *saanut alkunsa*, joka tapauksessa ainakin riippumatonta hyvästä tai pahasta tai

kategorisesti erota moraalialue oikeudesta, vaan pyrkii kuvaamaan niiden välistä yhteyttä.

Tavat kuvastavat aiempien sukupolvien kokemuksia siitä, mikä on haitallista ja hyödyllistä. Tätä vasten moraalisuus ja siveellisyys, jotka siis nojautuvat perinteisiin tapoihin, eivät enää perustu edellä mainittuihin kokemuksiin, vaan niihin yhdistettyyn iäisyyteen, pyhyyteen ja pysyvyyteen. Siten perinteisiin perustuva moraalisuus estää vanhojen tapojen muuttamista, korjaamista sekä parempien tapojen luomista, eli Nietzschen sanoin: moraalisuus tyhmentää.⁵⁶ Nietzsche arvioi alun perin kaiken perustuneen perinteisiin tapoihin, ja sen, joka halusi nousta tapojen yläpuolelle ja luoda uusia tapoja, täytyi kyetä olemaan ”lainsäätäjä, poppamies ja eräänlainen puolijumala”.⁵⁷ Tällaisella konservatiivisuudella on myös etunsa, sillä tavat ja lait palvelevat yhteisön sisäistä koherenssia: Nietzsche toteaa eri kansojen lakien ilmaisevan sen, mitä kukin yhteisö pitää itselleen vieraana. Tapoihin perustuvat säännöt mahdollistavat yksilöiden elämisen yhteisössä, sillä ne torjuvat yksilöllisiä pyrkimyksiä yhteisön eduksi.⁵⁸ Kerger toteaa, että tämän näkemyksen mukaan rikosoikeuden normit palvelevat perinnäistapojen toteuttamista ja ylläpitämistä, tarvittaessa pakkovalvalla. Toisaalta tavat eivät aina edellytä pakkovaltaa, sillä ihmiset sisäistävät yhteisön tavat ja tällä tavoin alkavat itsenäisesti noudattaa tapoja ”sisäisen pakon” kautta. Hän tulkitsee Nietzschen toteamuksia siten, että juuri tapamoraalin noudattaminen on ollut ihmisyyhteisöjen syntymisen ja säilyvyyden edellytyksenä. Sillä minkään yhteisön valtahan ei koskaan perustu

jostain immanentista kategorisesta imperatiivista, vaan ennen kaikkea kyse on *yhteisön*, kansan säilymisestä; jokainen taikauskoinen tapa, joka on syntyisin väärin tulkittu sattumasta, pakottaa perinteeseen jonka noudattaminen on moraalista; siitä irtautuminen on nimittäin vaarallista, *yhteisölle* vielä haitallisempaa kuin yksilölle (koska jumaluus rankaisee etuoikeuksiensa halveksunnasta ja loukkauksista yhteisöä ja vain sitä kautta myös yksilöä). GM II 19, 20. Kerger 1988 s. 52. Perinteiden ja tapojen merkityksestä oikeudelle, ks. myös Straube 2012 s. 27–30, Petersen 2008: s. 103: ”Das ursprüngliche Abkommen perpetuiert sich durch reine Bequemlichkeit.” Berkowitz 2008 s. 189: ”God and the forefathers, ’revelation’ and ’tradition’, are the ’double wall’ that underlie the legislator’s unquestioned authority to set down law without having to prove or justify it.”

⁵⁶ M 19: ”Die Sittlichkeit wirkt der Entstehung neuer und besserer Sitten entgegen: sie verdammt.” Yksilön ja yleisen moraalien ristiriidasta ks. esim. Löhr 2010 s. 109–111.

⁵⁷ M 9: ”Ursprünglich also war Alles Sitte, und wer sich über sie erheben wollte, musste Gesetzgeber und Medicinmann und eine Art Halbgott werden: das heisst, er musste *Sitten machen*, – ein furchtbares, lebensgefährliches Ding!”

⁵⁸ Nietzsche: Die Fröhliche Wissenschaft (Iloinen tiede, FW) 43, M 9. Kerger 1988 s. 47, 50: ”Nietzsche sieht in der Sittlichkeit als dem unbedingten Gehorsam gegen die Sitte die Existenzbedingung der frühen Gemeinden und Gesellschaftsformen, erwachsen aus der Furcht gegenüber den Göttern.” Petersen 2008 s. 119–123.

vain valtiolliseen pakkovaltaan vaan myös moraaliseen painostukseen.⁵⁹ Tavat rajoittavat yksilöiden individualistisia pyrkimyksiä ja ylläpitävät yhteisöä (Gemeinwesen).⁶⁰ Nietzsche, joka oli pitkälti yksilöllisyyden ja individualismin puolestapuhuja, näkee tällaisen tapojen jäykkyyden ja konservatismiin haitallisena; tapamoraalin vaikutuksen johdosta ihmisen luonne on hänen mukaansa vääristynyt, siten että kärsimys, julmuus, teeskentely, kosto ja järjen halveksunta nähdään hyveenä ja hyvinvointi, tiedonjano, rauha ja myötätunto vaaroina. Hulluudesta on tehty jumaluutta ja muutoksesta moraalittomuutta.⁶¹

Loppujen lopuksi tapamoraalin tarkoituksena on tehdä ihmisestä ”laskettava” ja ennakoitava. Nietzsche puhuu ”sellaisen eläimen jalostamisesta, joka voi luvata”. Toisin sanoen ihmisen on kyettävä pitämään lupauksensa ja toimimaan ennakoitavasti. Yksilöiden kyky ja halu pitää lupauksensa on luonnollisesti olennainen edellytys järjestäytyneen yhteiskunnan toiminnalle. Edelleen se on edellytyksenä vaihdannalle ja, muistutettakoon tässä Nietzschen aiemmista sopimusta ja oikeutta koskevista huomautuksista, sopimuksen solmimiselle.⁶² Kyky luvata on unohtamisen vastavoima ja siten:

[T]avan siveellisyyden ja sosiaalisen pakkopaidan avulla ihmisestä *tehtiin* todella ennustettava.⁶³

Näiden tehtävänä on lopuksi jalostaa ja luoda *suvereeni ihminen*:

Jos taas sijoitumme tuon valtavan prosessin loppuun, siihen missä puu viimein tekee hedelmää, missä yhteisö ja sen tavan siveellisyys vihdoinkin tuo ilmi minkä pelkkä väline se on ollut; niin me löydämme sen puusta

⁵⁹ Kerger 1988 s. 47, 84: ”Die Macht der Gesellschaft erkennt Nietzsche nicht allein in staatlicher Zwangsgewalt, sondern vor allem in sittlichem Zwang.” GM II 16, 19, MA I 96, vrt. kuitenkin MA I 459: ”Siellä missä oikeus ei enää perustu perinteisiin (Herkommen), kuten meillä, se voi olla vain käskettyä, pakkoa; meillä kenelläkään ei enää ole perinteikästä (herkömmlich) oikeudentuntoa, siksi meidän täytyy tyytyä mielivaltaisiin oikeuksiin, jotka ovat ilmaus välttämättömyydestä, että oikeutta pitäisi olla [– –]”.

⁶⁰ Kerger 1988 s. 53: ”Die Sittlichkeit der Sitte ist daher der Entstehung des Individuums entgegengerichtet.”, *ibid.* s. 63–64, M 9. FW 116: ”Mit der Moral wird der Einzelne angeleitet, Funktion der Herde zu sein und nur als Funktion sich Wert zuzuschreiben.”

⁶¹ M 18, Kerger 1988 s. 54, Petersen 2008 s. 173–177.

⁶² Straube 2012 s. 33, Gerhardt 1988 s. 130: ”Der Mensch, das ’sociale Thier’, ausgestattet mit dem ’Privilegium der Verantwortlichkeit’ und mit dem ’Bewußtsein dieser seltenen Freiheit, dieser Macht über sich’, also mit Vermögen, die ihm erst als Mensch unter Menschen zuwachsen, dieser Mensch ist der Urheber des Rechts.”

⁶³ GM II 2 (käännös kirjoittajan, vrt. J. A. Hollon käännös: ”... ihmisestä tehtiin todella arvioitava”).

kypsimpänä hedelmänä *suvereenisen yksilön*, vain itsensä kaltaisen, ta-
van siveellisyydestä jälleen irti päässeen, autonomisen ylisiveellisen yk-
silön (”autonominen” ja ”siveellinen” sulkevat nimittäin toisensa pois),
sanalla sanoen ihmisen jolla on oma riippumaton pitkä tahto, jolla on
lupa luvata [– –] Tämä vapautunut joka todella *saa* luvata, tämä *vapaan*
tahdon herra, tämä itsevaltiatias [– –] ja miten hän kyetessään näin vallitse-
maan itseään samalla pääsee vallitsemaan myös olosuhteita, luontoa ja
kaikkia lyhytjännitteisempiä ja epäluotettavampia luontokappaleita?⁶⁴

Nietzchen individualistispainotteisessa ajattelussa yhteisö on loppujen lo-
puksi olemassa yksilöä varten. Tapamoraali on olemassa, jotta siitä voitai-
siin lopulta irtaantua, kun ihminen on sen kautta oppinut itsehallintaa ja
tullut ”autonomiseksi”. Tällöin ihminen ei enää tarvitse tapamoraalin luo-
maa pakotetta, vaan pystyy itsenäisesti hyveelliseen toimintaan.⁶⁵

4 RANKAISEMISEN HISTORIAALLINEN KEHITYS

Nietzsche ei seuraa mitään kurinalaista historiallista metodia. Kuten
Gschwend huomauttaa, hän sekoittaa usein aikansa nykyhetkeä historiaan
ja käyttää historiallisia argumentteja kritisoidessaan nykypäivää sekä hän-
nen aikanaan vallinneita teorioita. Tämä johtaa usein epäselvyyksiin, eten-
kin arvioitaessa sitä, mikä hänen tekstissään on otettava historiallisena
kuvauksena ja mikä vain vertauskuvana.⁶⁶ Tässä esitetty Nietzschien ri-
koshistorian analyysi noudattaa olennaisilta osin Lukas Gschwendin esit-
tämää kuvausta. Huomionarvioista on, että Gschwend on käyttänyt analyys-
sinsa alkua koskevassa osassa paljon Nietzschien julkaisemattomia tekste-
jä.⁶⁷

⁶⁴ GM II 2.

⁶⁵ GM II 2, ks. GM II 16, Z I osa: Luovien tiestä ja *ibid.*: uudesta epäjumalasta: ”Vasta
siellä missä valtio loppuu, alkaa ihminen, joka ei ole tarpeeton [– –] Vasta siellä missä valtio
loppuu – katsokaa sinne, veljeni! Ettekö näe sitä: sateenkaaren ja sillan yli-ihmisen?”,
Kerger 1988 s. 64–67, *Yang* 2005 s. 75–77, ks. myös *Straube* 2012 s. 32–34. Nietzschelle
valtio ja yhteisö ovat enemmänkin väline ”suurten yksilöiden” kehitykselle, tästä ks. *Knoll*
2010 s. 36–37, *Knodt* 2010 s. 30–33.

⁶⁶ *Gschwend* 1999 s.193. Nietzschien rikosoikeusajatteluun vaikuttaneista kirjoittajista ja
lähteistä ks. *Gschwend* 1999 s. 51–133. Nietzschien ammatillinen tausta huomioon ottaen
antiikin ajan kreikkalaisten ajattelijoiden, kuten Thukydidoksen ja Protagoraksen, näke-
mykset ilmenevät luonnollisesti hänen rikosoikeusajattelunsa taustalla. Roomalainen ajatte-
lu sitä vastoin näkyy vähemmän ja pääasiassa vasta myöhemmässä tuotannossa. Gschwend
arvioi tämän seuranneen Nietzschien myöhemmästä tutustumisesta Rudolf v. Jheringin ja
Alfber H. Postin kirjoituksiin, ks. *Gschwend* 1999 s. 53–72.

⁶⁷ Ks. myös *Bung Zstw* 2007.

Nietzschen kuvaus rangaistuksen alkuperästä painottuu yhteiskunnan ja yksilön suhteen arvioinnille. Rangaistuksen olemus ei määriyty pelkästään teon moitittavuuden perusteella, vaan kyse on laajemmin yhteiskunnan valtasuhteesta sen yksittäisiin jäseniin ja tämän valtasuhteen laadusta. Hänen tarkastelemissa rangaistusmuodot ovatkin leimallisesti yhteisön ja yksilön välisten konfliktien ratkaisua.⁶⁸ Nietzsche näkee yksilön suhteen yhteisöön *velvoiteoikeudellisten käsitteiden* kautta; yhteisön suhde jäseniinsä on verrattavissa velallisen ja velkojan suhteeseen. Yhteisö tarjoaa jäsenilleen tiettyjä etuja, joita vastaan yksilöt vannoutuvat yhteisölle. Jos yksilö rikkoo yhteisöä vastaan, tällöin yhteisö ”perii saatavansa” velkojana. Rikoksentehtijä on velallinen, joka ei maksa velkaansa ja samalla loukkaa velkojaansa. Näin tapahtuessa yhteisö poistaa yksilölle takaamansa suojan ja työntää tämän takaisin lainsuojattomaan tilaan. Rangaistuksessa on siten kyse yhteiskunnan itsesuojelusta sekä kostosta sitä vastaan rikonnutta kohtaan.⁶⁹

Nietzschen mukaan rangaistuksen historiallisesti varhaisin alkuperä saa ilmentymänsä *verikostossa*, joka perustuu verisukulaisuuteen ja kahden suvun välienselvittelyyn. Pyrkimyksenä on palauttaa sukujen välinen rikokoutunut tasapaino, jolloin yksilön syyllisyys on oikeastaan merkityksentöntä. Oleellista on suvun loukatun kunnian palauttaminen. Kyse ei ole valtiollisesta rangaistustoiminnasta, mutta toisaalta kylläkin jo tietyllä tavalla organisoituneista ryhmistä.⁷⁰ Tällöin on siirrytty yksilöiden keskinäistä välienselvittelyä ja kostoja korkeammalle tasolle; sukuyhteisön kokema loukkaus (rikos) ja siitä seuraava verikosto (rangaistus) ovat alku organisoituneelle rangaistustoiminnalle.

Kaikkialla, missä järjestäytyminen perustuu verisuhteisiin, on olemassa verikostoa: yhteisön yhteiselo ilmenee selittämättömänä ja yksilön yli ulottuvana voimana, uskonnollisen palveluksen kohteena. Perustendenssi: *kahden heimon välinen* tasapaino palautetaan; yksilön syyllisyys on yhdentekevää, kyse on sukujen välisestä sodasta. Muodostuvan valtioyhteisön myötä verikosto sulautuu yhteen rikoksentehtijään kohdistuvan kostoaktin kanssa.⁷¹

⁶⁸ Kerger 1988 s. 172.

⁶⁹ GM II 9, vrt. myös edellä mainittuun kuvaukseen yhteiskunnan kostosta ja itsesuojelusta MA II 2. 33.

⁷⁰ *Gschwend* 1999 s. 194–198 Hän huomauttaa myös, että kyseinen käsitys oli tuohon aikaan yleisesti omaksuttu, ks. av. 820. Hän vertaa sitä erityisesti A. H. Postin teoksissa ilmeneviin mainintoihin, joihin Nietzsche ilmeisesti oli tutustunut.

⁷¹ *Nietzsche: Nachgelassene Fragmente* (Jäämistö) 1883 kesä 8[9], eli jatkossa jäämistön viitatessa merkitään: Jäämistö, vuosi, vuodenaika, ryhmännumero [aforisminumero]. Jäämistön tekstit on haettu Nietzsche Source -sivustolta, ja merkintätapa seuraa siellä nou-

Toinen rangaistuksen varhainen ilmenemismuoto on *lainsuojattomaksi julistaminen*. Tämä on yhteisön tapa reagoida sen jäsenien rikoksiin, jotka vaarantavat yhteisön olemassaolon. Rankaisemisen perustana on sukuyhteisöjen etujen ja jäsenten puolustaminen muita sukuja vastaan. Yhteisöt puolustavat itseään toisia vastaan verikoston kautta ja toisaalta rankaisevat suvun omia jäseniä rikoksista työntämällä rikkojan ulos suvun suojista. Tässä ilmenee edellä mainittu yksilön velkasuhde yhteisöä kohtaan. Rikollinen yksilö menettää yhteisöltä saamansa etuudet.⁷² Kerger huomauttaa-kin, että tällä tavalla yhteisö ei vain määritä rikkojaa viholliseksi, vaan myös viholliset oikeudeettomiksi. Sotatila yhteisön vieraaksi kokemia sisäisiä ja ulkoisia yksilöitä kohtaan määrittelee yhteisön olemuksen.⁷³

”Rangaistus” on tällä säädyllystymisen asteella vain kuva, *mimus* normaalista suhtautumisesta vihattuun, suojattomaksi tehtyyn kukistettuun viholliseen joka on menettänyt sekä kaiken oikeuden ja turvan että myös kaiken armon; siis ”vae victis!” -mallista sota-oikeutta ja voitonjuhlaa kaikessa säälimättömyydessään ja julmuudessaan: – mistä saa selityksensä että itse sota (mukaan luettuna sotainen uhrikultti) on tarjonnut kaikki ne muodot joissa rangaistus historiassa esiintyy.⁷⁴

Yhteiskuntien kehittyessä rikoksista rankaiseminen siirtyy suvulta *valtiolle*, jolloin valtasuhteiden muuttuessa rankaisemisen muodot muuttuvat. Yhteisön kehittyessä ja voimistuessa sen suhtautuminen yksilön rikkomuksiin lievenee, koska niiden aiheuttama haitta on aiempaan nähden vähäisempi. Sen sijaan, että rikkoja työnnettäisiin yhteisöstä ulos, häntä aletaan jo osittain puolustaa loukatun kosta vastaan ja konfliktiin pyritään löytämään kompromissiratkaisu. Rikkojaa ei enää julisteta täysin lainsuojattomaksi, vaan tälle turvataan tiettyjä oikeuksia ja aiheutettu loukkaus pyritään hyvittämään.⁷⁵ Olennainen väline loukkausten uhrien kostonhimoisen kaunan patoamiseksi ja hallitsemiseksi on lakien säätäminen. Lakeja Nietzsche kuvaakin ylivallan ”imperatiivisiksi julistuksiksi”.⁷⁶

datettua käytäntöä (<http://www.nietzschsource.org/>). Tekstit perustuvat Giorgio Collin ja Mazzino Montinarin *Kritische Studienausgabe* -teokseen.

⁷² GM II 9, Jäämistö 1883 kesä 8[9], Kerger 1988 s. 21, *Gschwend* 1999 s. 200–202.

⁷³ Kerger 1988 s. 21.

⁷⁴ GM II 9 (käännös J. A. Hollo, kirjoittajan muutoksin).

⁷⁵ GM II 10 ja 11, Kerger 1988 s. 82, Yang 2005 s. 56, *Gschwend* 1999 ss. 202.

⁷⁶ GM II 11: ”Mutta ratkaisevinta, mitä ylin valta tekee ja saa aikaan vasta- ja jälkitunteiden ylivoimaa vastaan – ylin valta tekee sen aina heti kun on jollakin tavalla siihen kyllin väkevä – on lain asettaminen, imperatiivinen julistus siitä mikä on sen näkökannalta katsottava luvalliseksi, oikeaksi, mikä taas kielletyksi, vääräksi [– –] tästä lähtien silmä, jopa itse vahingoittuneenkin silmä, tosin tämä kaikkein viimeiseksi kuten edellä huomautettiin,

Gschwend toteaa, että näin rangaistus institutionalisoituu ja tulee sosiaalisen kurin ylläpitämisen tavaksi. Rangaistus on stabilisointikeino. Yhteiskunnan kehittyessä rangaistuksesta tulee enemmän valtiollisten ja yhteiskunnallisten hyötyjen edistämisen väline. Näitä pyrkimyksiä ei kuitenkaan lausuta julki, vaan ne piilotetaan sellaisten käsitteiden kuin ”oikeus” ja ”moraalisuus” taakse.⁷⁷

Edellä kuvatussa kehityksessä on olennaista, että lainriikkoja ja hänen tekonsa erotetaan toisistaan ja teosta tulee korvattava. Yhteisön vallan kasvaessa rikosoikeus lievenee ja Nietzsche toteaa, että yhteisön vallan mitaksi alkaa lopulta tulla se, kuinka paljon vahinkoa se kestää. Tämän kehityksen äärimmäiseksi muodoksi Nietzsche kuvaa tilannetta, jossa yhteisö jättää yksilön kokonaan rangaistuksesta. Toisaalta kehityksen kulkiesä vastakkaiseen suuntaan, eli yhteisön vallan heikentyessä, rikosoikeus saa ankarampia ilmentymiä.⁷⁸

Ei olisi mahdotonta ajatella sellaista yhteiskunnan vallantietoisuutta, jonka vallitessa se voisi suoda itselleen ylhäisimmän ylellisyyden joka on sitä varten olemassa – jättää vahingoittajansa *rankaisematta*. ”Mitä minä oikeastaan välitänkään loisistani?! voisi se sanoa. ”Eläkööt ja menestykööt! siihen minä olen vielä kyllin voimakas” – – Oikeudenmukaisuus joka alkoi siitä että ”kaikki on hyvitetävissä, kaikki täytyy hyvittää” päättyy siihen ettei olla mitään huomaavinaan ja päästetään maksukyvytön vapaaksi – se päättyy niin kuin kaikki hyvät asiat maan päällä siten että se *kumoo itsensä*.⁷⁹

Nietzschen käsityksen mukaan mahdolliseen lopulliseen päätepisteeseensä vietyinä kehitys johtaa siihen, että oikeus korvautuisi *armolla*. Nietzsche toteaa oikeuden tavallaan kumoavan itsensä. Kun aiempi oikeudenmukaisuuskäsitys perustui vaihtoon, tasapainoon ja vahingon hyvittämiseen, rikoksentekijän armahtaminen on tavallaan oikeudenmukaisuuden ”itsensä-kumoamista”. Tämän voidaan katsoa ilmentävän oikeudenmukaisen rangaistuksen ja armon välistä ristiriitaa. Rikos tulee hyvittää, mutta tarpeeksi vahva osapuoli voi täysin luopua tästä oikeudestaan. Kuten osassa 6 tullaan esittämään, Nietzsche puoltaakin koston perustuvan rangaistusajattelun

harjoittautuu yhä persoonattomampaan teon arviointiin.” (Käännös J. A. Hollo, kirjoittajan muutoksin.)

⁷⁷ Gschwend 1999 s. 203.

⁷⁸ GM II 10, Kerger 1988 s. 173.

⁷⁹ GM II 10.

poistamista, koska se perustuu hänen näkemyksessään väärille premisseille.⁸⁰

Nietzschen velvoiteoikeudellinen näkökulma rangaistukseen on mielenkiintoinen sinänsä, koska siinä rikoslainsäädäntö ja valtion pakkovalta ovat tavallaan toissijaisia ja kehityksellisesti myöhempiä vaikuttimia. Velvoiteoikeudellinen näkökulma tuo myös mukanaan muita erikoispiirteitä, jotka eivät (ainakaan nykyään) ole rikosoikeusajattelulle tyypillisiä. Koska rangaistuksessa on olennaista velallisen ja velkojan suhde sekä tasapainon palauttaminen, on lainsäädännössä enemmänkin kyse suoritettavan hyvityksen hienosäätämisestä. Yhteisö ja valtio ryhtyvät tähän, kun liian vapaa ja voimakas hyvitys (tai kosto) olisi sen näkökulmasta epäedullista. Rikosoikeuden keskeisistä käsitteistä, kuten tahallisuudesta, tuottamuksesta, syyllisyydestä ja syyntakeettomuudesta, tulee hyvitysarvioinnin nyansseja. Niiden merkitys vaihtelee yhteisön vallan mukaan. Velvoiteoikeuden käsitteistä velkoja ja velallinen ilmenee myös tiettyä oletettua yhdenvertaisuutta. Velallisen ja velkojan oletetaan lähtökohtaisesti olevan yhtäläisessä asemassa, toisin kuin rikosoikeudessa, jossa valtio nähdään vallankäyttäjänä suhteessa yksilöön. Jos velkoja (yhteisö) on velallista (yksilö) huomattavasti voimakkaampi, syntyy velkojalle mahdollisuus ylenkatsoa velallisen laiminlyöntejä, eli armahtaa velallinen. Mikäli taas velkoja ja velallinen ovat voimassa mitattuna lähellä toisiaan, velkojalla voi olla tarve jyrkempiin pakkotoimiin ”velan perimiseksi”, eli rankaisemiseksi. Lievempi, yksityiskohtaisempi ja velkojaa sitova rangaistussääntely muuntuu kärjistäen eräänlaiseksi velalliselle myönnettyksi ”kuluttajansuojaksi”.

⁸⁰ GM II 10, Jäämistö 1880 7[27]. Kerger 1988 s. 43, Straube s. 174–175, 180, Yang 2010 s. 183–184, Gschwend 1999 s. 204. Ks. Valverde 2005 s. 81: ”The liberal subject and his logic of exchange are perhaps necessary steps toward justice: but nevertheless they need to be rejected (aufgehoben) on the way to justice.” Gschwend 1999 s. 207: Gschwend kritisoi Nietzschen historiallista analyysiä toteamalla, että se ei ota huomioon eri aikakausien vaihteluliikkeitä eikä kirjoitettujen sääntöjen ja eri aikoina noudatettujen tosiasiallisten käytäntöjen eroja. Lisäksi rangaistuksen ankaruuteen vaikuttaa lainrikkojan kiinnijäämisen todennäköisyys. Pelotevaikutetta pyritään maksimoimaan säätämällä ankara rangaistus tilanteissa, joissa suuri osa rikollisista ei jää kiinni. *Ibid.* s. 298: ”Nietzsche trägt, indem er die historische Dimension absoluten Strafdenkens – wohl mit zu engem Bezug auf den einseitig, ja falsch verstandenen, mit dem Rachebegriff geradezu gleichsetzen alttestamentarischen Talionsgedanken – überdehnt, den Umständen einer anerkannten Strafzwecklehre zu wenig Rechnung.”

5 RANGAISTUKSEN TARKOITUS

Nietzschen rikosoikeusajattelun varsinainen sisältö tulee tarkemmin ilmi hänen teoksessaan *Moraalin alkuperästä*.⁸¹ Sen taustalla näkyy hänen edellä kuvattu oikeudenmukaisuuden ja oikeuden syntyanalyysinsä. Samalla etenkin eräät velvoiteoikeudelliset ”analogiat” ovat siinä vahvasti läsnä.⁸² Tässäkin tapauksessa teorian perusta on sinänsä genealoginen, eli pyrki- myksenä on selittää jonkin ilmiön kehittymisen olennaisia piirteitä, sillä Nietzsche aloittaa rangaistuksen määrittämisen ”muinaisista ajoista” alkaneiden käytäntöjen kautta. Selitykseen sekoittuu myös annos psykologista analyysiä. Kuten edellisessä luvussa todettiin, Nietzsche näkee yksilön ja yhteisön suhteen olevan verrattavissa velkojan ja velallisen suhteeseen. Jotta tällainen suhde voitaisiin perustaa, täytyy yksilön kyetä velvoittamaan itsensä muita yksilöitä ja yhteisöä kohtaan. Kuvauksessa ihmissen kyvystä luvata tai toisin sanoen velvoittautua. Tähän ovat yhteydessä syyllisyyden tunteen alkuperä ja synty. Velvoittautuminen ja lupaaminen ovat tulevaisuuteen kohdistuvia toimia, jotka edellyttävät kykyä muistaa luvattu ja pitää sanansa. Luodakseen ihmisen ”joka voi velvoittautua” ihmisen täytyy taistella unohtamista vastaan ja kyetä muuttumaan ennakoitavaksi. Taatakseen ”muistamisen” ja lupauksensa velallinen panttaa velkojalle jotain omaansa, joka tässä tapauksessa voi olla myös hänen henkensä.⁸³

⁸¹ *Gschwend* 1999 s. 245, *Gschwend* katsoo Nietzschen teorian saaneen vaikutteita ainakin A. H. Postilta, Kohlerilta ja v. Jheringiltä.

⁸² Ks. *Petersen* 2008 s. 191–193, jossa todetaan, että Nietzschen katsannossa rikosoikeudesta kehittyi lähinnä velvoiteoikeuden alatiede. *Petersen* korostaa siviilioikeusajattelun merkitystä Nietzschen filosofiassa: ”Kein anderer Philosoph, nicht einmal Kant, dachte in dem Maße wie ein Zivilrechtsdogmatiker wie dies Nietzsche getan hat [– –]”. Samoin *Straube* 2012 s. 13, *ibid.* s. 157: *Straube* painottaa sopimusoikeudellisen ajattelun olevan Nietzschen oikeuden, oikeudenmukaisuuden ja rangaistuksen taustalla vaikuttava yhteinen tekijä, *ibid.* s. 164: Nietzsche ymmärtää rangaistuksen käsitteen toisin kuin nykyaikainen rikosoikeusajattelu, joka perustuu ajatukseen rikoksentehtäjän syyllisyydestä, joka taas perustuu vapaaseen tahtoon ja mahdollisuuteen toimia toisin. Nietzsche kehittää rikoskäsitteensä havainnoimalla historiallis-psykologisesti vahingonkärsimyksen aiheuttamaa alkuperäistä reaktiota.

⁸³ *Straube* toteaa, että Nietzschen kuvaamat velkojaan ja velalliseen liittyvät vallankäytön käsitteet voidaan rinnastaa vahingonkorvauksen ja sopimussakon käsitteisiin. Ensimmäisessä yksi osapuoli loukkaa toisen oikeuksia. Tällöin syntyy konflikti, jossa loukattu osapuoli tavoittelee hyvitystä. Hyvitys tapahtuu valtasapainon palauttamisella siten, että vahingontekijän asema heikkenee loukkausta vastaavasti. Yhteiskunta pyrkii ohjaamaan tapaa, jolla tämä hyvitys tapahtuu, koska loukattu osapuoli ei kykene toimimaan tasapuolisesti. Jälkimmäisessä taas esimerkiksi yhteiskunta velkojana rankaisee yksilöä tämän sopimusrikkomuksen nojalla. *Straube* 2012 s. 161–165.

Kyetäkseen siten vallitsemaan ennakolta tulevaisuutta, kuinka ihmisen onkaan täytyntä oppia erottamaan välttämätön tapahtuminen satunnaisesta, ajattelemaan kausaalisesti, näkemään kaukainen kuin läsnä olevana ja ennakoimaan sitä, päätelemään varmasti mikä on tarkoitusperä, mitkä sen välineet, yleensäkin osaamaan laskea, arvioida – kuinka onkaan itse ihmisen täytyntä sitä varten ensin olla muuttunut laskettavaksi, säännömukaiseksi, välttämättömäksi, voidakseen viimein, kuten tekee se joka lupaa, taata itsensä tulevaisuutena!⁸⁴

Ihmisen ennakoitavaksi tekeminen tapahtuu yhteiskunnallisen pakon ja tapamoraalin (”tavan siveellisyys” (Sittlichkeit der Sitte) kautta. Yksilön etu uhrataan yhteisön edulle, ja tarkoituksena on saada ihminen pitämään lupaamansa, tarvittaessa väkipakolla. Keinona muistin virkistämiseen Nietzsche mainitsee ihmisen käyttämän *mnemotekniikan*, nimittäin kivun. Hän kuvaa rikoslakien ankaruuden olleen ja olevan osoitus vaikeudesta, joita ihmisillä on ollut yhteiskunnan sosiaalisten sääntöjen sisäistämässä. Tuottamalla ihmiselle kärsimystä tätä muistutetaan velvoitteistaan ja siten hänen toiminnastaan tulee vähitellen ennustettavaa.⁸⁵

”Poltetaan asia ihoon, jotta se jää muistiin: muistiin jää vain se mikä ei lakkaa tekemästä kipeätä” – tämä on eräs kaikkein vanhimman (valitetavasti myös kaikkein pitkäaikaisimman) maan päällä harjoitetun psykologian pääväittäjä.⁸⁶

Syällisyyden ja velvoitteen tunne perustuu alkuaan velallisen ja velkojan väliseen suhteeseen. Rikosoikeudellinen syällisyyskäsite on Nietzschen mukaan pohjimmiltaan verrattavissa velvoiteoikeudelliseen velkaan. Velallisesta tulee syällinen, ja tasapainon periaatteen mukaisesti velkojalla on oikeus rangaista sopimuksen rikkonutta velallista.⁸⁷ Nietzsche siis katsoo,

⁸⁴ GM II 1.

⁸⁵ GM II 3. Ks. myös *Gschwend* 1999 s. 250–251, *Kerger* 1988 s. 15–16, 53, 68.

⁸⁶ GM II 3.

⁸⁷ GM II 8. *Gschwend* 1999 s. 245–247, lisäksi huomionarvioinen on *Gschwendin* viittaus jäämistössä olevaan tekstiin syksyiltä 1883 16[29]. *Gschwend* myös huomauttaa, että MA II 2. 22 esitetty arvio rangaistuksesta jää ilmeisesti GM:ssä myöhemmin esitetyn analyysiin nähden taustalla. Kyseisessä aforismissa painotetaan erityisesti rangaistuksen tasapainon palauttavaa luonnetta, mutta todetaan myös, että lisäämällä rangaistukseen tietyn ”lisäpainon” (esim. varkaalle tulevan korvausvaatimuksen lisäksi vielä rangaistusmaksun) yhteisö muistuttaa rikkojaa siitä, että tämä irrottautuu toimillaan yhteisöistä ja sen suomista eduista. Siten rangaistus on tavallaan muistutus ennen yhteisöä vallinneesta luonnontilasta. *Straube* 2012 s. 13. Ks. myös *Kerger* 1988 s. 171: ”Nicht ein Schuldbegriff im moralischen Sinne, sondern ’die gesellschaftliche Nützlichkeit’ bestimmt den Zweck der Strafe.” Kuriositeettina mainittakoon Linarellin mielenkiintoinen vertailu Nietzschen GM:ssä kuvatun

ettei syyllisyyskäsite ole saanut alkuaan tahdonvapauden ajatuksesta, vaan tämä on vasta myöhemmin kehittynyt näkemys. Syyllisyyden (Schuld) käsite perustuu alkujaan velan (Schulden) materiaaliseen käsitteeseen. Rangaistuksen alkuperä ei siis ole saanut alkuaan siitä, että rikkojaa pidetään teostaan jotenkin vastuullisena, tai että jotain tekoa pidetään moittittavana. Tästä syystä sellaiset käsitteet kuten tahallisuus ja syyntakeisuus ovat vasta myöhempien yhteiskuntien tuotosta. Tätä myöhempiä ja kehittyneempää selitystapaa ei hänen mukaansa tulekaan sekoittaa rangaistuksen alkuperään (Ursprung). Alkuaan rangaistus perustuu vain vahingonkärsijän vihaan, ja siitä vahingonkärsijä velkojana vaatii velalliselta jotain hyvitystä. Tämä viha pysyy kuitenkin rajoissa, kun vahingoille pyritään etsimään vastiketta ja korvaajaa. Vahingot tulee korvata jollain tavoin ja tämä tapa on viime kädessä vahingonaiheuttajalle tuotettu kipu. Vahingonkärsijä haluaa hyvityksen kärsimyksistään, ja viime kädessä tällaiseksi hyvitykseksi riittää vahingonaiheuttajan kärsimys. Vahinko voidaan siis korvata velalliselle aiheutetulla vahingolla. Varsinaisen materiaalisen edun sijasta velkoja saa ”mielihyvää” päästessään alistamaan velallista, saaden sitten tunteen olevansa velallisen yläpuolella. Rangaistus korvauksena on oikeutus julmuuteen.⁸⁸

Ovatko tähänastiset moraalin genealogit edes hämäästi aavistelleet että esimerkiksi moraalinen pääkäsite ”syyllisyys” (Schuld) on juontunut ”velassa olemisen” (Schulden) hyvin materiaalisesta käsitteestä? Tai että rangaistus kostona tai hyvityksenä on kehittynyt täysin syrjässä kaikesta tahdon vapauden tai epävapauden edellyttämisestä?⁸⁹

Mistä on saanut mahtinsa tämä vahingon ja kivun vastaavanlaisuuden ikivanha, syvään juurtunut idea, jota kenties ei voi enää kitkeä pois? Olen asian jo ilmaissut: *saamamiehen* ja *velallisen* sopimussuhteesta, joka on yhtä vanha kuin ”oikeussubjektit” yleensä ja viittaa puolestaan taaksepäin oston, myynnin, vaihdon, kaupan ja liiketoimen perusmuotoihin.⁹⁰

ajattelun ja law and economics -tyyppisen arvioinnin välillä, ks. *Linarelli* 2008 s. 265–268.

⁸⁸ GM II 4: “[– –] ajatus, että ’rikoksentekijä ansaitsee rangaistuksen, koska hän olisi voinut menetellä toisin’ on todella erittäin myöhään saavutettu, kerrassaan hienostunut inhimillisen arvostelman ja päätelmän muoto; se joka sijoittaa päätelmän alkuaikoihin, käsittelee karkein kourin vanhemman ihmiskunnan psykologiaa.” GM II 5, ks. myös GM II 8 huomautus ihmisestä arvioivana olemuksena, *Kerger* 1988 s. 18. *Straube* 2012 s. 158, *ibid.* s. 162: Rikosoikeus on myös vahingonkärsijän kostonhalun sääntelemistä ja ohjaamista sekä rajoittamista. *Bung ZStW* 2007 s. 124. *Gschwend* 1999 s. 260: ”Allerdings billigt Nietzsche der Strafbegründung durch das ’Wehe-tun’ keinerlei Anspruch zu, sondern erkennt darin nur eine Historische Erklärung.”

⁸⁹ GM II 4.

⁹⁰ GM II 4.

Velallisen rikkoessa lupauksensa velkoja ottaa saatavansa tältä rangaistuksen muodossa. Tasapainon palauttaakseen velkoja vaatii hyvitystä häntä kohtaan rikkoneelta.⁹¹

Ekvivalenssi on siinä että vahinkoa suoranaisesti vastaavan edun sijaan (siis rahan, kiinteistön tai jonkin muun omaisuuden muodossa suoritettavan korvauksen sijaan) myönnetään saamamiehelle jonkinlaista hyvätunnetta takaisinmaksuna ja korvauksena – hyvätunne johtuu siitä, että saa arvelematta purkaa mahtiaan voimattomaan, hekumaa ”de faire le mal pour le plaisir de la faire” [– –]. ”Rangaistessaan” velallista saamamies pääsee osalliseksi erääseen herrain-oikeuteen, hänkin kokee viimein kohottavaa tunnetta siitä, että saa halveksia ja pahoinpidellä jotakin olentoa ”alempanaan” – tai ainakin sikäli kuin varsinainen rankaisuvalta, rangaistuksen täytäntöönpano on jo siirtynyt esivallalle, nähdä hänet halveksittuna ja pahoinpideltynä. Tasoituksena siis on osoitus ja oikeutus julmuuteen.⁹²

Rangaistuksen alkuperää voi siten hakea velallisen ja velkojan suhteesta sekä tarpeesta pakottaa ihmiset noudattamaan yhteisön sääntöjä. *Rankaisemisen nykytarkoituksen* määrittelemisen on kuitenkin tätä monimutkaisempi ongelma. Nietzsche erottaa rangaistuksesta kaksi puolta: ensimmäiseen kuuluvat sen vakiintuneet ominaisuudet, joita ovat: tapa, akti sekä ”draama”. Toiseen kuuluvat siihen liittyvät epämääräisyydet, joita ovat rankaisemisen merkitys, tarkoitus ja siihen liittyvät odotukset. Jaottelu tekee hänen ajattelustaan omalaatuisen, sillä rankaisemisen tarkoitus ja tavoitteet ovat yleensä rikosoikeuskeskustelun ydin ja lähtökohta. Nietzsche toteaa, että varsinaiset rangaistuksiin käytetyt menettelyt ovat vanhempia ja niiden käyttö ja soveltaminen rangaistuksina on vasta myöhemmin syntyntä. Rangaistuksen tarkoitus muuttuu ajan myötä ja vaihtelee erilaisissa yhteiskunnissa, mutta rankaisemisen tapa ja ”rituaalit” ovat pysyvämpiä. Tällöin siis aktin merkitys rangaistuksena on vasta myöhemmin liitetty menettelyyn, ”tulkittu sisään.” Rangaistuksen merkitys on historiallisesti liian vaihteleva ja epäselvä, jotta voitaisiin selvästi sanoa, miksi rangaistaan. Rangaistukselle annetut perustelut muuttuvat ajan kuluessa, joskus jonkin tietyn elementin saadessa painavamman sijan muilta. ”On mahdotonta nykyään tarkalleen sanoa miksi rangaistuksia annetaan”, Nietzsche toteaa. Loppujen lopuksi vallantahto ilmenee kunkin perustelun taustalla,

⁹¹ Ks. *Petersen* 2008 s. 113, *Bung ZStW* 2007 s. 123–126, *Gschwend* 1999 s. 245–247, *ibid.* s. 246: ”Nietzsche stützt sich hierfür auf die fast unbeschränkten Rechte des altrömischen Gläubigers gegenüber seinem säumigen Schuldner. Der Schuldner wird schuldig.”

⁹² GM II 5 (käännös J. A. Hollo), ks. myös MA II 2. 22.

olivat ne sitten kuinka rehellisiä tai näennäisiä tahansa. Tässä ilmenee osittain Nietzschen kritiikki ihmisen suhtautumisesta omiin käsitteisiinsä.⁹³ Kuten Kunnas toteaa, vaikka ihminen kuvittelee ymmärtävänsä ja hallitsevansa maailmaa, hän ei enää muista, että hän tosiasiaassa on itse luonut sille antamiensa käsitteiden muodon ja sisällön.⁹⁴ ”Rangaistus” on ihmisen luoma käsite, joka on aikasidonnainen, subjektiivinen sekä epälooginen. Nietzsche esittääkin *Moraalin alkuperästä* -teoksessa pitkähkön listan erilaisia historiallisia perusteluja rangaistuksen käytölle. Rangaistuksen merkitys on sinänsä tilapäinen, mutta samaa menettelyä voidaan käyttää mitä erinäisimmin ja mielikuvituksellisimmin perusteluihin.⁹⁵

Rangaistuksen ajatellaan yleisesti synnyttävän rangaistussa katumusta ja omantunnon tuskia, jotka osaltaan ”parantavat” rikollista ja ehkäisevät myöhempää rikollisuutta. Nietzsche kuitenkin kiistää tämän väitteen ja toteaa, että rangaistus pikemminkin kovettaa ja karaisee rangaistua. Valtio ja oikeuslaitos käyttävät usein rikollisia vastaan juuri niitä keinoja, joita ne juuri kieltävät kansalaisia harjoittamasta.⁹⁶ Nietzsche toteaa, että rangaistuksen vaikutusta tuleekin hakea ”pelokkuuden lisääntymisestä, älykkyyden teroittumisesta ja muistin pidentymisestä ja intohimojen hallinnasta. Siten rankaiseminen kesyyttää ihmistä, muttei tee hänestä parempaa”.⁹⁷

6 RANKAISEMISEN KRITIIKKI

Rikosoikeuden kritiikissään Nietzsche nostaa esiin monia nykyäänkin relevantteja kysymyksiä. Yksi näistä on edellä käsitelty rangaistuksen tuottama mielihyvä ja hyvitys. Kysymys kuuluu: voiko kärsimys olla velkojen hyvitys ja kuinka kärsimyksen tuottaminen voi antaa tyydytystä?⁹⁸ Nykyaikaiset rangaistukset eivät raakuudessaan vastaa menneisyyden menettelyjä, mutta rangaistuksissa on silti jäljellä tuota aiempaa julmuutta, joka ilmenee ”hengellistyneemmässä” muodossa.⁹⁹ Nietzschen kuvauksiin sisäl-

⁹³ GM II 14, 13, ks. myös MA II 2. 77, *Straube* 2012 s. 141, 145–146, *Bung ZStW* 2007 s. 128–131, *Gschwend* 1999 s. 274.

⁹⁴ *Kunnas* 1983 s.104.

⁹⁵ GM II 13, Nietzsche esittää samassa aforismissa myös listan erinäisistä perusteluista, joita rangaistusten oikeuttamiseen on käytetty. *Kerger* 1988 s. 172, *Straube* 2012 s. 141–142, ks. myös *Valverde* 2005 s. 77–78: ”This general skepticism about human planning underlies Nietzsche’s devastating critique of the pretensions of criminal law professors to have theorized ‘the purposes of punishment’.”

⁹⁶ GM II 14 sekä *Gschwend* 1999 s. 252, ks. *Bung ZstW* 2007 s. 130.

⁹⁷ GM II 15.

⁹⁸ GM II 6.

⁹⁹ JGB 229, *Straube* 2012 s.143: *Straube* mainitsee vertauskohtana nykyaikaisen julkisen

tyy tiettyä ristiriitaisuutta, mutta edellä kuvattu ajatus ihmisen luomisesta ennustettavaksi kivun tuottamisen avulla, ja siitä johdettu rangaistusajattelu ovat kuvausta rangaistusjärjestelmän synnystä. Tämä genealoginen kehityskulku ja sen seuraukset tulevat nyt Nietzschen kriittisten huomautusten kohteeksi.

Nietzschen rikosoikeuskritiikin olennaisena osana on *tahdonvapausajattelun kritiikki*. Oletus ihmisen vapaasta tahdosta on luonnollisesti nykyisen rikosoikeuskäsityksen olennainen osa, sillä ilman tätä oletusta kehtää ei olisi mahdollista moittia rikollisesta teosta.¹⁰⁰ Nietzschen radikaalein teesi rikosoikeuden osalta on yksilön täydellinen vastuuttomuus (vollkommene Unverantwortlichkeit). Kuten edellä todettiin, Nietzsche kiistää vastuullisuuden olevan yhteydessä rangaistuksen alkuperään, mutta hän kiistää ylipäänsä syyllisyyden yhteyden rangaistukseen, sillä hänelle ajatus, että rikollinen teko saisi alkunsa yksilön vapaasta tahdonmuodostuksesta, on virhe.¹⁰¹ Hän katsoo tämän ajatuksen saaneen alkunsa erheestä, koska ihminen on alkanut arvioida *tekoja itsessään* joko hyvinä tai pahoina. Tällöin ei enää niinkään kiinnitetä huomiota teon seurauksiin, vaan teon motiivien katsotaan olevan joko hyviä tai pahoja. Edelleen tämä ajatuskulku johtaa siihen, että leima hyvä tai paha liitetään tekojen motiiveista itse ihmiseen, kuvaamaan tämän olemusta. Ihmisen olemus on kuitenkin välttämätön seuraus tämän menneisyydestä ja nykyhetkestä, joten ihmisellä ei ole milloinkaan mahdollisuutta toimia täysin vapaasti. Näkemys korostaa olosuhteiden ja menneisyyden vaikutusta ihmisen toiminnassa. Ihmisten olemus muodostuu heidän aiemmista kokemuksistaan, jotka ohjaavat heidän tulevaa toimintaansa. Tästä syystä hän katsoo, että rangaistukset eivät tahdonvapauden oletuksesta johtuen kohdistu oikein, koska ne rankaisevat ihmistä yksittäisestä hetkellisestä teosta, jonka taustavaikuttimet

rikosprosessin, joka myös osaltaan rituaalia ja (toisinaan) ilmentää median sensaatiohalun tyydyttämistä. *Petersen* 2008 s. 113.

¹⁰⁰ JGB 19, 21, *Kerger* 1988 s. 167.

¹⁰¹ MA I 18, 106, 107, MA II 2. 23, GD: Die vier großen Irrthümer (Neljä suurta erehdystä) 3 ja 7: "[–] [D]ie Lehre vom Willen ist wesentlich erfunden zum Zweck der Strafe, das heißt des *Schuldig-finden-wollens*." *Straube* 2012 s. 132, 158. Toisaalta Nietzschen tahdonvapauden kritiikki ei merkitse yksipuolista determinististä suhtautumista ihmisen toimintavapauteen, asiasta tarkemmin ks. *Gschwend* 1999 s. 221–230, *ibid.* s. 225: "Nietzsche ei varmastikaan näe ihmistä täysin vastuusta vapaana olentona. Hän kuitenkin vastustaa 'virallista' vastuullisuutta, joka ilmenee ennalta asetettuihin arvoihin pohjautuvana, virallisten instanssien toimesta läpivietyinä vastuullisuutena. Täysin kehittynyt ihminen kykenee yksilönä 'itsesääntelyyn' (Selbstgesetzgebung)." Samoin *ibid.* s. 229: *Gschwend* tiivistää mielestäni osuvasti edellä ajatuksen toteamalla, että Nietzsche ihminen ei kannan moraalista vastuuta teoistaan tai laiminlyönneistään mitään ylem্পää järjestystä tai instanssia kohtaan, mutta hänen on kohdattava niistä aiheutuvat seuraukset, kuten halveksinta tai painostus.

kuitenkin muodostuvat pitkältä ajalta ja lukemattomista yksittäisistä seikoista. Nietzschen katsannossa olosuhteiden hallitessa ja vaikuttaessa yksilön toimiin arvioitavana ei ole enää syyllisyys tai mahdollisuus toimia toisin. Syy on olosuhteissa, ei tekijässä.¹⁰²

Satu intelligiibelistä vapaudesta – Niiden havaintojen, joiden perusteella me katsomme jonkun vastuunalaiseksi, eli siis niin sanottujen moraalisten havaintojen historia kulkee seuraavien päävaiheiden kautta. Ensiksi tiettyjä tekoja kutsutaan hyviksi tai pahoiksi välittämättä niiden motiiveista, ja huomiota kiinnitetään ainoastaan niiden hyödyllisyyteen tai haitallisuuteen. Pian kuitenkin unohdetaan näiden nimitysten alkupe-
rä ja kuvitellaan, että teot itsessään, eli riippumatta niiden seurauksista, omaavat ominaisuuden ”hyvä” tai ”paha”: Sama virhe, jonka mukaan puhe mukamas kuvaa kiven itsessään kovaksi tai puun itsessään vihreäksi – eli sitä kautta, että seurauksen ymmärretään olevan itse syy. Joten hyvä tai paha olemus sisällytetään motiiviin ja tekoja itsessään pidetään moraalisesti kaksimerkityksisinä. Myöhemmin arvostelmaa hyvä tai paha ei enää liitetä yksittäisiin motiiveihin, vaan koko ihmisen olemukseen, josta tuo motiivi saa alkunsa, niin kuin kasvi maaperästä. Siten ihmistä pidetään vuoron perään vastuullisena tekojensa vaikutuksista, sitten teoistansa, sen jälkeen motiiveistaan ja lopulta olemuksestaan. Nyt havaitaan lopulta, että myöskään tämä olemus ei voi olla vastuunalainen, sikäli kuin se koostuu menneiden ja nykyisten asioiden aineosista ja vaikutusvoimasta ja on niiden ainoa ja välttämätön seuraus: eli siis ihmisestä on tehtävä vastuullinen ei millekään, eli ei olemuksestaan, ei motiiveistaan, ei teoistaan eikä niiden seurauksista. Siten on havaittu, että moraalisten havaintojen historia on erään erehdyksen historia, vastuunalaisuuden erheen: joka perustuu vapaan tahdon erheeseen. [– –] Kukaan ei ole vastuussa teoistaan, eikä olemuksestaan; tuomitseminen on sama kuin olla epäoikeudenmukainen. Tämä pätee myös kun yksilö tuomitsee itse itseään. Tämä lausuma on niin kirkas kuin auringonvalo, ja kuitenkin jokainen menee tässä mieluummin takaisin varjoon ja valheisiin; seurausten pelossa.¹⁰³

¹⁰² MA I 39, ks. myös MA I 99, 102 ja 107, Z toinen osa: rantakyyne puremasta, GD: Die vier grossen Irrthümer 3. FW 250, Jäämistö kevät 1887 10[50], *Straube* 2012 s. 133–138, *ibid.* s. 136: Ihmisen olemusta menneisyyden ja nykyisyyden vaikutusten summana ei tule tulkita deterministisesti tai mekaanisesti, vaan lähinnä psykologisen vaikutelman kautta. *Valverde* 2005 s. 81: ”[– –] Nietzsche would sideline all inquiries into criminal 'intent' or *mens rea*, because one thing he and Freud would agree on is that people never really know what they are doing.” *Kunnas* 1983 s. 105.

¹⁰³ MA I 39, ks. myös JGB 32.

Saavatko vapaan tahdon opin kannattajat rangaista? – Ihmiset, jotka ammattinsa vuoksi tuomitsevat ja rankaisevat, koettavat kaikissa tapauksissa määrittää onko pahantekijä ylipäänsä vastuullinen teostaan, *pystyikö* hän käyttämään järkeään, toimiko hän *perustellusti* eikä tietämättään tai pakosta. Jos häntä rangaistaan, niin rangaistaan sitä, että hän valitsi huonommat perusteet (Gründe) parempien sijaan, jotka hänen täytyi siis *tuntea*. Silloin kun tämä tieto puuttuu, ei ihminen vallitsevaan mielipiteen mukaan ole vapaa eikä vastuunalainen: ellei sitten hänen tietämättömyytensä, esimerkiksi hänen ignorantia legiksensä, ole seurausta tahallista opettelemisen laiminlyönnistä; siinä tapauksessa hän oli jo silloin katsonut paremmaksi huonommat perusteet, kun hän ei halunnut opetella mitä olisi pitänyt, ja hänen on nyt kärsittävä huonon valintansa seurauksista. Jos hän sitä vastoin ei huomannut parempia perusteita eikä tylsämielisyydestä tai tyhmyydestä, häntä ei tavata rangaista: häneltä oli niin sanotusti puuttunut valinta, hän toimi eläimenä. Paremman ymmärryksen tarkoituksellinen kieltäminen on nyt siis peruste, jolla syytteenalaista rikollista syytetään. Miten joku voi kuitenkin olla tahallisesti järjettömämpi kuin hänen täytyy olla? Mistä ratkaisu, kun vaakakupit ovat hyvien ja huonojen motiivien painamia? Ei siis erehdyksestä, sokeudesta, eikä sisäisestä tai ulkoisesta pakosta (voidaan ylipäänsä ajatella, että kaikki niin sanottu ”ulkoinen pakko” ei ole muuta kuin kivun ja pelon sisäistä pakkoa). Mistä? kysytään yhä uudestaan. *Järke* ei siis voi olla syynä, koska se ei voisi päättää vastoin parempia perusteita? Nyt tässä huudetaan ”vapaata tahtoa” avuksi: sen tulee ratkaista *täydellinen tahdonvaltaisuus* (*vollendete Belieben*), tapahtua hetkenä, jona mikään motiivi ei vaikuta, jossa teko tapahtuu *ihmeenä*, tyhjästä. Tätä oletettua *tahdonvaltaisuutta* (*Beliebigkeit*, myös mielivaltaisuus) rangaistaan tapauksessa, jossa minkään tahdon (*Belieben*) ei tulisi vallita: väitetään, että järjen, joka tuntee lain, kiellon ja käskyn, ei olisi pitänyt sallia mitään valintaa ja toimia pakkona sekä korkeampana voimana. Rikollista siis rangaistaan, koska hän käytti ”vapaata tahtoa”, eli koska hän toimi perusteetta, kun hänen olisi pitänyt toimia perustellusti. Mutta *miksi* hän teki näin? Näin ei edes saa enää *kysyä*: se oli teko ilman ”sen vuoksi”, ilman motiivia, ilman alkuperää, jotain tarkoituksetonta ja järjetöntä – *Sellaisesta teosta ei kuitenkaan saisi*, yllä esitetyn kaiken rangaistavuuden ensimmäisen edellytyksen mukaan, *rangaista!* Myöskään tuohon toiseen rangaistavuuden laatuun *ei* voida vedota, kun siis jotain *ei* tehdä, laiminlyödään, *eikä* järkeä käytetä; sillä kaikissa olosuhteissa laiminlyönti tapahtui *ilman* tahallisuutta! Ja vain käskyn tahallinen laiminlyöminen on rangaistavaa. Rikollinen on tosin valinnut huonommat perusteet parempien sijaan, mutta *ilman* syytä ja tahallisuutta: hän ei tosin käyttänyt järkeään, mutta ei *ollakseen käyttämättä* sitä. Tuo peruste, jolla syytteenalaista rikollisista syytetään, että hän olisi kiistänyt ta-

hallisesti järkensä – juuri se on ”vapaan tahdon” hyväksymisellä mitätöity. Te ette *saa* rangaista, te ”vapaan tahdon” -opin kannattajat, ette omien periaatteidennekaan nojalla! – Ne eivät kuitenkaan ole perustaltaan muuta kuin hyvin kummallinen käsitemytologia, ja kana, joka ne muni, oli istunut muniensa päällä kaiken todellisuuden tuolla puolen.¹⁰⁴

Rangaistessaan lainrikkojaa yhteiskunta leimaa tämän tietyn ”abstraktin” rikosnimikkeen perusteella. Mutta koska rangaistuksessa käytetty nimike (esim. pahoinpitely) ei välttämättä mitenkään vastaa tekijän alkuperäistä motivaatiota teolle (itsepuolustus) tai hän ei välttämättä pysty käsittämään tekoa ollenkaan tuon nimikkeen perusteella, ei hän pysty yhdistämään tekoa rangaistuksella tavoiteltuun syyllisyyteen. Toisaalta rangaistus ja käytetyt rikosnimikkeet leimaavat rangaistun koko henkilön yhden (rangaistavan) teon perusteella. Jos rangaistus ei enää toimi teon hyvityksenä, se ei ”korvaa” vääryyttä, eikä rikollinen voi päästä teostaan irti ja palautua osaksi yhteiskuntaa.¹⁰⁵

Teloitus – Mistä johtuu, että jokainen teloitus loukkaa meitä enemmän kuin murha? Se on tuomarien kylmyys, piinallinen esivalmistelu, oivalus, että tässä käytetään ihmistä välineenä muiden pelottamiseksi. Sillä syyllisyyttä ei rangaista, edes jos sellaista olisi: se sijaitsee kasvattajissa, vanhemmissa, ympäristössä, meissä, eikä murhaajassa – minä tarkoitan aikaansaavia olosuhteita.¹⁰⁶

Moraalisen tulistumisen taso tuntematon – Siitä, onko kokenut tiettyjä järkyttäviä näkyjä tai vaikutelmia, vai ei, esimerkiksi väärin tuomitun, tapetun tai kidutetun isän, uskottoman vaimon, julman vihamielisen hyökkäyksen, riippuu kiehuuko kiihkomme yli ja kääntääkö se koko elämämme suunnan vaiko ei. Kukaan ei tiedä mihin olosuhteet, myötätunto, raivostuminen voivat hänet ajaa, hän ei tunne oman tulistumisensa rajaa. Kurjat pienet olosuhteet tekevät kurjaksi; se ei tavallisesti ole elämysten laatu vaan niiden määrä, josta alhaisempi ja ylhäisempi ihmisyyden on riippuvainen, hyvässä ja pahassa.¹⁰⁷

¹⁰⁴ MA II 2 23.

¹⁰⁵ Z: Vom bleichen Verbrecher (kalpeasta rikollisesta), GM II 16, M 236: ”Strafe. – Ein seltsames Ding, unsere Strafe! Sie reinigt nicht den Verbrecher, sie ist kein Abbüssen: im Gegenteil, sie beschmutzt mehr, als das Verbrechen selber.” MA I 66: ”Sträflich, nie gestraft. – Unser Verbrechen gegen Verbrecher besteht darin, dass wir sie wie Schufte behandeln.” MA II 1. 78, M 366, Kerger 1988 s. 175 ks. myös JGB 109, Jäämistö Syksy 1887 10[50]. *Gschwend* 1999 s. 284–287, 360–362, 375–379.

¹⁰⁶ MA I 70.

¹⁰⁷ MA I 72.

Nietzschellä on pisteliäitä huomautuksia myös rangaistuksen määrittämisestä. Toistuvista rikoksista annetaan yleisesti ankarampia rangaistuksia, eli taparikollisia rangaistaan kovemmin kuin ensikertalaisia. Nietzsche toteaa, että rikoksia jo tehneiden kyky vastustaa taipumusta rikolliseen toimintaan on muihin verrattuna matalampi. Hän kääntää tavanomaisen arvioidon pääläelleen: taparikollisen rangaistuksen pitäisi olla lievempi, kun taas sitä vastoin aiemmin ”kunnollista elämää” viettänyttä, jonka käytökseen nähden rikos on karkea poikkeus, tulisi rangaista ankarammin. Syyksi valitsevaan rangaistustapaan Nietzsche näkee sen, että rangaistuksia ei määrätä tekijän mukaan vaan yhteiskunnan tarpeiden mukaisesti. Aiempi hyödyllinen käytös palkitaan ja haitallisesta rangaistaan.¹⁰⁸ Rikoksen tekijän menneisyys ja sen syyt tulisi kuitenkin voida ottaa huomioon rangaistuksessa kokonaisuutena, tai sitten ei ollenkaan.

[– –] Jos ihmisen menneisyyttä rangaistaan tai palkitaan tällä tavalla (tämä siis ensimmäisessä tapauksessa, kun pienempi rangaistus toimii palkkiona), niin pitäisi mennä vielä kauemmas taaksepäin ja rangaista sekä palkita sellaisen tai sellaisen menneisyyden syyt. Tarkoitin tällä vanhempia, kasvattajaa, yhteiskuntaa ja niin edelleen; monessa tapauksessa havaitaan silloin myös tuomarit jollain tavoin osalliseksi syyllisyyteen. Kun rangaistaan menneisyydestä, on mielivaltaista jäädä tarkastelemaan rikollista: tulisi, jos ei haluta hyväksyä jokaisen rikkomuksen täydellistä anteeksiantamista, pysähtyä jokaiseen yksittäiseen tapaukseen, eikä katsoa enempää taaksepäin: eli siis eristää syyllisyys eikä ollenkaan sitoa sitä menneisyyteen – muuten tehdään syntiä logiikkaa kohtaan. Huomatkaa paremminkin, te vapaat tahdot, tuo välttämätön lopputulos, johon teidän oppinne ”tahdon vapaudesta” johtaa ja päättää rohkeasti: ”millään teolla ei ole menneisyyttä.”¹⁰⁹

Tuomareilla ei tietenkään käytännössä ole mahdollisuutta arvioida yksittäisen rikollisen menneisyyttä kokonaisuutena, eikä hän Nietzschenkään mukaan pysty milloinkaan täysin ymmärtämään rikollisen tekoa tai tämän motiiveja. Jos tuomari voisi ymmärtää rikollisen tekoon johtaneet seikat, hän ei voisi kuin vapauttaa tämän rangaistuksetta.¹¹⁰ Kuten Kunnas huo-

¹⁰⁸ MA II 2. 28. M 256, ks. *Straube* 2012 s. 149–151, 153, *Bung ZStw* 2007 s. 132, *Wisser* 1972 s. 159: ”Man lohnt und straft nicht, weil gut und böse gehandelt worden ist, sondern damit den eigenen Vorstellungen von gut und böse entsprechend gehandelt werden wird.”

¹⁰⁹ MA II 2. 28.

¹¹⁰ MA II 2. 24, Z toinen osa: Vom Biss der Natter (rantakyyn puremasta): ”Joten kekikää minulle oikeudenmukaisuus, joka vapauttaa syytteestä jokaisen, paitsi tuomarin!”, Z ensimmäinen osa: Vom bleichen Verbrecher: ”Mutta ajatus on yksi asia ja teko toinen, ja mielikuva teosta vielä yksi lisää. Syy-yhteyksien pyörä ei niiden välillä pyöri.”. Ks. *Straube*

mauttaa, Nietzsche käyttää käsitteitä ”tuomari” ja ”rikollinen” vertauskuvallisesti kuvaamaan ylipäänsä moraalisesti tuomitsevia henkilöitä. Kyse ei ole vain oikeudellisista toimijoista.¹¹¹

Rikollisen ja hänen tuomarinsa arvioimiseen – Rikollinen, joka tuntee olosuhteiden täyden virtauksen, ei koe tekoansa niin poikkeuksellisenä ja käsittämättömänä kuin hänen tuomarinsa ja moittijansa; hänen rangaistuksensa mitataan hänelle kuitenkin juuri sen hämmästyksen asteen mukaan, jona havainto teosta näyttäytyy käsittämättömänä noille muille. – Kun tieto, joka rikollisen puolustajalla on tapauksesta ja sitä edeltäneistä tapahtumista, on tarpeeksi riittävää, niin täytyy niin sanottujen lieventämisperusteiden, jotka hän sen johdosta tuo esiin, lopulta pyyhkiä kaiken syyllisyyden pois. Tai vielä selkeämmin: puolustaja vähentää askel askeleelta tuomitsevan ja rangaistusta arvioivan hämmästyksiä ja lopulta kokonaan hälventää sen, siten että hän pakottaa tuon rehellisen kuulijan sisäiseen tunnustukseen: ”hänen täytyi toimia niin kuin hän toimi; jos rankaisisimme, niin rankaisisimme ikuista välttämättömyyttä.” – Rangaistuksen mittaaminen sen tiedon mukaan, joka saadaan rikollisen menneisyydestä tai on ylipäättänsä saatavissa, – eikö tämä ole ristiriidassa kaiken kohtuuden kanssa?¹¹²

Nietzsche epää rangaistuksilta oikeudenmukaisuuden, koska rangaistukset eivät toteuta oikeudenmukaisuuden määritelmää: anna jokaiselle hänen ansionsa mukaan (Jedem das Seine geben). Rangaistuksia kun tuomitaan tekojen hyödyllisyyden tai haitallisuuden perusteella. Rangaistus ei anna rangaistavalle tälle kuuluvaa, koska rangaistus mitataan yhteiskunnan tarpeiden mukaan, eli valtion ja valtaa pitävien näkökulmasta. Rankaisevaa oikeudenmukaisuutta ei voi olla, eikä rangaistus toteuta (oletettua) tarkoitustaan. Rangaistukset karaisevat rikollisia ja työntävät heitä pois yhteiskunnallisesta elämästä ja haittaavat yhteiskunnan kehitystä palauttamalla sen alemman kulttuurin tasolle.¹¹³ Yksi Nietzschen moraalikritiikin tavoit-

2012 s. 152: Straube huomauttaa, että Nietzsche liioittelee aforismissa MA II 2. 28 tarkoituksella ja kritisoi sen sananmukaista tulkitsemista. Hän katsoo, että kyseessä on enemmänkin ajatusleikki, joka valottaa teko-olosuhteiden ja -motiivien osittaisen huomioon ottamisen epäjohdonmukaisuutta.

¹¹¹ *Kunnas* 1983 s. 107.

¹¹² MA II 2. 24.

¹¹³ MA I 105, *Straube* 2012 s. 175: Rangaistukset eivät täytä Nietzschen edellyttämää oikeudenmukaisuuden korkeaa *suum cuique* -vaatimusta. Straube toteaa (ibid. s. 179.), että Nietzscheille oikeudenmukaisuus tarkoittaa armeliasta, hyväntahtoista tuomiota, jonka Nietzsche kärjistää hyväksynnäksi (Gutheißen). MA II 2. 186: ”Kaikki rikolliset pakottavat yhteiskunnan takaisin aiemmalle kulttuurin tasolle, kuin millä se sillä hetkellä on: he vaikeuttavat taaksepäinkatsovasti.” Ks. myös *Gschwend* 1999 s. 263–272, Jäämistö kevät-kesä

teista on vallitsevan syyllisyyskäsitteen tuhoaminen. Oppi vapaasta tahdosta ja syyllisyysmoraali ovat olemassa, jotta ihmisiä voitaisiin rangaista. Yksilö ei voi toteuttaa ”luovaa tarkoitustaan” ja kehittää itseään, jos syyllisyys ja siihen perustuva yhteiskuntamoraali sitovat hänet osaksi yleistä ”kaunamoraalia”.¹¹⁴ Toisaalta valtio käyttää yksilöä vain välineenä muiden pelottamiseksi (yleispreventio).¹¹⁵ Syyllistämisestä on irtauduttava, sillä sen ihmisen psyykelle aiheuttama rasite estää ihmistä kehittymästä todella autonomiseksi ja itsenäisesti vastuunsa kantavaksi.¹¹⁶

Palkitseva oikeudenmukaisuus – Se, joka on ymmärtänyt opin täydellisestä vastuunalaisuuden puutteesta, ei voi enää pitää niin sanottua rankaisevaa ja palkitsevaa oikeudenmukaisuutta oikeudenmukaisuuden käsitteen osana: jos tämä perustuu sille, että jokaiselle annetaan hänelle kuuluva. Sillä se, jota rangaistaan, ei ansaitse rangaistusta: häntä käytetään vain välineenä pelottamaan muita pois tietyistä teoista; samoin kuin se jota palkitaan, ei ansaitse palkintoaan. Hänhän ei voinut toimia toisin kuin toimi. Palkinnolla on siis vain tarkoitus kannustaa häntä ja muita, sekä antaa motiivi myöhemmille teoille. Kehu huudetaan kilparadalla juoksevalle, ei sille, joka on maalissa. Palkinto tai rangaistus eivät ole jotain, josta henkilö saa sen mikä hänelle kuuluu. Ne annetaan hänelle hyödyllisyysperusteilla, ilman että oikeudenmukaisuudella olisi sen perusteena mitään sijaa. On yhtä lailla sanottava ”viisas ei palkitse, koska on toimittu hyvin” kuin on sanottu ”viisas ei rankaise, koska on toimittu huonosti, vaan jotta ei toimittaisi huonosti”. Jos rangaistus ja palkinto

1883 7[55]: ”Wie kann der Staat Rache übernehmen! Erstens ist er kalt und handelt nicht im Affekt: was der Rache-Übende thut. Dann ist er keine Person, am wenigsten eine noble Person: kann also auch nicht im Maßhalten (im ’Gleiches mit Gleichem’) seine noblesse und Selbstzucht beweisen. Drittens nimmt er gerade das weg an der Rache, was zur Wiederherstellung der verletzten Ehre dient [– –]”.

¹¹⁴ GM I 10 ja 11, GD: Moral als Widernatur (moraali luonnonvastaisuutena) 6 ja Die vier grossen Irrthümer 7. FW 219: ”Rangaistuksen tarkoitus – Rangaistuksen tarkoituksena on parantaa sitä, joka rankaisee – tämä on rangaistuksen puoltajien viimeinen turvapaikka.” Ks. *Kunnas* 1983 s. 109–110: ”Nietzsche esittää meille kysymyksen, ovatko meidän oikeudelliset normimme, käytäntömme ja instituutiomme vapaita tiedostamattomasta kostonhalusta, patoutuneista vieteistä ja aggressioista?” Tässä ei ole mahdollista käydä läpi Nietzschen moraalikritiikin tavoitteita yksityiskohtaisesti, ks. aiheesta tarkemmin esim. *Löhr* 2010 s. 109–129.

¹¹⁵ Ks. myös GM II 14: ”Erityisesti meidän on varottava aliarvioimasta sitä seikkaa että juuri oikeudellisten ja toimeenpanoon liittyvien menettelyjen näkeminen estää rikoksentehtäjiä tunnossaan tuomitsemasta tekoaan, toimintansa laatua *sinänsä* hylättäväksi; hän huomaa nimittäin samanlaisia tekoja tehtävän oikeuden palveluksessa ja niitä sitten hyväksyttävän, suoritettavan hyvällä omatunnolla: vakoilu, petos, lahjonta [– –] mitään kaikista näistä teoista hänen tuomitsijansa eivät suinkaan hylkää eivätkä tuomitse *sinänsä* vaan jossakin tietyssä katsannossa ja käytännössä.” *Petersen* 2008 s. 137–139.

¹¹⁶ *Gschwend* 1999 s. 255.

jäävät pois, niin putoaa pois vahvimmat motiivit, jotka ajavat tiettyjä tekoja kohti ja niistä poispäin; ihmisten etu edellyttää niiden jatkuvuutta; ja sikäli kuin rangaistus ja palkkio, kehu ja moite tehoavat herkimmin turhamaisuuteen, niin tuo sama etu edellyttää myös turhamaisuuden jatkuvuutta.

Nietzsche tiesi toki itsekin vaatimustensa radikaaliuden ja miten niihin yleisesti suhtauduttaisiin. Straube huomauttaa, että huolimatta tästä radikaalista edesvastuuttomuuden opista Nietzschen teoksista löytyy myös pakoitain ”käytännönläheisempiä” ohjeita, jotka eivät suoraan edellytä kaikkinaisen rikosvastuun poistamista. Nämä perustuvat myös ajatukseen armosta/hoidosta (Schonung) sekä rangaistuksen haittojen vähentämiseen, mutta joissakin yhteyksissä tulee esiin selkeästi jyrkempää suhtautumista.¹¹⁷ Nietzscheä voitaneen toisaalta perustellusti pitää jossain määrin abolitio-
nistina.¹¹⁸

¹¹⁷ Straube 2012 s. 176–178: esimerkkinä tästä on jäämistöstä löytyvä toteamus, jossa Nietzsche vastustaa rankaisevaa oikeudenmukaisuutta, todeten että sen tilalla tulisi olla ennemminkin opettava oikeudenmukaisuus, opettaja tuomarin sijaan. Ks. myös M 202: rikollisuus mielisairautena. Petersen 2008 s. 143–144, etenkin alav. 701: kuten Petersen huomauttaa, Nietzschen jäämistössä löytyy kuitenkin myös edellä mainitun kanssa suoraan ristiriitaisia muistiinpanoja esim. kevät 1887 10[50]: ”Man soll dem Verbrecher die Möglichkeit nicht abschließen, seinen Frieden mit der Gesellschaft zu machen: gesetzt, daß er nicht zur Rasse des Verbrecherthums gehört. In letzterem Falle soll man ihm den Krieg machen, noch bevor er etwas Feindseliges gethan hat (erste Operation, sobald man ihn in Gewalt hat: ihn kastriren)”, sekä lokakuu 1888 23[1]. Näiden kanssa taas ovat erityisessä ristiriidassa esimerkiksi aiempi merkintä elokuulta 1879 42[51] sekä 42[53]. Gschwend 1999 s. 311–326. Mikä merkitys näille myöhemmille merkinnöille tulee antaa, riippuu siitä, kuinka paljon arvioija antaa merkitystä julkaisemattomalle, muistiinpanoihin kuuluvalla materiaalille (verrattuna aiempiin julkaisuihin) sekä mikä merkitys Nietzschen myöhemmin puhjenneella sairaudella katsotaan olevan myöhempien tekstien ”auktoriteetille”. Ks. myös Bung ZStw 2007 s. 134, Gschwend 1999 s. 116–121, 308–310 vrt. Kunnas 1983 s. 106–107: ”Den Kriminellen sieht Nietzsche gern mit den Augen eines Spätromantikers.” Osa Nietzschen toteamuksista ilmentää toisaalta tiettyä ihannoitua rikollisia kohtaan, sillä rikollinen ilmentää myös vallitsevaa järjestystä vastustavaa kapinallista, esim. M 20 ja 50, GD: Streifzüge eines Unzeitgemäßen (aikaansa kuulumattoman vaelluksia) 45, Gschwend 1999 s. 342–357, *ibid.* s. 348: ”Nietzsche bezeichnet den Rechtsbrecher als Überwinder eines christlich-platonischen normativen Sumpfes und verleiht ihm heroische Züge” sekä *ibid.* s. 367: Gschwend on Nietzschen rikosoikeutta koskevassa tutkimuksessaan erottanut viisi eri rikollistyyppiä, jota esiintyvät Nietzschen teoksissa (ja osittain jäämistön julkaisemattomissa).

¹¹⁸ Ks. Jäämistö marraskuu 1887 – maaliskuu 1888 11[238]: ”Abschaffung der ‘Strafe’. Der ‘Ausgleich’ an Stelle aller Gewaltmittel”. FW 321, Jäämistö kevät 1883 16[17], Gschwend 1999 s. 294–296, vrt. kuitenkin Gschwend 1999 s. 301–326: rankaisemisen kriitikistään huolimatta Nietzsche ei vastusta pakkokeinojen käyttöä, kun niitä käytetään yhteiskunnallisten olojen ylläpitämiseen. Nietzschen kritiikin pääpaino kohdistuu rangaistuksista aiheutuvaan halveksuntaan, kaunaan ja stigmaan, esim. Z: Vom bleichen Verbrecher:

Terveysten hoitamisesta – On tuskin ehditty alkaa pohtia rikollisen fysiologiaa ja jo ollaan torjumattoman havainnon edessä, että rikollisen ja mielenvikaisen välillä ei ole olennaista eroa: edellyttäen että tavallisten moraalisten ajattelutapojen uskotaan olevan henkisesti terveiden ajattelutapoja. [– –] Hänelle tulee selvästi esittää mahdollisuus ja keinot tervehtymiseen (tuon vaiston hävittäminen, muuntaminen, sublimoiminen), myös pahimmassa tapauksessa tervehtymisen epätodennäköisyys; parantumattomalle rikolliselle, joka on tullut itselleenkin kauhistukseksi, tulee tarjota mahdollisuus itsemurhaan. Tämä säästettynä viimesijaiseksi helpotuskeinoksi; ei tule lyödä mitään laimin, jotta rikollinen saa palautettua hyvän mielialan ja luonteen vapauden; omatunnontuskat tulee pyyhkiä hänen sielustaan kuin epäpuhtaudet ja osoittaa, kuinka hän voi hyvittää ja voittaa vahingon, jonka hän yhdelle on aiheuttanut, toiselle ja ehkä jopa koko yhteisölle tehtävällä hyvällä teolla. Kaikki mitä suurimmassa laupeudessa! Kuinka keventynyt olisikaan yleinen elämäntunto, jos usko syyllisyyteen erotettaisiin myös vanhasta kostonvaistosta ja itsessään pidettäisiin onnellisten tahdikkaana viisautena sitä, miten kristinusko siunaa vihollisensa ja tekee hyvää niille, jotka ovat meitä loukanneet! Hävittäkäämme synnin käsite maailmasta – ja lähettäkäämme rangaistuksen käsite pian sen perässä!¹¹⁹

Uusi varovaisuus – Älkäämme enää ajatelko niin paljon rankaisemista, moittimista ja parantamista! Yksilöä saamme harvoin muutettua ja jos se meiltä onnistuisikin, niin on ehkä näkemättä myös saavutettu jotain: *me* olemme muuttuneet hänen ansiostaan! Huolehtikaamme ennemminkin, että meidän oma vaikutuksemme *kaikkeen tulevaan* tasa-painottaa ja ylittää hänen vaikutuksensa! Älkäämme käykö suoraan taisteluun – ja sitä on myös kaikki moittiminen, rankaiseminen ja parantamisenhalu. Vaan kohottakaamme itsemme vielä korkeammalle! Anta-kaamme esikuvallamme yhä loistavimmat värit! Himmentäkäämme toinen omalla valollamme! Ei! Me emme halua hänen takiaan itse tulla *pimeämmiksi*, kuten kaikki rankaisijat ja tyytymättömät! Astukaamme mieluummin sivuun! Kääntäkäämme katsemme pois!¹²⁰

”Tappamisenne, tuomarit, pitää olla sääliä eikä kostoja. Ja sikäli kuin tapatte, nähkää se niin, että juuri te annatte oikeutuksen elämälle!” Toisaalta jotkin hänen ehdotuksensa vaikuttavat sellaisenaan täysin epärealistisilta, ks. esim M 187: ”Aus einer möglichen Zukunft. – Ist ein Zustand undenkbar, wo der Übelthäter sich selber zur Anzeige bringt, sich selber seine Strafe öffentlich dictirt, im stolzen Gefühle, dass er so das Gesetz ehrt, das er selber gemacht hat, dass er seine Macht ausübt, indem er sich straft, die Macht des Gesetzgebers [– –].”

¹¹⁹ M 202.

¹²⁰ FW 321.

7 LOPUKSI

Paradoksaalisesti vaikka Nietzscheä pidetään epä- tai antipoliittisena ajattelijana (ks. johdanto), hänen oikeutta ja etenkin rikosoikeutta käsittelevät kuvauksensa sisältävät sinänsä poliittisia kannanottoja. Nietzsche ei myöskään erota oikeutta politiikasta eikä olemista (Sein) pitämisestä (Sollen). Hän ei hyväksy luonnonoikeutta, eikä johda oikeutta minkään suvereenin tahdosta. Huomionarvioista on, että lait ovat Nietzscheille lähinnä valtion ja hallitsijan mahtikäskyjä, eli siis tavallaan tahtoon liittyviä ilmiöitä, kun taas oikeus perustuu sopimukseen. Tämä herättää kysymyksen, eivätkö lait ole osa oikeutta. Toki voitaisiin ajatella, että demokratiassa puolueet edustavat yhteiskunnan valtasuhteita, ja niiden sopimukset ilmenevät lakeina. Tämä ajatuskulku irtautuu kuitenkin liikaa Nietzsche omista ajatuksista – Nietzschehän suhtautui demokratiaan lähinnä vihamielisesti.¹²¹ Ehkä kyseisiä aforismeja ei tule tulkita niinkään sanatarkasti, vaan katsoa, että Nietzsche halusi painottaa oikeuden olevan aina tiettyjen ryhmittymien valtasuhteiden tasapainottamisintressin lopputulos. Jos toinen on heikko, tämä voidaan alistaa, eikä tälle ole tarpeen myöntää oikeuksia. Nietzsche toteaa, että lainsäätäminen on ylivalan imperatiivinen julistus siitä, mikä *sen näkökulmasta* on oikein ja väärin.¹²² Tämä näyttäisi johtavan päätelmään, että oikeudet ovat yhtä vahvojen osapuolten välinen sopimus, joka valtatasapainon vuoksi velvoittaa osapuolia, kun taas lait ovat vallassa olevien pakkovaltaa alaisia kohtaan.

Nietzschen oikeuden syntyteoria on tavallaan muunnos yhteiskuntasopimusajattelusta, jossa pääelementtinä oikeuksien syntymiselle ihmisyhteisössä on asetettu valtatasapainon aiheuttama pattitilanne. Ihmisten on täytynyt turvautua oikeuksiin tilanteessa, jossa raaka voima ei enää ole ratkaissut kiistaa. Huomionarvioista siis on, että oikeus syntyy intressiristiriidoista, mutta ensisijainen ratkaisutapa näihin ristiriitoihin on voima ja pakko. Oikeus syntyy, kun näitä ristiriitoja ei voida ratkaista pakolla. Tämä selitystapa ei sinänsä vielä vastaa kysymykseen, mikä on oikeudenmukais-ta toimintaa tai miksi jonkin yhteisön lait ovat tietynlaisia, vaan se kertoo

¹²¹ Ajatelmaa voisi toki vielä soveltaa siten, että vallassa oleva hallitsija pitää asemansa aina jossain määrin jonkin yhteiskuntaluokan tai ryhmän hyväksynnällä, jolloin hallitsevien ja näiden tukijoiden välillä vallitsee sopimus (esim. kuningas ja aatelisto) ja siten vastavuoroisia oikeuksia ja velvollisuuksia. Nietzschehän näki myös yksilön suhteen yhteisöön velallisen ja velkojan suhteena. Siten lait valtion sisäisenä puhtaana pakkovaltana koskisivat lähinnä valtaeliittin kuulumattomia. Tämä ajatelma ei välttämättä olisi ristiriidassa Nietzsche aristokraattiseksi radikalismiksi kutsutun ajattelun kanssa, mutta sille ei nähdäkseni löydy suoraa tukea hänen kirjoituksistaan.

¹²² GM II 11.

vain miten oikeus on saanut alkunsa. Vastausta jonkin yhteisön lakien sisältöön on haettava yhteisössä vallinneista tavoista ja perinteistä. Näiden perinteiden avulla yhteisön jäsenien intressit on alistettu yhteiselle hyvälle.

Nietzschen ajatus oikeudenmukaisuudesta on käsitettävissä ensinnäkin *suum cuique* -periaatteen ilmentymänä. Toiseksi se ilmenee vakaumusten vastustajana. Oikeudenmukaisuus vaatii tuomaria tunnustamaan, ettei ole yhtä oikeaa vakaumusta, vaan lukemattomia näkökulmia, joita voidaan perustella mitä erinäisimmin tavoin. Tämä on osa Nietzschen perspektivismiä, eli ajatusta, ettei ole olemassa yhtä totuutta, vain lukemattomia subjektivisia näkökulmia. Jokainen yksilö näkee maailman omalla tavallaan. Oikeudenmukainen tuomari tunnustaa tämän ja pyrkii arvioimaan jutun ”faktoja” sen valossa ja ideaalisesti jopa omaksumaan kaikki mahdolliset näkökulmat. Koska tämä on inhimillisesti mahdotonta, on oikeudenmukaisen tuomarin pyrittävä arvioimaan ratkaisua mahdollisimman vapaana kaikista vakaumuksista, jotta hän voi ratkaista ”mitä kukin ansaitsee”. Oikeudellisesti tämä lähenee toteamusta, ettei voi olla olemassa ”yhtä ainoa oikeaa ratkaisua”. Samaa perspektivismiä ilmentää ajatus, että mitä enemmän tuomari ymmärtää syytettynä olevan motiiveja ja taustaa, eli syytetyt näkökulmaa, sitä armollisemmaksi hän Nietzschen mukaan tulee. Oikeudenmukaisuusperiaatteensa nojalla Nietzsche myös vastusti ihmisten rankaisemista vain hyödyllisyysperusteella ja muiden pelottamiseksi pois rikoksista. Tällöin henkilö ei saa ”sitä mitä hänelle kuuluu”. Jokaiselle omansa -periaate ei kuitenkaan tarkoita, että kaikkien tulisi saada yhtä paljon tai yhtä lailla. Nietzsche itse totesi ”eriarvoisille eriarvoisesti”. Tämä epätasa-arvon hyväksyvä osa on Nietzschen oikeusajattelussa ongelmallinen, etenkin nykyajan mittapuulla.¹²³

Koska Nietzsche ei koskaan käsitellyt oikeutta erillään ja itsenäisenä teemana, on hänen kuvauksensa ja kritiikkensä yhdistettävä hänen laajemmin käsittelemiinsä teemoihin, kuten rikosoikeuden kritiikki tahdonvapauden kritiikkiin, oikeudenmukaisuuden kuvaus perspektivismiin jne. Kauden vastustaminen on yksi Nietzschen filosofian pääteemoja, ja se tulee esille hänen rikosoikeuden kritiikissään. Inhimilliselle elämälle on tuhoisaa sokeasti katua ja katsoa taaksepäin – parempi hyväksyä tekonsa ja kantaa niiden seuraukset. Vaikka Nietzsche puhuikin täydellisestä vastuuttomuudesta, hän myös painottaa yksilön autonomisuutta ja siitä seuraavaa vastuuta, mutta hänen ajatustaan yksilön itsensä täydellisesti toteuttamasta vastuullisuudesta voi pitää käytännössä mahdottomana toteuttaa.¹²⁴ Lisäksi

¹²³ Ks. alav 32. GD – Streifzüge eines Unzeitgemässen 48: ”Samanarvoisille samanarvoisesti, eriarvoisille eriarvoisesti – se olisi oikeudenmukaisuuden todellista puhetta.”

¹²⁴ *Wisser* 1972 s.156: ”Nietzsche lehrt nicht die Verantwortungslosigkeit. Er lehrt nicht,

vaikka tarkastelisi hänen rikosoikeuskritiikkiään tahdonvapauskritiikin juonteena, on ajatus autonomisesta vastuullisuudesta sekä täydellisestä vastuuttomuudesta esivaltaa kohtaan, jos ei paradoksaalinen, niin ainakin epärealistinen. On toki otettava huomioon Nietzschen aforistinen tyyli; aforismihan on ajatelma. Ajatelmissa ristiriitaisuus ei ole niinkään ongelma, kunhan kunkin aforismin ydinajatus on havaittavissa. Nietzsche provosoi ja kärjistää asioita tahallaan. Tämän johdosta häntä on usein, tahallisestikin, väärinymmärretty.¹²⁵ Nietzschen ajattelua voi ja tulee toki perustellusti kritisoida. Hän tyypistää asiat valta-ajatteluun, vastusti demokratiaa sekä modernia ajatusta kaikille kuuluvasta tasa-arvosta. Näiltä osin hän istuu huonosti nykyaikaiseen oikeusajatteluun. Systematiikan puute Nietzschen kirjoituksissa ja hänen keskittymisensä lähinnä kritiikkiin tekee hänestä haastavan, muttei yhtään vähemmän mielenkiintoisen, kohteen oikeustieteellisessä tutkimuksessa.¹²⁶

dass jeder tun und lassen könne, was ihm beliebt. Nietzsche lehrt vielmehr die Unverantwortlichkeit für das, was ist und was geschieht, lehrt, dass unser Tun und Lassen nicht von uns abhängt.”

¹²⁵ Usein käytetty esimerkki on kansallissosialistien harrastama tulkintaoppi, joka oli pääasiassa tarkoitushakuista ja usein vääristelevää, kts. esim. *Gschwend* 1999 s.322–326, *Kaufmann* 1982 s.8, 14, 331–358, *Yablon* 2008 s.101–117.

¹²⁶ *Dolan* 2008 s.180: ”Academics commonly regard Nietzsche as a cult figure [...] but academic philosophy merely sacrifices to different gods.” Kuriositeettina vielä mainittakoon, että Nietzsche on toki ohimennen mainittu oikeuskäytännössäkin, kts. Harper v. Virginia Department of Taxation, tuomari Scalian lausunto: ”The conception of the judicial role that [John Marshall] possessed, and that was shared by succeeding generations of American judges until very recent times, took it to be ”the province and duty of the judicial department to say what the law is”, *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 177 (1803) (emphasis added)--not what the law shall be. That original and enduring American perception of the judicial role sprang not from the philosophy of Nietzsche but from the jurisprudence of Blackstone [...]”

LÄHTEET

- Berkowitz, Roger*: Friedrich Nietzsche, the code of Manu and the art of legislation. Teoksessa Francis J. Mootz III – Peter Goodrich (eds), *Nietzsche and Law*, s. 183–203. Padstow 2008.
- Bung, Jochen*: Nietzsche über Strafe. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 119 Heft 1 2007 s. 120–136.
- Colli, Giorgio*: Nietzschen jälkeen. Miten tullaan filosofiksi. Niin & näin 2008.
- Dolan, Frederick M*: Nietzsche's gnosis of law. Teoksessa Francis J. Mootz III – Peter Goodrich (eds), *Nietzsche and Law*, s. 172–181, Padstow 2008.
- Freitag, Cyril*: Je mächtiger, desto menschlicher. Zum Verhältnis von Recht und Macht bei Nietzsche. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 6/2010 s. 418–427.
- Gearey, Adam*: We fearless ones: Nietzsche and critical legal studies. Teoksessa Francis J. Mootz III – Peter Goodrich (eds), *Nietzsche and Law*, s. 291–308, Padstow 2008.
- Gerhardt, Volker*: Macht und Metaphysik. Nietzsches Machtbegriff im Wandel der Interpretation. *Nietzsche Studien* Band 10 s. 193–221. 1982.
- Gerhardt, Volker*: Das Prinzip des Gleichgewichts. Zum Verhältnis von Recht und Macht bei Nietzsche. Teoksessa Gerhardt, Volker, *Pathos und Distanz: Studien zur Philosophie Friedrich Nietzsches*. Stuttgart 1988.
- Gerhardt, Volker*: Die Perspektive des Perspektivismus. *Nietzsche Studien* Band 18 s. 260–281. 1989.
- Goodrich, Peter – Valverde, Mariana*: Nietzsche and Legal theory: Half-written laws. Taylor & Francis Group 2005.
- Gschwend, Lukas*: Nietzsche und die Kriminalwissenschaften. Eine rechtshistorische Untersuchung der strafrechtsphilosophischen und kriminologischen Aspekte in Nietzsches Werk unter besonderer Berücksichtigung der Nietzsche-Rezeption in der deutschen Rechtswissenschaft. Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich 1999.
- Harper v. Virginia Department of Taxation
- Jaspers, Karl*: Nietzsche. Einführung in das Verständnis seines Philosophierens. Berlin und Leipzig 1936.
- Karabadjakov, Christo*: Die Überschreitung als ethisches Programm. Entpolitisierende und apolitische Lesarten der Philosophie Nietzsches. Teoksessa Hans-Martin Schönherr-Mann (Hrsg.), *Der Wille zur Macht und die "große Politik"*. Friedrich Nietzsches Staatsverständnis, s. 131–151. Nomos. Baden-Baden 2010.
- Kaufmann, Walter*: Nietzsche. Philosoph – Psychologe – Antichrist. Darmstadt 1982.
- Kerger, Henry*: Autorität und Recht im Denken Nietzsches. Duncker & Humblot. Berlin 1988.
- Kerger Henry*: Normativität und Positivität des Rechts versus Vernunftrecht und Moral im Denken Nietzsches. Teoksessa Hans-Martin Schönherr-Mann (Hrsg.): *Der Wille zur Macht und die "große Politik"*. Friedrich Nietzsches Staatsverständnis, s. 189–210. Nomos. Baden-Baden 2010.

- Knodt, Reinhardt*: Die Staat, die Arbeit und der Genius. Teoksessa Hans-Martin Schönherr-Mann (Hrsg.), Der Wille zur Macht und die „große Politik.“ Friedrich Nietzsches Staatsverständnis, s. 19–34. Nomos. Baden-Baden 2010.
- Knoll, Manuel*: Nietzsches ”aristokratischer Radikalismus, seine Konzeption des Menschen, der Verteilungsgerechtigkeit und des Staates- Teoksessa *Hans-Martin Schönherr-Mann* (Hrsg.): Der Wille zur Macht und die ”große Politik”. Friedrich Nietzsches Staatsverständnis, s. 35–68. Nomos. Baden-Baden 2010.
- Kunnas, Tarmo*: Nietzsche – Zarathustran varjo. Keuruu 1981.
- Kunnas, Tarmo*: Politik als Prostitution des Geistes. Eine Studie über das Politische in Nietzsches Werken. Edition Wissenschaft & Literatur. München 1982.
- Kunnas, Tarmo*: Nietzsche als Rechtsphilosoph. Oikeustiede–Jurisprudentia XVI:1983 s. 103–110.
- Linarelli, John*: Nietzsche in Law’s Cathedral: Beyond reason and postmodernism. Teoksessa Francis J. Mootz III – Peter Goodrich (eds), Nietzsche and Law, s. 237–272. Padstow 2008.
- Löhr, Michael*: Jenseits von Moderne und Postmoderne. Der Konflikt zwischen Individuum und Allgemeinheit bei Georg Simmel und Friedrich Nietzsche. Teoksessa Hans-Martin Schönherr-Mann (Hrsg.): Der Wille zur Macht und die ”große Politik”. Friedrich Nietzsches Staatsverständnis, s. 101–130. Nomos. Baden-Baden 2010.
- Nietzsche, Friedrich*: Also sprach Zarathustra. Ein Buch für Alle und Keinen. Anaconda Verlag Köln 2012 sekä käännös Näin puhui Zarathustra, suom. Jari Tammi, Jyväskylä 2008. (Viittauksissa Z.)
- Der Antichrist. Fluch auf das Christentum. Teoksessa Giorgio Colli – Mazzino Montinari (Hrsg), Sämtliche Werke, Kritische Studienausgabe 6, 10. Auflage 2011. München. (Viittauksissa AC, suomeksi Antikristus.)
- Ecce Homo. Wie man wird, was man ist. Teoksessa Giorgio Colli – Mazzino Montinari (Hrsg.), Sämtliche Werke, Kritische Studienausgabe 6, 10. Auflage 2011. München. (Viittauksissa EH.)
- Die Fröhliche Wissenschaft. Anaconda Verlag Köln 2009 sekä käännös Iloinen tiede, suom. J. A. Hollo. Keuruu 2009. (Viittauksissa FW.)
- Fünf Vorreden. Der griechische Staat. KSA 1. Teoksessa Giorgio Colli – Mazzino Montinari (Hrsg.), Sämtliche Werke, Kritische Studienausgabe (KSA) 1, 9. Auflage 2012. München. (Suom. Viisi esipuhetta viiteen kirjoittamattomaan kirjaan: Kreikkalainen valtio.)
- Götzen-Dämmerung, oder wie man mit dem Hammer philosophiert. Teoksessa Giorgio Colli – Mazzino Montinari (Hrsg.): Sämtliche Werke, Kritische Studienausgabe 6, 10. Auflage 2011. München. (Viittauksissa GD, suom. Epäjumalten hämärä.)
- Jenseits von Gut und Böse. Vorspiel einer Philosophie der Zukunft. Teoksessa Giorgio Colli – Mazzino Montinari (Hrsg), Sämtliche Werke, Kritische Studienausgabe 5, 11. Auflage 2010. München. (Viittauksissa JGB, suom. Hyvän ja pahan tuolla puolen.)
- Menschliches, Allzumenschliches. Ein Buch für freie Geister. I-Band Anaconda Verlag. Köln 2012. (Viittauksissa MA I, suom. Inhimillistä, aivan liian inhimillistä.)
- Menschliches, Allzumenschliches. Ein Buch für freie Geister. II-Band. Anaconda Verlag. Köln 2012. (Viittauksissa MA II, suom. Inhimillistä, aivan liian inhimillistä.)

- Morgenröte. Gedanken über die moralischen Vorurteile. Anaconda Verlag. Köln 2011. (Viittauksissa M, suom. Aamurusko.)
- Nachgelassene Fragmente (Jäämistö), jonka viittauksissa merkitään: Jäämistö, vuosi, vuodenaika, ryhmänumero (aforisminumero) esim. Jäämistö 1883 kesä 8[9]. Käytetyt tekstit haettu Nietzsche Source-sivustolta (<http://www.nietzschesource.org/>), jonka tekstit perustuvat Giorgio Collin ja Mazzino Montinarin Kritische Studienausgabe -sarjaan. Tarkistettu 1.2.2016.
- Unzeitgemäße Betrachtungen II-Stück: Vom Nutzen und Nachteil der Historie für das Leben. Teoksessa Giorgio Colli – Mazzino Montinari (Hrsg.), Sämtliche Werke, Kritische Studienausgabe 1, 9. Auflage 2012. München. (Viittauksissa UB II, suom. Epäajanmukaisia mietelmiä.)
- Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift. Teoksessa Giorgio Colli – Mazzino Montinari (Hrsg.): Sämtliche Werke, Kritische Studienausgabe 5, 11. Auflage 2010. München. (Viittauksissa GM suom. Moraalin alkuperästä.)
- Nonet, Philippe*: What is Positive Law? Teoksessa Francis J. Mootz III – Peter Goodrich (eds), Nietzsche and Law, s. 3–35, Padstow 2008.
- Petersen, Jens*: Nietzsches Genialität der Gerechtigkeit. De Gruyter Recht. Berlin 2008.
- Siemens, H. W.*: Agonal Communities of Taste: Law and Community in Nietzsche's philosophy of transvaluation. Teoksessa Francis J. Mootz III – Peter Goodrich (eds), Nietzsche and Law, s. 309–338. Padstow 2008.
- Straube, Sascha*: Zum gemeinsamen Ursprung von Recht, Gerechtigkeit und Strafe in der Philosophie Friedrich Nietzsches. Duncker & Humblot. Berlin 2012.
- Yablon, Charles M.*: Nietzsche and the Nazis: the impact of National Socialism on the philosophy of Nietzsche. Teoksessa Francis J. Mootz III – Peter Goodrich (eds): Nietzsche and Law, s. 101–117. Padstow 2008. (Yablon 2008)
- Yang, Dae-Jong*: Die Problematik des Begriffs der Gerechtigkeit in der Philosophie von Friedrich Nietzsche. Duncker & Humblot. Berlin 2005. (Yang 2005)
- Yang, Dae-Jong*: Auf der Suche nach Gerechtigkeit: Nietzsches Lebensprojekt. Teoksessa Hans-Martin Schönherr-Mann (Hrsg.), der Wille zur Macht und die "große Politik". Friedrich Nietzsches Staatsverständnis, s. 169–188. Nomos. Baden-Baden 2010.
- Valverde, Mariana*: Pain, Memory and the Creation of the Liberal Legal Subject. Teoksessa Peter Goodrich – Mariana Valverde: Nietzsche and Legal Theory, s. 67–88. London and New York 2005.
- Widder, Nathan*: The Relevance of Nietzsche to Democratic Theory: Micropolitics and Affirmation of Difference. Teoksessa Francis J. Mootz III – Peter Goodrich (eds), Nietzsche and Law, s. 77–100. Padstow 2008.
- Wisser, Richard*: Nietzsches Lehre von der völligen Unverantwortlichkeit und Unschuld jedermannes. Nietzsche Studien Band 1 1972, s. 147–172.
- Wolf, Jean-Claude*: Nietzsches Begriff der Macht. Teoksessa Kurt Seelmann (Hrsg.), Nietzsche und das Recht. ARSP Beiheft Nr. 77 s. 203–219. Franz Steiner Verlag. Stuttgart 2001.

LYHENTEET

Nietzschen teoksista käytetyt lyhenteet (saksaksi / suomeksi). Tässä tekstissä noudatetaan Nietzsche-viittausten osalta saksalaisessa kirjallisuudessa yleisesti käytettyä tapaa, eli Nietzschen teoksen nimi merkitään kirjainmerkillä (esim. MA), sen jälkeen kirjan mahdollinen osa ja luku (esim. MA II 2.) ja lopuksi viittauksen kohteena olevan aforismin numero (MA II 2. 38, eli Menschliches, Allzumenschliches, osa II, luku 2 aforismi 38).

AC	Der Antichrist / Antikristus
EH	Ecce Homo
FW	Die Fröhliche Wissenschaft / Iloinen tiede
GD	Götzen-Dämmerung / Epäjumalten hämärä
GM	Zur Genealogie der Moral / Moraalin alkuperästä
JGB	Jenseits von Gut und Böse / Hyvän ja pahan tuolla puolen
M	Morgenröte / Aamurusko
MA	Menschliches, Allzumenschliches / Inhimillistä, aivan liian inhimillistä
UB II	Unzeitgemäße Betrachtungen II / Epäajanmukaisia mieltelmiä II
Z	Also sprach Zarathustra / Näin puhui Zarathustra

NIETZSCHE AND LAW: SOCIAL CONTRACT, RULE BY FORCE OR ABSOLUTION?

Friedrich Nietzsche (1844–1900) is mostly known as a philosopher and a prominent culture figure. He is less well known for his thoughts on law or jurisprudence. Nevertheless, along with other numerous themes, such as philosophy, music and education, Nietzsche did also write some remarks about law and legal philosophy. And there has been an increasing amount of research dedicated to studying the legal aspects of Nietzsche's thinking, especially in Germany. This article seeks to give a general presentation about the main themes and ideas of Nietzsche's legal thought and also shed some light into Nietzsche-studies. Most of the themes discussed in this article are linked to the more major themes in Nietzsche's philosophy, such as the will to power, perspectivism and critique of morality.

This article is divided into seven chapters. After the introduction, the second chapter deals with Nietzsche's thoughts on law and justice. The concept of law in Nietzsche's thought is described in a genealogical way. This means that the intention is to find an explanation for how law develops in a society. Nietzsche's concept of justice is discussed, along with its links to perspectivism and the concepts of revenge and *ressentiment*. The third chapter seeks to illuminate the connection between the concepts of tradition, morals and law in Nietzsche's thought. The chapter consists of an analysis of Nietzsche's concept of tradition and after this, an interpretation of his concept of *Sittlichkeit der Sitte*. After that, the next three chapters focus on Nietzsche's thoughts on criminal law. The fourth chapter discusses Nietzsche's genealogy of punishment, with its various historical forms and the fifth chapter is about the function and the purpose of punishment. Lastly, the sixth chapter deals with Nietzsche's criticism of criminal law and punishment. Attention is also given to his views on how to improve or modify the (contemporary) criminal law practice.

Nietzsche himself never wrote a whole work or even a chapter wholly dedicated to the philosophy of law. Most of his views have to be pieced together from various aphorisms scattered in his numerous works. Nietzsche also never devised, or sought to devise, a system. This makes it challenging to decipher which aphorisms are meant to be read literally and which ones are meant as satire or metaphors. Still, it is possible to find certain themes and concepts that run throughout Nietzsche's texts. Such concepts could be summed together into the notions of *contract, equilibrium and power*. In this study these concepts are seen as being central to Nietzsche's thoughts on law and therefore they are discussed throughout

each chapter. The study also seeks to discuss how Nietzsche's thoughts on law are linked to the concept of social contract, or whether they are closer to a "rule by force"-type of thinking. These are also linked to Nietzsche's somewhat paradoxical concept of absolution (or mercy) in justice and criminal law. It is also interesting to note that Nietzsche uses a lot of terminology that is similar to that in the law of contracts or obligations (in civil law terms) and it has been suggested that Nietzsche was also influenced by certain civil law dogmas of his time.

Marja Luukkonen

**TUTUSTU, YMMÄRRÄ JA PÄÄTÄ –
SIJOITTAJAN SELONOTTO-
VELVOLLISUUS
OIKEUS- JA KÄYTTÄYTYMIS-
TALOUSTIETEELLISESTÄ
NÄKÖKULMASTA**

Sisällys

1	ALUKSI	117
2	MIKSI SELONOTTOVELVOLLISUUS ON KIINNOSTAVA?	121
2.1	Tuotevalikoima on laaja.....	121
2.2	Tuotteen tarjoajan tiedonantovelvollisuuksista lyhyesti	124
2.2.1	Tiedonantovelvollisuus arvopaperituotteissa.....	124
2.2.2	Tiedonantovelvollisuus vakuutus tuotteissa	126
2.3	Tietoa on saatavilla – riittääkö se?	130
3	MITEN SIJOITTAJA TOIMII?	134
3.1	Käyttätymistaloustieteestä evoluutiopsykologiaan.....	134
3.2	Vinomat, ylioptimismi, yliluottamus	135
3.3	Tuleeko lainsäätäjän puuttua sijoittajien käyttäytymiseen?.....	139
4	SIJOITTAJAN SELONOTTOVELVOLLISUUS – MITÄ SE TARKOITTA?.....	141
4.1	Mihin selonottovelvollisuus kohdistuu?	141
4.1.1	Tiedonantovelvollisuuden toteuttaminen kirjallisesti.....	144
4.1.2	Tiedonannon puutteellisuus tai ristiriitaisuus.....	145
4.1.3	Tiedonannon virheellisyys ja harhaanjohtavuus	148
4.1.4	Yllättävien ja ankarien vakioehtojen korostamis- velvollisuus.....	153
4.2	Ajallisuus	155
4.3	Näytöstä	158
4.4	Sijoittajan yksilölliset ominaisuudet vaikuttavat selonottovelvollisuuteen	160
5	KÄYTTÄYTYMISTIETEIDEN HUOMIOONOTTAMINEN FINANSSIMARKKINOILLA?	164
6	LOPUKSI	169
	LÄHTEET	172
	LYHENTEET	179
	OIKEUS- JA LAUTAKUNTAKÄYTÄNTÖ	179
	READ, UNDERSTAND AND DECIDE – INVESTOR’S DUE DILIGENCE DUTY	181

Tutustu, ymmärrä ja päätä – Sijoittajan selonottovelvollisuus oikeus- ja käyttäytymistaloustieteellisestä näkökulmasta

1 ALUKSI

”An investment in knowledge pays the best interest” on yhdysvaltalainen kirjailija, tiedemies ja diplomaatti *Benjamin Franklin* taannoin todennut. Sanoma- ja aikakauslehdissä, internetin keskustelupalstoilla ja sijoituspalveluja tarjoavien yritysten mainoksissa on paljon sijoitusvinkkejä. Sijoitustuotteiden kirjo on laaja, ja jokaiselle sijoittamisesta kiinnostuneelle löytyy runsaasti valinnanvaraa sijoituskohteiden osalta. Tietoa on paljon saatavilla yleisesti, ja ennen sijoituspäätöksen tekemistä tuotteen tarjoajan on annettava erityisesti vakuutuslupajalle ja ei-ammattimaiselle arvopaperisijoittajalle laajasti informaatiota sijoitustuotteesta. Toisaalta voidaan pohtia sitä, riittääkö tieto ja ammattitaito sijoittamiseen: olemme voineet lukea, kuinka Orlando-kissa on voittanut ammattisijoittajat mennessä tullen sijoituskilpailussa.¹

Joka tapauksessa sijoittajaa suojataan arvopaperi- ja vakuutusmarkkinoilla tehokkaasti.² Euroopan unionin tavoitteena rahoitusmarkkinalainsäädännön harmonisoinnissa on luoda mahdollisimman korkeatasoinen sijoittajansuoja.³ Yleisesti ottaen arvopaperimarkkinasääntelyn tarkoituk-

* *Marja Luukkonen*, OTM, KTK, velvoiteoikeuden tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto

¹ *The Guardian*, *Mark King*: Investments: “Orlando is the cat’s whiskers of stock picking”, julkaistu 13.1.2013. Artikkelin osoitteessa <http://www.theguardian.com/money/2013/jan/13/investments-stock-picking/print> (viitattu 5.1.2016).

² Sijoittajan suojaamisesta on tullut nykypäivänä tärkeämpää verrattuna siihen, mitä se oli arvopaperimarkkinalakeja säädettäessä 1980- ja 90-luvun taitteessa, ks. *Astola* 1990.

³ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/65/EU, annettu 15 päivänä toukokuuta 2014, rahoitusvälineiden markkinoista sekä direktiivin 2002/92/EY ja direktiivin 2011/61/EU muuttamisesta, 3 resitaali.

sena on muun muassa suojata rahoitusmarkkinoiden⁴ toimintaa ja vakautta, alentaa transaktiokustannuksia sekä ehkäistä informaatioepäsymmetriaa markkinaosapuolten välillä.⁵ Informaatioepäsymmetria tarkoittaa taloustieteessä tilannetta, jossa transaktion yhdellä osapuolella on enemmän informaatiota kuin toisella.⁶ Tuotteen tarjoajille asetettavien tiedonantovelvoitteiden tarkoituksena on nimenomaisesti vähentää informaatioepäsymmetriaa⁷ ja suojata sijoittajaa. Euroopan unionin asettamien laajojen tiedonantovelvollisuuksien tarkoituksena on, että sijoittaja tekee informoidun päätöksen sijoitustuotteen ostamisesta.⁸ Tiedonantovelvoitteet eivät kuitenkaan auta, mikäli toinen osapuoli, sijoittaja, ei täytä omaa toimintaodustaan.

Sijoittajan suojaaminen on siis yksi tärkeä osa rahoitusmarkkinoiden sääntelyä. Sijoittajan suojaamisessa on nähtävissä kahdenlaisia tavoitteita: yksittäisen sijoittajan suojaaminen ja koko rahoitusjärjestelmän toimintaedellytysten turvaaminen.⁹ Sijoittajansuojan tavoitteena on myös pitää yllä sijoittajan luottamusta sijoitustoimintaan, jotta finanssimarkkinoiden infrastruktuuri toimisi ja pääoma siirtyisi mahdollisimman tehokkaasti ylijäämäsektorilta alijäämäsektorille.¹⁰ Näin varallisuus saadaan tehokkaaseen

⁴ Arvopaperimarkkinoiden sääntelystä ks. esim. *Parkkonen – Knuts* 2014 s. 7–13 ja markkinoiden toiminnasta *Black* 2013. Tehokkaiden markkinoiden kritiikistä, *Vahtera* 2011 s. 45–46.

⁵ Informaatiotaloustiede kiinnittää huomiota esimerkiksi informaatioepäsymmetrian korjaamisesta aiheutuviin kuluihin, jotka usein koituvat asiakkaiden maksettaviksi, *Faure – Luth* 2011 s. 339. Tämä voi pahimmassa tapauksessa johtaa negatiiviseen valikoitumiseen, sillä tiedonantovelvoitteiden lisäämisen seurauksena tuotteiden hinnat voivat nousta niin paljon, ettei kaikilla ole enää varaa ostaa jotakin tuotetta.

⁶ Yksi kuuluisimmista ja ensimmäisistä informaatioepäsymmetriaa kuvaavista ja sen tutkimusta käsittelevistä artikkeleista on *George Akerlofin* ”*The market for ”lemons”*: *Quality uncertainty and the market mechanism*”, *Akerlof* 1970.

⁷ Muun muassa informaatioepäsymmetriaa tutkivan informaatiotaloustieteen mukaan tiedonantovelvoitteet tulee asettaa sille osapuolelle, joka selviää niistä pienin kustannuksin.

⁸ Sijoittajien suojaamisen tavoitetta voidaan kuitenkin hahmotella myös toisin. Voidaan ajatella, että asymmetrinen informaatio ei aiheutakaan markkinoiden epäonnistumista, vaan epäonnistumista aiheuttaa se, että sijoittajat toimivat rajoitetun rationaalisesti (*bounded rationality*). Tällöin sijoittajansuojan tarkoituksena on, että sijoittajat eivät tee informoimatta sijoituspäätöstä, vaan harkitun sijoituspäätöksen. Rajoitetulla rationaalisuudella tarkoitetaan sitä, että ihmisen rationaalista päätöksentekoa rajoittavat saatavilla olevan informaation rajallisuus, päätöksentekijän rajalliset kognitiiviset kyvyt sekä päätöksentekoon käytettävissä oleva rajoitettu aika. Rajoitetusta rationaalisuudesta on kirjoitettu paljon. Sen oppi-isänä pidetään *Herbert Simonia*, ks. *Honkapohja* 1995 s. 209–518; *Simon* 1991 s. 125–134; *Simon* 1955 s. 99–118. Ks. myös. *Klohn* 2009 s. 440–441. *Klohn* on kritisoinut EU:n käyttämää käsitettä ”*informoitu sijoituspäätös*”.

⁹ *Leppiniemi* 2011 s. 98–120.

¹⁰ Rahoituksen siirtymisestä ylijäämämarkkinoilta alijäämämarkkinoille, ks. esim. *Knüpper – Puttonen* 2014 s. 52–54; *Alhonsuo – Nisén – Pellikka* 2009 s. 15–16. Sijoittajansuo-

käyttöön yhteiskunnassa rahoitusmarkkinoiden kautta ja kaikki osapuolet hyötyvät.

Tärkeä osa sijoittajansuojaa on sijoittajalle itselleen asetettavat vaatimukset. Monesti keskitytään vain tuotteen tarjoajien ja arvopaperien liikkeellelaskijoiden velvollisuuksiin ja vastuisiin, mutta sijoittajakaan ei voi vain rauhassa sijoittaa rahojansa perehtymättä sijoituskohteeseensa ja odottaa tuottoa; myös hänelle asetetaan velvollisuuksia. Vaikka tuotteiden tarjoajille onkin asetettu paljon vastuuta muun muassa tiedonantovelvollisuuden osalta, sijoittajan on tarpeellista antaa myös oma panoksensa sijoitusprosessissa.

Sijoittajansuojan tavoitteena voidaan sanoa olevan se, että sijoittajalla olisi käytettävissään olennaiset ja riittävät tiedot perustellun sijoituspäätöksen tekemiseen – samalla kun sijoittajalle itselleen jää kannettavaksi sijoitusriski. Keskeinen sijoittajalle asetettava toimintaodotus on sijoittajalle asetettava selonottovelvollisuus ennen sijoituspäätöksen tekemistä. Selonottovelvollisuuden voidaan katsoa olevan tuotteen tarjoajalle asetettavan tiedonantovelvollisuuden vastapari. Selonottovelvollisuuteen liittyy myös mielenkiintoinen näkökulma sijoittajan tosiasiallisesta käyttäytymisestä. Sijoittajalle annetaan runsaasti tietoa sijoituksesta, mutta tutustuuko sijoittaja tosiasiaassa annettuun tietoon ja hyödyntääkö hän sitä päätöksenteossaan? *Takaako oman ajan sijoitus tietoon parhaimman koron?*

Tässä artikkelissa käsitellään sijoittajan selonottovelvollisuuden sisältöä ja ulottuvuutta sijoitusneuvontatilanteissa. Tutkimuksessa tarkastellaan sitä, millaista selonottovelvollisuutta Suomessa edellytetään sijoittajalta ja onko sijoittajan tosiasiallisella käyttäytymisellä väliä arvioitaessa eri osapuolten velvoitteiden jakautumista.

Sijoitustuotteella tarkoitetaan yleisesti tuotetta, johon tai jonka avulla sijoittaja sijoittaa pääomaa tarkoituksenaan saada pääomalleen tuottoa.¹¹ *Sijoituspalvelulla* tarkoitetaan sijoituspalvelulain (14.12.2012/747, jäljempänä myös SPL) 1 luvun 11 §:n mukaisesti muun muassa sijoitusneuvontaa.¹² *Sijoitusneuvonnalla* tarkoitetaan vuorostaan yksilöllisen suosituksen

jasta yleisesti *Korling* 2010 s. 65–77; *K. Hoppu* 2004 s. 34–38.

¹¹ Se, että sijoittajalla on tarkoituksena saada sijoittamalleen pääomalle tuottoa, ei tarkoita sitä, että hän välttämättä tätä tuottoa tosiasiaassa saisi. Sijoittamiseen liittyy lähes aina riski ja rahoitusteoreettisesti sanotaankin, että sijoittamisessa tuotto ja riski kulkevat käsi kädessä. Sijoitustuotteina voidaan mainita esimerkiksi säästötilit (tuotto etukäteen sovitun), määräaikaistalletukset (tuotto etukäteen sovitun tai riippuvainen sovitun kohde-etuuden tuotosta), pörssiosakkeet, sijoitusrahastot, sijoitussidonnaiset vakuutukset, joukkovelkakirjalainat sekä erilaiset johdannaisinstrumentit (kuten optiot, termiinit ja futuurit).

¹² SPL 1 luvun 11 §:n mukaan sijoituspalveluja ovat sijoitusneuvonnan lisäksi myös toimeksiantojen välittäminen, toimeksiantojen toteuttaminen, kaupankäynti omaan lukuun,

antamista asiakkaalle tiettyä rahoitusvälinettä koskevaksi liiketoimeksi (SPL 1 luvun 11 § 5 kohta).¹³ Todettakoon, että sijoitusvakuutusten myyntitilanteet eivät ole sijoitusneuvontaa.

Selonottovelvollisuuden tarkastelu kohdistuu ajankohtaan ennen kuin sijoittaja on tehnyt sijoituspäätöksen. Artikkelissa käsitellään sijoitustuotteina sekä arvopaperi-¹⁴ että vakuutustuotteita¹⁵. On huomattava, että arvopaperi- ja vakuutustuotteita koskevat eri lait eikä esimerkiksi vakuutusten myynnissä tehdä luokittelua ei-ammattimaiseen ja ammattimaiseen asiakkaaseen.

Artikkelissa selonottovelvollisuutta pohditaan myös käyttäytymistaloustieteellisestä näkökulmasta ja sen suhdetta tuotteen tarjoajan tiedonantovelvollisuuteen. Tutkimussuuntausta voidaan kuvata myös käyttäytymispainotteiseksi oikeustaloustieteeksi, sillä tutkimuksessa tarkastellaan voimassa olevien normien tehokkuutta psykologisesta näkökulmasta.¹⁶

Aiheen ulkopuolelle on rajattu sijoittajan *tietämisvelvollisuus*¹⁷. Tutkimuksessa ei oteta kantaa siihen, tulisiko yhteiskunnassa ylipäänsä puuttua

omaisuudenhoito, liikkeeseenlaskun takaaminen, liikkeeseenlaskun järjestäminen sekä monikeskisen kaupankäynnin järjestäminen. Tämän tutkimuksen kannalta relevantein sijoituspalvelun muoto on kuitenkin sijoitusneuvonta.

¹³ Yksinkertaisimmillaan sijoitusneuvonnassa on kyse siitä, että kun asiakas menee pankkiin, kertoo olevansa kiinnostunut sijoittamaan tietyn summan rahaa, ja pankin edustaja ja asiakas alkavat keskustella mahdollisista sijoitusvaihtoehdoista. Tämä on sijoitusneuvontaa riippumatta siitä, perikö palvelun tarjoaja neuvonnasta maksua vai ei. Konsultatiivisessa (Arvopaperilautakunta on luokitellut konsultatiivisen omaisuudenhoidon sijoitusneuvontaan, ks. esim. APL 79/2004) omaisuudenhoidossa on kyse pankin ja asiakkaan välisestä yleensä pitkäkestoisemmasta sijoituspalvelusta, jossa pankki ja asiakas ovat sopineet sijoitusneuvonnan antamisesta ja asiakas maksaa tästä korvausta pankkiin. Konsultatiivisessa omaisuudenhoidossa sijoittaja tekee kuitenkin itse sijoituspäätökset, ts. pankin sijoitusneuvoja ei tee sijoitusratkaisuja asiakkaan puolesta, vaikkakin pankki usein on velvollinen seuraamaan asiakkaan sijoitusten kehitystä. On huomattava, ettei konsultatiivinen omaisuudenhoito tarkoita samaa kuin SPL 11 §:n mukainen omaisuudenhoito, jossa sijoituspäätökset tekee asiakkaan puolesta palvelun tarjoaja. (Ks. lisää konsultatiivisesta omaisuudenhoidosta *Wuolijoki* 2009 s. 172–174.) Sijoitusneuvonnan määrittelyn suhteen haasteellisempi tilanne saattaa olla sellainen, jossa asiakkaalle on tehty hieman yleisempi tuote-esittely tai -markkinointi. Esimerkiksi juuri pankit saattavat pitää asiakkaalle tuote-esittelyiltoja, jossa he esittelevät uusia tuotteita. Mikäli tällaisessa tilanteessa asiakkaalle annetaan yksilöllinen suositus tietyn sijoitustuotteen ostamiseen tai muuhun vastaavaan, on tällainen tuote-esittely samalla sijoitusneuvontaa (ks. *Wuolijoki* 2009 s. 176). On muistettava, että jotta tällaista tuote-esittelyä sijoitusneuvontana voitaisiin edes harkita pankin puolesta, tulee esittelyn olla asiakkaiden sijoittajaprofiilin mukaista (tai ainakin tämä olisi toivottavaa, ettei tulisi suurempia ongelmia tulevaisuudessa). Ks. esim. APL 11/2010.

¹⁴ Arvopaperin määritelmästä ks. *Parkkonen – Knuts* 2014 s. 13–19.

¹⁵ Sijoitusvakuutuksista, ks. *Rantala – Kivisaari* 2014 s. 186; *Jokela – Lammi – Lohi – Silvola* 2009 s. 94; *Norio-Timonen* 2007 s. 10; *Rantala – Kivisaari* 2014 s. 186.

¹⁶ Ks. esim. *Korobkin – Ulen* 2000.

¹⁷ Sijoittajalle voidaan asettaa myös jonkinasteinen tietämisvelvollisuus, kuten laintunte-

yksilöiden oikeuksiin ja velvollisuuksiin¹⁸ ja tulisiko esimerkiksi tiedonantovelvoitteita lainkaan olla.¹⁹ Tässä artikkelissa ei myöskään käsitellä etämyyntitilanteita, joihin liittyy omat ongelmansa.²⁰

2 MIKSI SELONOTTOVELVOLLISUUS ON KIINNOSTAVA?

2.1 Tuotevalikoima on laaja

Sijoittajan tuotevalikoima on tänä päivänä valtava. Perinteisten osakesijoitusten rinnalla on vaihtoehtoina muun muassa sijoitusrahastoja, joukkovelkakirjalainoja, sijoitusvakuutuksia ja warrantteja. *Joukkovelkakirjalainat* ovat pankkien, yritysten, valtioiden, kuntien ja muiden yhteisöjen liikkeeseen laskemia lainoja.²¹ *Warrantti* puolestaan on pankin tai sijoituspalveluyrityksen asettama arvopaperi, joka kohdistuu johonkin kohde-etuuteen. Kohde-etuus on yleensä osake tai indeksi, mutta se voi myös olla esimerkiksi mikä tahansa hyödyke tai valuutta.

Sijoitusrahasto on sijoittajien omistamista rahasto-osuuksista muodostuva sijoituskohde, jonka pääoma on sijoitettu muihin rahoitusvälineisiin.²² Moni aloitteleva sijoittaja sijoittaa usein sijoitusrahastoihin. Sijoitusrahas-

misvelvollisuus, ks. esim. *K. Hoppu* 2009 s. 258–259 ja *Wuolijoki* 2009 s. 335 ja 351–356. Esimerkiksi Vakuutuslautakunnan käsityksen mukaan on yleisesti tiedossa, että taloudelliseen toimintaan ja suhdannekehitykseen liittyy aina epävarmuustekijöitä, joiden vaikutus on otettava huomioon etenkin sijoitustoiminnassa (esim. VKL 149/2009). Tietämisvelvollisuudesta vakuutusosoikeudessa on kirjoittanut jo *Vihma*, ks. *Vihma* 1945, s. 54.

¹⁸ Ns. liberalistisen sopimusoikeuden perusajatuksena oli, että sopimusosapuolet pystyvät itse parhaiten huolehtimaan omista eduistaan ja yksityisautonomia sekä sopimusvapaus johtivat tasapainoisten sopimussuhteiden syntyyn. Osapuolten katsottiin olevan yhdenvertaisia sopimusneuvotteluissa ja sopimuksen tekemisessä. Myöhemmin sopimusoikeudessa vallalle tuli ns. sosiaalinen sopimusoikeus, jonka kantavana ajatuksena oli, että sopimussuhteen heikompa osapuolta on suojattava erinäisin toimenpitein. *Wilhelmsson* 1995 s. 1–5 ja 7–16 sekä laajemmin sosiaalisesta siviilioikeudesta *Wilhelmsson* 1987.

¹⁹ Keskustelusta ks. esim. *Faure – Luth* 2011 s. 341–342.

²⁰ Ks. esim. *Wuolijoki – Hemmo* 2013, s. 720–722 ja *Lehtipuro – Luukkonen – Mäntyniemi – Raulos – Santavirta* 2010 s. 266–269.

²¹ Joukkovelkakirjoja ovat esimerkiksi perinteiset joukkovelkakirjalainat kuten obligaatiot ja debentuurit, osakesidonnaiset joukkovelkakirjalainat kuten vaihtovelkakirjalainat sekä indeksilainat, jotka ovat erilaisiin kohde-etuuksiin kuten indekseihin ja niiden yhdistelmiin sidottuja joukkovelkakirjalainoja. Perinteisten joukkovelkakirjalainojen tuotto-odotukset voivat jäädä moneen muuhun sijoitustuotteeseen verrattuna pienemmiksi, mutta vastapainona on usein vähäisempi riski.

²² Sijoitusrahastotoiminnan kehityksestä, ks. *Turtiainen* 2004 s. 5–12. Sijoitusrahaston toiminnasta, ks. *Harju – Syyrilä* 2001 s. 129–178.

to muodostuu rahasto-osuuksista²³, joita omistavat niitä ostaneet sijoittajat²⁴. Rahastoyhtiö²⁵ hoitaa sijoitusrahaston varoja, mutta ei omista sitä. Sijoitusrahastoja luokitellaan eri tavoin. Perinteisesti ne jaetaan tavallisiin sijoitusrahastoihin (UCITS-rahastot) ja erikoissijoitusrahastoihin (non-UCITS-rahastot), joissa pääoman hajautuksessa voidaan poiketa lain ja direktiivin vaatimuksista.²⁶

Varsinkin piensijoittajan kannalta vaihtoehto sijoitusrahastolle on vakuutussijoitus. Sijoitussidonnaisella vakuutuksella tarkoitetaan säästöhenki- tai eläkevakuutusta²⁷, jonka vakuutussäästön arvo on sidottu johonkin ulkoiseen instrumenttiin.²⁸ Vakuutuksen sijoitussidonnaisuus ei ole siis vakuutuslaji, vaan tuotonkertymistapa.²⁹ Vakuutusluokista annetussa laissa (18.7.2008/526) sijoitussidonnainen vakuutus määritellään ensimmäiseen henkivakuutusluokkaan kuuluvaksi henki- tai eläkevakuutukseksi³⁰ taikka toiseen henkivakuutusluokkaan kuuluvaksi avioliiton tai syntymän varalta otettavaksi vakuutukseksi³¹, joissa vakuutukseen liittyvät edut on vakuu-

²³ Rahasto-osuudella tarkoitetaan sijoitusrahastolain (29.1.1999/48, jäljempänä myös SRL) 1:2:ssä samansuuruista osuutta tai vähintään yhtä osuuden murto-osaa sijoitusrahaston tai erikoissijoitusrahaston varoista. Rahasto-osuuksien ostamista kutsutaan *merkinnäksi* ja myymistä *lunastukseksi*.

²⁴ Rahastoon sijoittanutta eli yhden tai useamman rahasto-osuuden tai sen murto-osan omistavaa henkilöä tai tahoa kutsutaan myös *rahasto-osuudenomistajaksi* (SRL 1:2 §).

²⁵ Sijoittajan ja rahastoyhtiön välisestä vahingonkorvausoikeudellisesta suhteesta, ks. *Norros* 2009 s. 335–338. Ks. myös APL 41/2008 ja APL 42/2008. Rahastoyhtiön tiedonanto- ja vahingonkorvausvelvollisuudesta oikeustaloustieteellisestä näkökulmasta, *Turtiainen* 2004. Yksi väitöskirjan loppupäätelmistä oli se, että markkinat hoitavat suurimman osan informaatiotuotannosta itse. Tiedonantovelvollisuudesta säänneltäessä julkisen vallan intressin tulisi rajoittaa enimmillään informaatiokäytännön seurantaan.

²⁶ Edellä mainitun jaottelun lisäksi sijoitusrahastoja lajitellaan myös pääoman sijoituskohteen mukaan. Tällä tavoin rahastot voidaan jaotella osake-, korko-, yhdistelmä- ja rahasto-osuusrahastoihin. Sijoitusrahastot voidaan jaotella pääoman sijoituskohteen mukaisesti myös viiteen pääryhmään. Tavallisia sijoitusrahastoja riskisempiä erikoissijoitusrahastoja ovat mm. johdannaisia käyttävät vipurahastot sekä kaikissa markkinaolosuhteissa positiiviseen tuottoon pyrkivät hedge-rahastot.

²⁷ Säästöhenkivakuutus on yleensä elämänvaravakuutus, jossa vakuutustapahtumana on vakuutetun hengissä oleminen tiettyinä hetkenä. Mikäli vakuutettu on kuollut tuona päivänä, jää vakuutussäästö kokonaisuudessaan vakuutusyhtiölle, jos vakuutukseen ei ole liitetty kuolemanvaraturvaa. Eläkevakuutus eroaa säästöhenkivakuutuksesta siinä, että vakuutuskorvaus maksetaan osissa.

²⁸ Yleisesti sijoitussidonnaisista vakuutuksista, ks. esim. *Jokela – Lammi – Lohi – Silvola* 2009 s. 106–108; *K. Hoppu* 2004 s. 60–62; *Norio-Timonen* 1997 s. 11–12.

²⁹ *Jokela – Lammi – Lohi – Silvola* 2009 s. 94; *Norio-Timonen* 2007 s. 10.

³⁰ Vakuutusluokista annetun lain 13.1 §:ssä 1 henkivakuutusluokkaan katsotaan kuuluvan seuraavanlaiset henkivakuutukset: vakuutus elämisen varalta, kuolemanvaravakuutus, vakuutus tietyn eliniän saavuttamisen tai sitä aikaisemman kuoleman varalta ja vakuutus vakuutusmaksujen palautuksiin sekä eläkevakuutukset.

³¹ Vakuutus, jossa vakuutustapahtumana on avioliiton solmiminen tai jossa vakuutus-

tussopimuksessa sidottu tiettyjen sijoitusten, kuten osakeindeksin, kehitykseen. Yleisimmin vakuutuksen arvo on sidottu rahastoihin, mutta periaatteessa vakuutussäästön arvo voidaan sitoa muuhunkin kohteeseen.³² On esimerkiksi mahdollista, että sijoittaja sijoittaa sijoitussidonnaiseen vakuutukseen, jonka sijoitukset tehdään indeksilainaan³³, jonka kohde-etuutena on vuorostaan sijoitusrahasto. Vakuutuksen sijoituskohteet voivat siis olla moniportaisia, mikä tekee niistä entistä monimutkaisempia.

Sijoitussidonnaisen vakuutuksen tuotto riippuu valittujen sijoituskohteiden tuotosta ja sijoitettu vakuutus pääoma voi myös alentua sijoituskohteiden kehityksen mukaisesti. Sijoitussidonnainen vakuutus on siis nimensäkin mukaisesti sijoituskohde, johon liittyy riski³⁴ pääoman menettämisestä.³⁵ Sijoitussidonnaisen vakuutuksen ottaja ei omista rahastoja, joihin vakuutus on sidottu, vaan rahastot omistaa vakuutusyhtiö. *Kapitalisaatiosopimus* on vakuutusyhtiön ja asiakkaan välinen sijoitussopimus, joka on juridiselta muodoltaan vakuutus. Se poikkeaa muista vakuutusyhtiön tarjoamista tuotteista siinä, että kapitalisaatiosopimuksen perusteella ei vakuuteta kehtään.³⁶ Kapitalisaatiosopimus voi olla sijoitussidonnainen, laskuperustekorkoinen tai näiden kahden yhdistelmä. Sijoitussidonnainen vakuutus eroaa siis ns. tavanomaisesta vakuuttamisesta³⁷ siinä suhteessa, että sijoit-

tapahtumana on lapsen syntyminen (laki vakuutusluokista 14 §). Tällaisia vakuutuksia ei kuitenkaan Suomen markkinoilla toimivien yhtiöiden tuotetarjonnassa ainakaan vielä ole, *Lehtipuro – Luukkonen – Mäntyniemi – Raulos – Santavirta* 2010 s. 31.

³² Vakuutusyhtiölain (18.7.2008/521) 6 luvun 20 c §:n mukaan sijoitussidonnaisten vakuutusten vastuuvetäjä on katettava mahdollisimman tarkasti näiden vakuutusten arvonkehitystä määrääviin sijoituskohteisiin kuuluvien varojen. Sijoitussidonnaisen vakuutuksen arvonkehityksen määrääviin sijoituskohteisiin kuuluville omaisuuserille on voitava jatkuvasti määrittää arvo ja omaisuuserät on voitava muuttaa rahaksi vakuutuksen sopimusehtojen mukaisesti. Sijoitussidonnaisten vakuutusten arvonkehityksen määrääviin omaisuuseriin ei saa kuulua vakuutusyhtiön omia osakkeita tai osuuksia.

³³ Indeksilaina on joukkovelkakirjalaina, jonka tuotto on sidottu jonkin kohde-etuuden arvon kehitykseen, kuten rahastoon, osakkeisiin, valuuttakurssiin tai hyödykejohdannaisiin.

³⁴ Henkivakuutukseen liittyvän vakuutusriskin määrittämisestä vakuutusyhtiön näkökulmasta, ks. *Pesonen – Soininen – Tuominen* 2000. Eläkevakuutusten suurimmat riskit syntyvät sijoitusten tuottojen ja kuolevuuden kehityksen epävarmuudesta. *Ronkainen* on kehittänyt tutkimuksessaan simulointimallin, jolla voidaan arvioida eläke- ja henkivakuutuslaitosten liittyviä riskejä pitkällä aikavälillä, *Ronkainen* 2012.

³⁵ Sijoitussidonnainen vakuutus voi olla kokonaan sijoitussidonnainen tai osaksi takuutuottoinen. Tällöin takuutuottoiseen osioon ei liity riskiä pääoman menettämisestä. Vakuutus voi olla myös kokonaan pääomaturvattu, jolloin riskiä pääoman menettämisestä ei ole. Pääomaturva voi lisäksi olla määritelty tai sidottu tiettyyn ajankohtaan.

³⁶ Kapitalisaatiosopimus on aina määräaikainen, koska niin kauan kuin vakuutusyhtiö ei mene konkurssiin, ei ole mitään vakuutustapahtumaa, joka muutoin päättäisi sopimuksen. Ks. lisää *Rantala – Kivisaari* 2014 s. 481–482.

³⁷ Tavanomaisen tai perinteisen vakuuttamisen ominaispiirteenä pidetään sitä, että vakuutuksenottaja siirtää vakuutuksella osan kantamastaan riskistä vakuutuksenantajalle, ks.

tussidonnaisessa vakuutuksessa riskin vakuutussäästön arvon kehittymisestä kantaa asiakas.³⁸

2.2 Tuotteen tarjoajan tiedonantovelvollisuuksista lyhyesti

2.2.1 Tiedonantovelvollisuus arvopaperituotteissa

Sijoitustuotteen tarjoajalle on asetettu laaja tiedonantovelvollisuus³⁹, jotta sijoittaja saisi tarpeelliset tiedot sijoituksesta päätöksenteon tueksi. Sijoituspalveluyritysten arvopaperituotteiden myyntiä selonotto- ja tiedonantovelvoitteineen sääntelee lähinnä sijoituspalvelulaki ja vakuutustuotteiden myyntiä vakuutusoppimuslaki (28.6.1994/543, jäljempänä myös VSL).

Sijoituspalvelulain 10:4:n mukaan sijoitusneuvontaa tarjoavan sijoituspalveluyrityksen on hankittava ennen sijoituspalvelun tarjoamista riittävät tiedot asiakkaan taloudellisesta asemasta, kyseistä sijoituspalvelua tai rahoitusvälinettä koskevasta sijoituskokemuksesta ja -tietämyksestä sekä sijoitustavoitteista, jotta se voi suositella asiakkaalle soveltuvia rahoitusvälineitä ja palvelua. Tuotteen tarjoajan on luokiteltava asiakas ei-ammattimaiseksi tai ammattimaiseksi asiakkaaksi. Asiakkaalle annettujen sijoitusneuvojen tulee perustua asiakkaan antamiin tietoihin sijoituskokemuksesta ja sijoittamisen tavoitteista. Sijoituspalvelulain 10 luvun 2 §:ssä säädetään yleisistä periaatteista sijoituspalvelun tarjoamisessa ja markkinoinnissa. Pykälän 1 momentin mukaan sijoituspalvelun tarjoamisessa on toimittava rehellisesti, tasapuolisesti, ammattimaisesti ja asiakkaan edun mukaisesti.⁴⁰ Voidaan puhua hyvästä arvopaperimarkkinatavasta.⁴¹ Sijoituspalvelua

esim. *Rantala – Pentikäinen* 2009 s. 60–62, jossa vakuutustoiminta kuvataan seuraavasti: ”Tietyn riskin alaiset yksiköt, vakuutuksenottajat, sopivat vahinkojen tasaamiseen erikoistuneen laitoksen, vakuutuslaitoksen tai vakuutuksenantajan, kanssa siitä, että riskin toteutuessa vakuutuksenantaja korvaa siitä aiheutuneen vahingon.”

³⁸ Norio-Timonen on jaotellut sijoitussidonnaisen vakuutuksen olevan oman pääoman ehtoinen tuote, johon liittyy riski sekä tuoton että pääoman menettämisestä. Sen sijaan perinteiset eli takuutuottoiset vakuutukset (kuten henkivakuutusluokka I:n vakuutukset) ovat vieraan pääoman ehtoisia tuotteita, *Norio-Timonen* 2007 s. 12.

³⁹ Sopimus oikeudellisen tiedonantovelvollisuuden elementeistä, ks. *Annola* 2005 s. 75–87.

⁴⁰ Aikaisemmin, ks. HE 43/2007 vp s. 90.

⁴¹ Vanhan arvopaperimarkkinalain hallituksen esityksessä todettiin, että hyvällä arvopaperimarkkinatavalla tarkoitetaan ”periaatteita ja sääntöjä, joiden noudattamista valistuneen ja puolueettoman arvopaperikauppiaiden ja arvopaperinvälittäjien keskuudessa vallitsevan mielipiteen mukaan on pidettävä oikeana ja kaikkien osapuolten kannalta kohtuullisena kauppatapana. Hyvä tapa arvopaperikaupassa rakentuu niille periaatteille, jotka saavat ilmauksensa laissa. Se ei kuitenkaan rajoitu lain kirjaimeen vaan edellyttää sen noudat-

ei saa markkinoida antamalla totuudenvastaista tai harhaanjohtavaa tietoa.⁴² Tieto, jonka harhaanjohtavuus tai totuudenvastaisuus käy ilmi tiedon esittämisen jälkeen ja jolla saattaa olla olennaista merkitystä sijoittajalle, on viivytyksettä oikaistava tai täydennettävä riittävällä tavalla.

Aiemmin voimassa olleen arvopaperimarkkinain esitöiden mukaan markkinoinnissa annettavan tiedon oikeellisuutta, laajuutta ja esitystapaa on arvioitava sijoituspäätöstä tekevän henkilön näkökulmasta. Tietojen oikeellisuutta, laajuutta ja esitystapaa on arvioitava ankarammin silloin, kun kyseessä eivät ole ammattimaiset sijoittajat tai muut asiantuntijat, vaan suurelle yleisölle suunnattu markkinointi.⁴³ Totuudenvastainen tieto voi olla tietoa, jossa jokin asia on selostettu virheellisellä tai vääristävällä tavalla. Harhaanjohtavalla tiedolla tarkoitetaan puolestaan usein tietoa, joka voi olla totuudenmukainen, mutta se on puutteellisuutensa tai esittämispansansa takia omiaan antamaan tiedon vastaanottajalle virheellisen käsityksen jostakin asiaan kuuluvasta seikasta.⁴⁴

Varsinaiset säännökset sijoituspalveluyrityksen tiedonantovelvollisuudesta ovat sijoituspalvelulain 10:5:ssä, jonka mukaan ei-ammattimaiselle asiakkaalle on annettava sijoituspalvelua koskevan sopimuksen ehdot sekä riittävät tiedot sijoituspalveluyrityksestä ja tarjottavasta palvelusta. Pykälän mukaan ehdot ja tiedot on annettava hyvissä ajoin ennen sopimuksen solmimista tai ennen kuin palvelua annetaan asiakkaalle, jos se on varhaisempi ajankohta (SPL 10:5 §). Pykälässä on lisäksi kuuden kohdan lista siitä, mitä tietoja on annettava ennen sopimuksen solmimista ei-ammattimaiselle asiakkaalle.⁴⁵ Lisäksi esimerkiksi sijoitusrahastoja koskevat omat

tamisen lisäksi lain hengen ja lakiin kirjattujen periaatteiden noudattamista myös silloin, kun lain sanonta on aukollinen tai jäänyt jälkeen arvopaperimarkkinoiden kehityksestä.”, HE 157/1988 vp s. 38. Arvopaperilautakunta on ottanut ratkaisuissaan kantaa hyvän arvopaperimarkkinatavan käsitteeseen, ks. esim. APL 197/2006, jossa oli kyse siitä, olivatko tehdyt sijoitussopimukset ja toimeksiannot hyvän arvopaperimarkkinatavan mukaisia; APL 621/2002, jossa oli kyse siitä, oliko pankki toiminut sijoitusneuvontatilanteessa hyvän tavan mukaisesti. Sijoitusneuvontaan liittyen myös APL 249/2008 ja APL 504/2009.

⁴² Ks. pykälän sisällöstä ja tulkinnasta *Norros* 2009 s. 97–102. Säännöksen voidaan katsoa olevan yleisesti kaikkien tiedonantovelvoitteiden taustalla soveltaen laajaa markkinoinnin käsitettä. *Norros* 2009 s. 97–98 ja HE 157/1988 vp s. 25. Arvopaperien markkinoinnista yleisesti ks. *Karjalainen – Laurila – Parkkonen* 2008 s. 53–66; *Sillanpää* 2007 s. 324–326.

⁴³ HE 157/1988 vp s. 25.

⁴⁴ HE 157/1988 vp s. 25.

⁴⁵ Näitä ovat riittävät tiedot 1) sijoituspalveluyrityksestä ja sen tarjoamasta palvelusta; 2) palvelun kohteena olevien rahoitusvälinelajien luonteesta ja niihin liittyvistä riskeistä; 3) sijoitusstrategioista, jos niitä on ehdotettu, ja niiden riskeistä; 4) siitä, missä toimeksiantoja toteutetaan; 5) asiakasvarojen säilyttämisestä sekä siihen liittyvistä riskeistä erityisesti tilanteissa, joissa asiakasvaroja säilytetään kolmannen osapuolen hallussa taikka arvopaperitileistä annetun lain 2 §:n 1 momentin 3 kohdassa tarkoitetulla arvopaperitilillä

tiedonantovelvoitteensa.⁴⁶ Rahastoyhtiön on julkistettava jokaisesta hallinnoimastaan sijoitusrahastosta rahastoesite, joka on pidettävä ajan tasalla ja siihen on liitettävä sijoitusrahaston säännöt. Rahastoesitteessä on oltava olennaiset ja riittävät tiedot sijoitusrahaston sijoitustoiminnan tavoitteista ja sen muista ominaisuuksista, sijoitusrahastoa hallinnoivasta rahastoyhtiöstä, sekä sijoitusrahaston käyttämästä säilytysyhteisöstä, jotta sijoittajat voivat luotettavasti arvioida kyseistä sijoitusrahastoa ja erityisesti siihen liittyviä riskejä (SRL 92 §). Sekä ammattimaisille että ei-ammattimaisille rahastosijoittaja-asiakkaille on lisäksi annettava sijoitusrahastolain 93 §:n mukainen avaintietoesite (SPL 10:5.8).⁴⁷ Finanssivalvonta on antanut lisäksi määräyksiä ja ohjeita finanssituotteiden myynnistä ja markkinoinnista.⁴⁸

2.2.2 Tiedonantovelvollisuus vakuutustuotteissa

Vakuutusala on sanottu, ettei ole mitään muuta alaa, jossa niin monella ostajalla ei ole mitään käsitystä, mitä he ostavat ja jossa niin monella myyjällä ei ole mitään käsitystä, mitä he myyvät.⁴⁹ Yritys on kuitenkin kova: vakuutuksenantajan tiedonantovelvollisuudesta vakuutuksen hakijalle ennen sopimuksen solmimista säädetään VSL 5 §:ssä, jonka mukaan vakuutuksenantajan on annettava vakuutuksen hakijalle tarpeelliset tiedot vakuu-

tai arvo-osuustileistä annetun lain 5 a §:ssä tarkoitetulla omaisuudenhoitotilillä sekä 6) palveluun liittyvistä kuluista ja palkkioista.

⁴⁶ Sijoitusrahastolain 92 §:n mukaan sijoitusrahaston rahasto-osuuksia ei saa markkinoida antamalla totuudenvastaista tai harhaanjohtavaa tietoa. Markkinoinnista on käytävä ilmi sen kaupallinen tarkoitus. Sellaisessa markkinoinnissa, jossa kehoitetaan ostamaan sijoitusrahaston osuuksia ja joka sisältää erityisiä tietoja sijoitusrahastosta, ei saa esittää väitteitä, jotka ovat ristiriidassa rahastoesitteen ja avaintietoesitteen sisältämien tietojen kanssa tai jotka vähentävät niiden merkitystä. Markkinointiaineistosta on käytävä ilmi, missä ja millä kielellä rahastoesite ja avaintietoesite ovat sijoittajien saatavilla tai käytettävissä.

⁴⁷ Sijoitusrahastolain 93 §:n mukaan rahastoyhtiön laatiman avaintietoesitteen on sisällettävä tiedot sijoitusrahaston tunnistetiedoista, lyhyt kuvaus sijoitustavoitteista ja sijoituspolitiikasta, esittely aikaisemmasta tuottokehityksestä tai tarvittaessa odotettavissa olevasta tuottokehityksestä, tiedot kuluista ja liitännäisistä maksuista, tietoa sijoituksen riski-hyötyprofiilista sekä asianmukaiset ohjeet ja varoitukset kyseiseen sijoitusrahastoon sijoittamiseen liittyvistä riskeistä. Avaintietoesitteen tietojen on oltava sijoittajan ymmärrettävissä ilman muita asiakirjoja.

⁴⁸ Ks. Finanssivalvonta: Määräykset ja ohjeet 15/2013 Finanssipalvelujen ja -tuotteiden markkinointi ja Määräykset ja ohjeet 16/2013 Finanssipalvelujen tarjoamisessa noudatettavat menettelytavat.

⁴⁹ *Van der Sluijs* 2010 s. 296. Myös *Bengtssonin* todetaan sanoneen, ettei kukaan ihminen voi ymmärtää täysin vakuutusta, *Van der Sluijs* 2010 s. 325.

tustarpeen arvioimiseksi⁵⁰ ja vakuutuksen valitsemiseksi⁵¹. Vakuutuksenantajan on annettava mm. tietoa vakuutusmuodoista, vakuutusmaksuista sekä vakuutusehdoista.⁵² Tietoja annettaessa tulee kiinnittää huomiota myös vakuutusturvan olennaisiin rajoituksiin.⁵³ Vakuutuksenantajan on annettava tiedot oma-aloitteisesti.⁵⁴ Tietoja ei tarvitse antaa, jos vakuutuksen hakija ei halua tietoja tai niiden antaminen tuottaisi kohtuutonta hankaluutta. Tiedonanto voi pääsääntöisesti olla suullista tai kirjallista.⁵⁵ Sijoitussi-

⁵⁰ Hallituksen esityksen mukaan tällä tarkoitetaan yleensä sen selvittämistä, johtaako tarjottu vakuutus päällekkäiseen vakuutusturvaan hakijalla jo olevien vakuutusten kanssa, HE 114/1993 vp s. 26.

⁵¹ Tällä tarkoitetaan selvitystä mm. vakuutuksenantajalla tarjolla olevista vakuutusmuodoista, niiden maksuista ja ehdoista. Vakuutusmaksuista selvitystä voidaan antaa esimerkiksi siitä, miten valinnaiset omavastuumäärät tai korvauspiirit vaikuttavat vakuutusmaksuun. Vakuutusehdoista on tarpeen selvittää esimerkiksi vakuutusturvan sisältö, keskeiset korvauserusteet, vakuutuksen irtisanominen tai muu lakkaaminen sekä seikat, jotka ehtojen mukaan voivat johtaa korvauksen alentamiseen tai epäämiseen. Henkilövakuutuksesta tulee lisäksi selvittää mahdollisen säästöosuuden (takaisinostoarvo) kertyminen, vakuutuksen mahdollinen tuotto, mahdollisuudet muuttaa sopimusta ja maksujen lopettamisen seuraamukset. HE 114/1993 vp s. 27.

⁵² On huomioitava, että säännöksessä mainitut seikat ovat vain esimerkkejä tiedoista, joita vakuutuksenantajan on asiakkaalle annettava. Vakuutuksenantajan tiedonantovelvollisuudesta on kirjoitettu oikeuskirjallisuudessa varsin paljon, ks. esim. *Lehtipuro – Luukkonen – Mäntyniemi – Raulos – Santavirta* 2010 s. 136–156; *Norio-Timonen* 2010 s. 55–74; *Rantala – Pentikäinen* 2009 s. 275–277; *E. Hoppu – Hemmo* 2006 s. 36–62; *Jokela – Lammi – Lohi – Silvola* 2009 s. 248–260; *Lehtipuro* 1997 s. 6–10; *E. Hoppu* 2001 s. 104–119; *Norio-Timonen* 1997 s. 107–151. Pelkkä vakuutusehtojen antaminen ei riitä, ks. esim. VKL 355/2009.

⁵³ Hallituksen esityksen mukaan vakuutusturvan rajoituksilla tarkoitetaan paitsi vakuutusehdoissa erikseen rajoituksina mainittuja, korvauspiirin ulkopuolelle jääviä vahinkoja myös muita ehtomääräyksiä, jotka käytännössä merkitsevät vakuutusturvan rajoittamista siitä, mitä vakuutuksen hakija yleensä saattaa kyseiseltä vakuutukselta odottaa. HE 114/1993 vp s. 27. Vakuutuslautakunta katsoi jo ensimmäisissä sijoitussidonnaisia vakuutuksia käsittelevissä tapauksissaan (esim. VKL 645/2002), että ko. vakuutukseen kuuluvaa riskiä pääoman menettämisestä on pidettävä VSL 5 §:ssä mainittuna vakuutusturvan olennaisena rajoituksena, sillä se poikkeaa tavanomaisesta pankki- ja vakuutussäästämisestä. Vakuutuksenantajan tulee erikseen ja selkeästi kiinnittää huomiota tällaiseen olennaiseen rajoitukseen ennen vakuutussopimuksen solmimista.

⁵⁴ Ks. esim. VKL 355/2009.

⁵⁵ Vaikka laissa tai lainvalmisteluasiakirjoissa ei määritelläkään tarkemmin, onko tietoja annettava joissakin tilanteissa suullisesti, voidaan viitteitä mahdollisesta suullisesta tiedonantotavasta kuitenkin löytää. Hallituksen esityksessä todetaan vakuutusten ja vakuutusten ottamistilanteiden olevan niin erilaisia (verrattaessa esimerkiksi pakollista liikennevakuutusta ja sijoitussidonnaista eläkevakuutusta), ettei tarkkaa sääntelyä voida antaa. *Tiedonantovelvollisuuden täyttämistapa* ja tietojen sisältö yksittäistapauksessa ovatkin riippuvaisia vakuutuksen laadusta ja vakuutuksen ottamiseen liittyvistä olosuhteista. *Yleensä voidaan pitää riittävänä, että hakijalle luovutetaan kirjallista materiaalia*, josta käyvät selkeästi ilmi tiedonantovelvollisuuden täyttämiseksi tarvittavat tiedot (HE 114/1993 vp s. 27). Lisäksi henkivakuutuksissa oikeusministeriön asetuksen 177/2011 mukaan tiedot on annettava kirjallisesti.

donnaisten vakuutusten tarjoamisen kannalta olennainen lakiuudistus tuli voimaan marraskuussa 2010.⁵⁶ VSL 5 §:n 1 momenttiin tehtiin lisäys, jonka mukaan vakuutuksenantajan tulee antaa tietoja vakuutukseen mahdollisesti liittyvien sijoituskohteiden valinnan kannalta olennaisista seikoista ottaen erityisesti huomioon *vakuutuksen hakijan aikaisempi sijoituskokemus ja sijoittamisen tavoitteet*.

Hallituksen esityksessä vakuutussopimuslaiksi todetaan, että vakuutuksenantajan on ennen sopimuksen solmimista annettava vakuutuksesta kiinnostuneelle tietoa vakuutuksen säästöön sidottavien sijoituskohteiden ominaisuuksista ja keskeisistä eroista sekä mainittava, miten ominaisuudet ja eroavaisuudet vaikuttavat vakuutuksen mahdolliseen tuottoon ja siihen liittyviin riskeihin. Vakuutuksen hakijan on näillä tiedoilla pystyttävä valitsemaan sijoituskohteista omiin sijoitustavoitteisiinsa sopivat kohteet. Myös maksuista ja kuluista sekä vakuutuksenottajan mahdollisuudesta vakuutuksen voimassa ollessa vaihtaa sijoituskohteita ja vaihtamisesta mahdollisesti aiheutuvista kuluista on tiedotettava. Lisäksi hallituksen esityksessä painotetaan, että vakuutuksen hakijalle on ilmoitettava sijoituskohteisiin liittyvistä riskeistä.⁵⁷

Sijoitussidonnaisten vakuutusten kannalta lisäys vakuutuksenantajan tiedonantovelvollisuuden sääntelyssä on oikeusministeriön antama asetus henkivakuutuksesta annettavista tiedoista (17.2.2011/177, jäljempänä OM:n henkivakuutusasetus).⁵⁸ Oikeusministeriön antama asetus perustuu

⁵⁶ Hallituksen esityksessä lakiuudistusta perustellaan juuri markkinoilla olevilla sijoitussidonnaisilla vakuutuksilla ja niiden erityispiirteillä ja niihin liittyvällä riskillä. Tämän vuoksi on pidetty tärkeänä, että laissa korostetaan vakuutuksenantajan velvollisuutta kiinnittää vakuutuksen hakijan huomiota sijoituskohteiden valinnan kannalta olennaisiin seikkoihin. HE 63/2009 vp s. 10. Lakiuudistuksen käytännön merkitys ei ehkä ole ollut kovin suuri. Vakuutuslautakunnan ratkaisukäytännössä on jo aiemminkin katsottu, että vakuutuksenantajan on tiedonantovelvollisuutensa nojalla pitänyt antaa tietoa vakuutukseen sidottavista sijoitusrahastoista. Ks. esimerkiksi VKL 12/2003, jossa Vakuutuslautakunta katsoi, että vakuutuksenantaja oli informoinut riittävästi vakuutuksenottajaa siitä, että hän voi menettää vakuutukseen säästämäänsä pääomaa, ja VKL 370/2005, jossa Vakuutuslautakunta katsoi, että vakuutuksenantaja ei ollut antanut riittävästi tietoa vakuutuksenottajalle siitä, että hän voi menettää sijoitettua pääomaa (ks. myös eriyvä mielipide VKL 370/2005 s. 13–14). Sijoitussidonnaisten vakuutusten erityisen luonteen takia on kuitenkin pidetty tärkeänä, että vakuutuksenantajan tiedonantovelvollisuudesta säädetään suoraan laissa (HE 63/2009 vp s. 10).

⁵⁷ HE 63/2009 vp s. 10. Toisaalta VSL 5 §:n sisältöä on pidetty niin laajana, että se on jo aiemminkin pitänyt sisällään nyt erikseen luetellut seikat, *Norio-Timonen* 2007 s. 35. Ks. lisäksi *Isokoski* 2006 s. 172–174.

⁵⁸ OM:n henkivakuutusasetus on tullut voimaan 1. kesäkuuta 2011. Asetuksen tarkoituksena on täsmentää ja selkeyttää voimassa olevan vakuutussopimuslain säännöksiä ja oikeustilaa, mutta ei muuttaa sitä. Ehdotus oikeusministeriön asetukseksi henkivakuutuksesta annettavista tiedoista 2011 s. 4.

VSL 9 a §:ssä määriteltyyn oikeusministeriön oikeuteen antaa asetuksella tarkempia säännöksiä vakuutus- ja jälleenvakuutus toiminnan aloittamisesta ja harjoittamisesta annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin (Solvenssi II) 2009/138/EY 183–185 artiklassa mainittujen tietojen ilmoittamisesta. OM:n henkivakuutusasetuksen mukaan vakuutuksenantajan on annettava hakijalle *kirjallisesti* tiettyjä tietoja ennen sopimuksen tekemistä. Olennaista juuri sijoitussidonnaisten vakuutusten kohdalla on asetuksen 3 §:n 7 kohta, jonka mukaan vakuutuksenantajan on annettava kirjallisesti tietoa *sijoitussidonnaisiin vakuutuksiin liitettävissä olevista sijoituskohteista ja niiden luonteesta*. Vakuutuksenantajan on muun muassa kerrottava, minkälaisia sijoitusrahastoja tai muita sijoituskohteita on tarjottavana ja mitä maksuja tai kuluja niihin liittyy.⁵⁹ Vakuutuksenantajan on myös selvitettävä, onko sijoituskohteiden vaihto mahdollista, miten sijoituskohteita on mahdollista vaihtaa sekä voiko vakuutuksenottaja tai vakuutuksenantaja vaihtaa niitä. Lisäksi vakuutuksenottajalle on varattava mahdollisuus perehtyä vakuutukseen sidottavien sijoitusrahastojen rahastoesitteisiin ja hänelle on luovutettava valitsemiensa sijoitusrahastojen rahastoesitteet.⁶⁰ Tiivistäen voidaan sanoa, sijoitusvakuutuksessa on olennaista, että vakuutuksen hakijan huomiota kiinnitetään siihen, että sekä tuottoon että pääoman menettämiseen voi liittyä riski.⁶¹

Vakuutusten myynnissä asiakasta ei siis luokitella ei-ammattimaiseksi tai ammattimaiseksi asiakkaaksi. Vakuutuksenantajan pitää vakuutus sopimuslain 5 §:n nojalla kuitenkin edellä mainituin tavoin ottaa erityisesti huomioon vakuutuksen hakijan aikaisempi sijoituskokemus ja sijoittamisen tavoitteet. Tällä hetkellä kansalliseen lainsäädäntöömme implementoitava MiFID II -direktiivi⁶² ja myöhemmin voimaan tuleva MiFIR-asetus⁶³ kehittävätkin sijoitustuotteiden markkinoinnin sääntelyä.⁶⁴ Juuri

⁵⁹ Kulujen osalta asiaa sääntelevät lisäksi Finanssivalvonnan määräykset ja ohjeet 10/2012 Pitkäaikaissäästämispöytäkirjojen ja vakuutusten kulujen ja tuottojen ilmoittaminen.

⁶⁰ OM:n henkivakuutusasetusehdotus 2011 s. 3.

⁶¹ Näin todettiin jo ratkaisussa VKL 645/2002. Useat Vakuutuslautakunnassakin olevat riidat ovat koskeneet juuri väitettä, että vakuutuksen riskistä ei ole kerrottu tarpeeksi ja vakuutuksenottaja on ollut siinä käsityksessä, ettei vakuutukseen sijoitettua pääomaa voi menettää. Vakuutuslautakunta on katsonut, että sijoitussidonnaiseen vakuutukseen liittyvää riskiä pääoman menettämisestä on pidettävä vakuutusurvan olennaisen rajoituksena.

⁶² Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/65/EU, annettu 15 päivänä toukokuuta 2014, rahoitusvälineiden markkinoista sekä direktiivin 2002/92/EY ja direktiivin 2011/61/EU muuttamisesta.

⁶³ Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) N:o 600/2014, annettu 15 päivänä toukokuuta 2014, rahoitusvälineiden markkinoista sekä asetuksen (EU) N:o 648/2012 muuttamisesta.

⁶⁴ Jäsenmaiden on sovellettava direktiiviä ja asetusta 3.1.2017 lähtien.

nyt implementoidaan myös uutta direktiiviä (EU) 2016/97 vakuutusten tarjoamisesta.⁶⁵ Direktiivin pääasiallisena tavoitteena on yhdenmukaistaa vakuutusten tarjoamista koskevat kansalliset säännökset. Direktiivillä asetetaan sen soveltamisalaa kuuluville vakuutusten tarjoajille sekä toimivaltaisille viranomaisille vähimmäisvaatimuksia, jotka koskevat mm. vakuutusedustajien ja vakuutusyhtiön työntekijöiden ammattitaitoa, liiketoiminnan menettelytapoja, tiedonantovelvollisuuksia sekä eturistiriitojen tunnistamista ja hallintaa. Direktiivi velvoittaa jäsenvaltioita sääntelemään vakuutustuotteita koskevasta hyväksymismenettelystä ja muista tuotehallintavaatimuksista. Tarkoituksena on, että sijoitusvakuutusten myyntiin tulee samanlaisia menettelytapoja kuin sijoituspalveluyrityksillä on tällä hetkellä arvopaperituotteiden myynnissä.

2.3 Tietoa on saatavilla – riittääkö se?

Lain mukaisen tiedonantovelvollisuuden täyttäminen ei kuitenkaan välttämättä johda toivottuun lopputulokseen eli siihen, että sijoittaja ymmärtää kyseisen sijoitustuotteen ominaisuudet ja tekee harkitun sijoituspäätöksen. Jotta näin tapahtuisi, sijoittajan on perehdyttävä annettuun tietoon ja tuotteeseen. Selonnotovelvollisuudessa onkin lyhyesti sanottuna kyse siitä, että sijoittajalla itsellään on selonotto- tai tutustumisvelvollisuus tietoihin, joita tuotteen tarjoaja antaa asiakkaan harkitessa *sijoittamista*.⁶⁶ Tuotteiden tarjoajille asetetut tiedonantovelvollisuudet ja niiden toimiminen nojaavat perinteiseen taloustieteelliseen käsitykseen ihmisestä rationaalisena toimijana. Oletuksena on, että sijoittaja tutustuu annettuun aineistoon ainakin kohtuullisella huolellisuudella ja arvioi sijoitusta ennen kuin tekee sen. Tosiasiassa ihmiset eivät välttämättä toimi näin, minkä osoittavat myös tässä artikkelissa myöhemmin selostettavat Arvopaperilautakunnan ja Vakuutuslautakunnan ratkaisut.

Hyvän esimerkin antavat *CDO*-tuotteet⁶⁷ (*collateralized debt obligation*) ja niiden myynti Yhdysvalloissa institutionaalisille sijoittajille ennen

⁶⁵ Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto hyväksyivät 14 päivänä joulukuuta 2015 direktiivin (EU) 2016/97 vakuutusten tarjoamisesta. Direktiivi on pantava kansallisesti täytäntöön 23.2.2018 mennessä.

⁶⁶ Arvopaperien osalta ks. esim. *K. Hoppu* 2009 s. 256.

⁶⁷ *CDO*-tuotteisiin liittyvät riidat puhuttavat edelleen. Helsingin Sanomat uutisoi 14.2.2016 siitä, miten oikeudessa riidellään edelleen siitä, onko *CDO*-tuotteisiin liittyvästä riskistä kerrottu oikein. Helsingin Sanomat, Tuomo Pietiläinen: ”Perheyhtiöt vastaan Nordea – vuorineuvosten perilliset käyvät oikeustaistelua miljoonien eurojen huonoista sijoituksista”. *CDO*-tuotteet tulivat ei-ammattimaisille sijoittajamarkkinoille 2000-luvun

finanssikriisin⁶⁸ puhkeamista 2007–2008. CDO-tuotteissa on kyse joukkolainoista. CDO:n pohjana on erilaisista lainoista arvopaperistetut johdannaiset. Kyseessä on arvopaperistamisen toinen potenssi, jossa esimerkiksi jo kertaalleen arvopaperistetuista luotoista luodaan uusia ja taas uusia arvopapereita. Lisäksi CDO on siivutettu siten, että osa saamisista on AAA-luokkaa ja muut osuudet jopa huomattavasti riskipitoisempia. Tuotteessa saattoi olla esimerkiksi 5 % AAA-luokiteltua lainaa ja 95 % roska-lainoja. Tuotteen tosiasiallinen riski ei kuitenkaan välttämättä tullut sijoit-

puolivälin jälkeen, ja myös Suomessa tuotteita myytiin runsaasti. Piensijoittajille myytävä CDO-tuote oli vaihtuvakorkoinen joukkovelkakirjalaina, jossa sijoittaja ottaa liikkeeseen-laskijariskin lisäksi kannettavakseen tuotteen viitesalkussa olevien yhtiöiden luottoriskiä. Tuotteessa on eri tuotto- ja riskitasoja, joita sijoittaja voi merkitä. Sijoittajat pystyivät merkitsemään CDO-lainoja suoraan, mutta niitä oli siivutettu myös osaksi sijoitusrahastoja ja sijoitussidonnaisia vakuutusyhtiöitä. Arvopaperilautakunta on antanut lukuisia ratkaisusuosituksia kyseisistä CDO-tapauksista (ks. esim. ratkaisut APL 33–35/2011). Myös Vakuutuslautakuntaan on tullut tapauksia, joissa on ollut kyse CDO-tuotteista. Esimerkiksi sijoitussidonnaista säästöhenkivakuutusta koskeneessa tapauksessa VKL 149/2009 asiakkaan varojen arvo, 120 000 euroa, oli sopimusta tehtäessä kytketty viiteen osakerahastoon, korkorahastoon, yhdistelmärahastoon ja 10 % varoista yhteen erityisesti ns. CDO-kohteisiin sijoittavaan rahastoon. Toisen puolison varoista, 65 000 euroa, CDO-kohteisiin sijoittavaan rahastoon oli sijoitettu 15 %. Ennen sopimuksien tekemistä asiakkaille oli annettu tietoa sopimukseen yleisesti liittyvästä sijoitusriskistä ja tuoton epävarmuudesta. Lautakunta katsoi, että vakuutusyhtiö oli antanut asiakkaille riittävän tiedon osakerahastoja koskevasta sijoitusriskistä ennen sopimuksen solmimista. Lautakunnan näkemyksen mukaan CDO-sijoituskohteisiin, ylipäänsä strukturoituihin korkoinstrumentteihin voi liittyä luottoriskejä, jotka voivat tietynlaisissa markkinatilanteissa vaikuttaa sijoitusten arvoon tai tehdä ne arvottomiksi. Riski tällaisissa rahastoissa voikin poiketa tavanomaisten korkorahastojen riskistä merkittävästi. Lautakunta kiinnitti huomiota siihen, ettei vakuutusyhtiön tekemässä sijoitussuunnitelmakaavakkeessa ollut merkitty, että asiakkailta olisi ollut kokemusta strukturoiduista tuotteista. Pelkästään rahastoraportteihin tutustumalla ei poikkeuksellinen riski käynyt ilmi. Vakuutusyhtiö ei myöskään ollut näyttänyt tai edes väittänyt, että asiakasta olisi muulla tavoin informoitu strukturoitujen sijoituskohteiden erityispiirteistä. Lautakunnan lausunnon lopputulos oli, että vaikka asiakkaalle oli annettu tietoa yleisestä sijoitusriskistä ja erityisesti osakerahastoja koskevasta korkeammasta riskistä, asiakkaat eivät olleet voineet saamiensa tietojen perusteella käsittää CDO-rahastoon liittyvästä erittäin merkittävästä riskistä. Lautakunnan harkinnan mukaan vakuutuskennoittajien säästöt tuli palauttaa CDO-rahastoihin tehtyjen sijoitusten osalta 85 % arvoon sopimusten solmimishetken tilanteesta. On huomattava, että sopimukseen – kuten yleensäkin sijoitussidonnaisia säästöhenkivakuutusyhtiöitä ja eläkevakuutusyhtiöitä koskeviin sopimuksiin – sisältyi asiakkaalle varattu mahdollisuus vaihtaa sijoituskohteita. Näin ollen asiakkaat lautakunnan ratkaisun jälkeen saattoivat siirtää CDO-osuuden niin halutessaan turvallisempiin kohteisiin. Ks. myös VKL 284/2009, jossa kysymys oli myös muun muassa sijoitussidonnaisen säästöhenkivakuutuksen tiedonantovelvollisuudesta ja sijoitusriskistä.

⁶⁸ Finanssikriisin on katsottu jakautuvan viiteen eri vaiheeseen: Yhdysvalloista Eurooppaan levinnyt subprime-kriisi (2007–2008), systeeminen kriisi (2008–), talouskriisi (2009–2010), valtioiden velkakriisi (2010–) ja Euroopan luottamuskriisi (2012–). High-level Expert Group on Reforming the Structure of the EU banking sector – Final Report; Chaired by Erkki Liikanen, Brussels 2012, s. 4.

tajille heti ilmi, vaan sijoittajat sijoittivat tuotteisiin, koska niissä oli vähäriskistä AAA-luokiteltua lainaa. Ennen finanssikriisiä Yhdysvalloissa oli monia institutionaalisia sijoittajia, joiden säännöissä määrättiin sijoittamaan ainoastaan AAA-luokiteltuihin lainoihin ja CDO-tuotteisiin sijoitettiin paljon. Tutkijat ovat osoittaneet, miten institutionaaliset sijoittajat tekivät sijoituspäätöksensä CDO-tuotteisiin nopeasti ja tutustumatta tarkoin tuotteista annettuihin tietoihin.⁶⁹ Tähän viitaten tutkijat *Steven Davidoff* ja *Claire Hill* ovat esittäneet, ettei tiedonantovelvoitteiden lisääminen auta mahdollisten uusien arvopaperimarkkinaromahdusten ja finanssikriisien estämisessä.⁷⁰ Sijoittajien ihanteelliset toimintatavat kuulostavat yksinkertaisilta: lue annetut tiedot ja tutustu tuotteeseen huolella, ymmärrä lukemasi, kysy mahdollisia lisäkysymyksiä ja tee päätös sijoitustuotteen ostamisesta – mikäli tuote vaikuttaa hyvältä, osta se, mutta jos ei, jätä ostamatta. Sijoittajan on pidettävä myös mielessä, että tuotteen tarjoaja tietää tuotteesta enemmän kuin ostaja⁷¹ ja että tuotteen tarjoaja luultavasti haluaa antaa tuotteesta positiivisemmän kuvan kuin mitä se oikeasti on. Vaikka ohjeet tuntuvat yksinkertaisilta ja rationaalisilta, monet sijoittajat eivät toimi näin.⁷²

Vaikka Yhdysvalloissa kyse olikin suuria summia sijoittavista korporatioista, eikä yksittäisen piensijoittajan selonottovelvollisuuden laiminlyönti johda laajaan finanssikriisiin, antaa institutionaalisten sijoittajien toiminta viitteitä myös piensijoittajien käyttäytymisestä. Arvopaperimarkkinalainsäädäntö lähtee olettamuksesta, että ammattimaiset sijoittajat perehtyvät sijoitustuotteista annettuihin tietoihin. Olettamuksena on myös, että ammattimaiset sijoittajat ymmärtävät lukemansa informaation tai ainakin ymmärtävät, etteivät ymmärrä lukemaansa informaatiota.⁷³ Finanssikriisi on sekä Yhdysvalloissa että Euroopassa osoittanut, että myös muiden kuin yksityissijoittajien kyky arvioida sijoituksiin liittyviä riskejä on rajallinen.⁷⁴ Jos ammattimaisten sijoittajien kyky arvioida sijoitusriskejä on puutteellinen, voimme arvioida, ettei tilanne ei-ammattimaisilla ja kokemattomilla sijoittajilla ole ainakaan sanottua parempi.

⁶⁹ *Davidoff – Hill* 2013 s. 599–638.

⁷⁰ *Davidoff – Hill* 2013 s. 603.

⁷¹ Tosin näin ei välttämättä aina ole, vrt. esimerkiksi KKO 2011:5, jossa käräjäoikeuden päätöksen tietojen mukaan tuotteen tarjoaja ei ollut tiennyt edes, mikä tuote on kyseessä.

⁷² *Davidoff – Hill* 2013 s. 603. Esimerkiksi Yhdysvalloissa juuri CDO-tuotteita 2000-luvun ensimmäisellä vuosikymmenellä ennen finanssikriisiä ostaneet institutionaaliset sijoittajat ostivat uutta tuotetta tutustumatta siihen ja lähinnä sen vuoksi, että muut institutionaaliset kansasijoittajat sijoittivat kyseisiin tuotteisiin. *Davidoff – Hill* 2013 s. 608 ss.

⁷³ *Davidoff – Hill* 2013 s. 600.

⁷⁴ MiFID II -direktiivi 104 resitaali.

Yksi tiedonantovelvollisuuden ja selonottovelvollisuuden selkeimmistä ongelmista on informaatiotulva. Informaatiotulvalla⁷⁵ tarkoitetaan sitä, että asiakas saa tuotteesta niin paljon tietoa samalla kertaa, ettei hän pysty sisäistämään sitä tai jaksa tutustua siihen⁷⁶, eikä hänen asemansa siten tosiasiassa parane juurikaan verrattuna tuotteen tarjoajana toimivaan elinkeinonharjoittajaan.⁷⁷ Tällaisessa tilanteessa asiakkaalla pitäisi olla jo jonkinasteiset perustiedot kyseessä olevasta asiasta, jolloin hän pystyisi helpommin ymmärtämään asiat ja hyödyntämään saamaansa informaatiota. Koska sijoitustuotteen tarjoaja voi täyttää sijoituskohteeseen liittyvän tiedonantovelvollisuuden pelkällä kirjallisella materiaalilla, materiaalia voi olla paljon. Pelkät vakuutusehdot voivat olla kymmensivuisia. Tällaisessa tilanteessa on selvää, että asiakkaan täytyy olla tuotteestaan kiinnostunut, jotta hän jaksaa ottaa selvää, mitä sopimus pitää sisällään.⁷⁸

Ei tietenkään ole sijoittajan – tai kenenkään muunkaan – kannalta suositeltavaa, että solmitaan sopimuksia ja ostetaan sellaisia tuotteita, jonka sisällöstä ei ole tietoa. Todellisuudessa tämä lienee kuitenkin varsin yleistä. On yksinkertaista todeta, ettei kenenkään tulisi sijoittaa sellaiseen tuotteeseen, jonka ominaisuuksia ei ymmärrä.⁷⁹ Esimerkiksi Euroopan arvopaperimarkkinavalvoja ESMA (*European Securities and Markets Authority*) on helmikuussa 2014 antanut sijoittajille kirjallisen varoituksen⁸⁰ markkinoilla olevien monimutkaisten sijoitustuotteiden varalta. ESMA:n mukaan tälläkin hetkellä osa markkinoilla olevista tuotteista on sellaisia, jotka ovat aiemmin olleet vain ammattisijoittajien saatavilla, mutta nyt suunnattu myös ei-ammattimaisille sijoittajille. ESMA varoittaa aggressiivisesta ja harhaanjohtavasta markkinoinnista, ja toteaa, että mikäli ostaja ei ymmärrä *tarjottavan tuotteen keskeisiä ominaisuuksia tai tärkeimpiä siihen liittyviä riskejä, tuotteeseen ei tule sijoittaa*. Ei liene harvinaista, että sijoittaja ei välillä itsekään ymmärrä omaa ymmärtämättömyyttään.⁸¹ On myös mah-

⁷⁵ Informaatiotulvan ongelma on huomioitu vakuutustuotteissa jo 1980-luvun puolivälissä, kun vakuutussopimuslakia uudistettiin ja vakuutuksenantajan laajaa tiedonantovelvollisuutta pohdittiin. Henkilövakuutuslain ehdotuksessa kiinnitettiin nimenomaisesti huomiota siihen, että vakuutuksen hakijalle annettava suuri informaatiomäärä kääntyy helposti tarkoitustaan vastaan, kun kuluttajat eivät jaksa perehtyä annettuun aineistoon ja olennainen tieto hukkuu muun materiaalin sekaan. *Järventaus* 1985 s. 19.

⁷⁶ *Law* 2010 s. 15–42.

⁷⁷ *Korling* 2010 s. 88 ss.; *Wuolijoki* 2009, s. 90–114.

⁷⁸ Tällöin vakuutuksen hakijan ja yleisemminkin sijoittajan on oltava hyvin ”*innokas mutta tietämätön*”. *Norio-Timonen* 1997 s. 84–85.

⁷⁹ Ks. esim. *Norros* 2009 s. 384.

⁸⁰ Varoitus löytyy ESMA:n verkkosivuilta http://www.esma.europa.eu/system/files/investor_warning_-_complex_products_-_fi.pdf (viitattu 25.3.2015).

⁸¹ Näin myös *Norros* 2009 s. 384.

dollista, ettei sijoittaja halua paljastaa ymmärtämättömyyttään tuotteen myyjälle.

3 MITEN SIJOITTAJA TOIMII?

3.1 Käyttäytymistaloustieteestä evoluutiopsykologiaan

Miksi sijoittajat eivät aina tutustu annettuun aineistoon, vaan ostavat niin sanotusti ”sian säkissä”? Taloustieteessä on perinteisesti ajateltu ihmisen toimivan rationaalisesti. Sijoittaja hakee tietoa suunnittelemastaan sijoituksesta, tutustuu annettuun aineistoon ja tekee harkitun päätöksen siitä, sijoittaako tuotteeseen vaiko ei. Kuten monesti muillakaan elämänalueilla, ihminen ei toimi välttämättä sijoittajanakaan rationaalisesti. Rahoituksen käyttäytymistieteenä tai käyttäytymistaloustieteenä (*behavioral finance/economics*)⁸² tunnettu taloustieteen alahaara tutkii rahoitusmarkkinoiden osapuolten käyttäytymistä ja pyrkii selittämään psykologian avulla, miten ja miksi eri markkinatoimijat, kuten sijoittajat ja sijoitustuotteiden tarjoajat, käyttäytyvät tietyllä tavalla.⁸³

Käyttäytymistaloustiede on kiinnostanut etenkin Yhdysvalloissa jo pidemmän ajan. Rationaalisesti toimiva ihminen, *homo economicus*, alkaa olla etenkin Yhdysvalloissa jo historiaa. Finanssikriisin innoittamana

⁸² Ks. esim. *Barberis – Thaler* 2003 s. 1053–1128. Asiaa voidaan tarkastella esimerkiksi riskin käsitteen kautta. Traditionaalisen rahoitusteorian sijoittajien sijoitusriskin arviointi perustuu rationaaliseen arviointiin ja oletukseen, että sijoittajien tarkoituksena on utiliteettiteorian mukaisesti maksimoida hyötynsä. Kun perinteisen rahoitusteorian käsitys riskistä perustuu kvantitatiivisille arvioinneille, otetaan rahoituksen käyttäytymistieteessä tarkasteluun mukaan myös kvalitatiiviset näkökohdat. Tämä tarkoittaa sijoittajan subjektiivisten käsitysten huomioimista riski-käsitteen tarkastelussa. Ks. *Ricciard* 2010 s. 133–138; *Schindler* 2007 s. 22.

⁸³ Ks. esimerkiksi *Pompian* 2012 s. 50; *Baker – Nofsinger* 2010 s. 3-167; *Byrne – Brooks* 2008. Rahoituksen käyttäytymistieteen tutkimuksen voidaan katsoa alkaneen varsinaisesti 1985, kun tutkijat *De Bondt* ja *Taylor* julkaisivat artikkelin ”Does the Stock Market Overreact?”. Sijoittajien, kuten ihmisten yleensä, päätöksentekomalleja on analysoitu paljon psykologisessa tutkimuksessa. Päätöksentekoon erikoistunut teoreetikko *Howard Raiffa* on luokitellut päätöksenteon analysoinnin kolmeen eri kategoriaan. Normatiivinen analyysi keskittyy rationaaliseen päätöksentekoon ja ratkaisuun koskien pohdittavaa ongelmaa. Normatiivisen analyysin lopputulos on ideaalitalanne, jota päätöksenteon tulisi mahdollisimman hyvin vastata. Deskriptiivinen analyysi viittaa tilanteisiin, joissa ihmiset todellisuudessa tekevät päätöksiä. Preskriptiivinen analyysi puolestaan tarkoittaa sitä, että ihmiselle annetaan käytännön neuvoja ja opastusta, jotta tämä voi tehdä rationaalisempia päätöksiä. Sijoitusneuvonta on malliesimerkki preskriptiivisestä analyysistä, jonka tarkoituksena on esimerkiksi sijoitusneuvojan neuvoin auttaa sijoittajaa tekemään sellaisia päätöksiä, jotka parhaiten palvelevat heidän tarkoituksiperiään. Ks. *Kahneman – Riepe* 1998 s. 52.

myös eurooppalaisessa tutkimuskentässä ja EU:ssa on muutama vuosi sitten alettu yhä enenevässä määrin kiinnittämään huomiota käyttäytymistaloustieteen tuomiin mahdollisuuksiin ja hyötyihin esimerkiksi lainvalmistelun kannalta.⁸⁴ Toistaiseksi on kuitenkin vielä hieman epäselvää ja erimielisyyksiä siitä, miten käyttäytymistaloustiedettä voidaan hyödyntää esimerkiksi kuluttajalainsäädännössä. Empiiristä tutkimusta tarvitaan lisää.⁸⁵

Käyttäytymistaloustieteestä voidaan ottaa vielä yksi askel taaksepäin, jolloin puhutaan evoluutiopsykologisesta taloustieteestä. Evoluutiopsykologinen taloustiede pyrkii selittämään miksi ihminen käyttäytyy jollakin tavalla. Sen sijaan käyttäytymistaloustiede tuo vain esille ihmisen käyttäytymismalleja, mutta ei syitä käyttäytymiselle.⁸⁶ Evoluutiopsykologinen käyttäytymistaloustiede tuo paljon lisäarvoa käyttäytymistaloustieteellisille tutkimuksille.

Esimerkiksi evoluutiopsykologisen taloustieteen avulla voidaan selittää tiettyjä sijoittamiskäyttäytymistä selittäviä tekijöitä, kuten sitä, miksi miehet ottavat naisia enemmän riskejä.⁸⁷

3.2 Vinoumat, ylioptimismi, ylliuottamus...

Sijoittajan käytökseen ja sijoituspäätöksiin vaikuttavat psykologia ja tunteet, jopa erilaiset kognitiiviset harhat. Keskeisimpiä käyttäytymistaloustieteen selityksiä ovat *käyttäytymis- eli kognitiiviset vinoumat*.⁸⁸ Käyttäytymisvinoumillla viitataan ihmisillä esiintyviin taipumuksiin hahmottaa ja painottaa havaintojaan, tulkintojaan ja informaatiota tietyillä tavoilla. Käyttäytymisvinoumia on jopa pidetty yhtenä uutena markkinahäiriön tyyppinä ulkoisvaikutusten, markkinavoimien ja informaatioasymmetrian rinnalla.⁸⁹

⁸⁴ Mielenkiintoinen yksityiskohta asiassa on se, että yhdysvaltalaiset tuomioistuimet ja virastot ovat alkaneet huomioida käyttäytymistaloustiedettä ratkaisuisaan, mutta sen sijaan eurooppalaiset tuomioistuimet ja virastot eivät. Lisäksi Euroopassa pitäydytään edelleen pääsääntöisesti pitämään ihmistä rationaalisena toimijana eikä tosiasiallisia käyttäytymistapoja oteta huomioon, ks. *Hacker* 2015 s. 34–35.

⁸⁵ Ks. esim. *Faure – Luth* 2011 s. 339.

⁸⁶ *Piha – Lähteenmäki-Uutela* 2014 s. 311–312.

⁸⁷ Ks. *Piha – Lähteenmäki-Uutela* 2014 s. 310.

⁸⁸ *De Manuel Aramendía – Valiente* 2014 s. 4–6; *Kahneman – Riepe* 1998, s. 52–53; *Kahneman – Slovic – Tversky* 1982.

⁸⁹ *Lunn* 2015 s. 316–318.

Kognitiiviset vinoumat voidaan jaotella *heuristiikkaan*, *taipumuksiin* ja *lavastuksista johtuviin*. Heuristiikka on ongelmanratkaisumenetelmä.⁹⁰ Kyseessä on valmiiden, etukäteen mietittyjen tai hankittujen ratkaisumallien soveltaminen ongelmanratkaisutilanteissa, joissa päätökseen käytettävä aika on rajallinen.⁹¹ Taipumukset ovat puolestaan ihmiselle yksilöllisiä tapoja toimia vastoin sitä, miten saatavissa olevan tiedon mukaan kannattaisi toimia. Taipumuksista ylikuormitus, liika optimismi ja omia mielipiteitä tukevien tietojen suosiminen ovat keskeisimpiä käyttäytymisvinoumia, jotka vaivaavat sijoittajaa ja sijoitustuotteen tarjoajaa. Se, miten asiat on esitetty eli *lavastettu*, vaikuttaa myös päätöksentekoon huomattavasti.⁹² Lisäksi eri vaihtoehtojen yhdistäminen samaan päätökseen vaikuttaa henkilöiden päätöksentekoon.⁹³ Psykologit ovat myös havainneet, että sijoituskokemuksella on vaikutusta sijoittajan käyttäytymiseen.⁹⁴

⁹⁰ Kahneman 2011; Pölya 1948.

⁹¹ Ks. esim. OECD Consumer Policy Toolkit 2010 s. 42. OECD:n selvityksen mukaan käyttäytymistaloustiede on esimerkiksi osoittanut, että tehdessään hankalia päätöksiä liittyen esimerkiksi monimutkaiseen sijoitusinstrumenttiin kuluttajat alkavat käyttää päätöksentekonsa avuksi suhteellisen yksinkertaisia toimintatapoja, kuten tietynlaisia nyrkissäntöjä. Kuluttajat saattavat lisäksi jättää perustelematta joitain vaihtoehtoja valinnoistaan pois. On myös mahdollista, etteivät kuluttajat tee välttämättä lainkaan päätöksiä.

⁹² Helpoin esimerkki lavastuksen vaikutuksesta nähdään, kun lopputuloksia on kaksi, mutta vain toinen mainitaan kysymyksenasettelussa. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa sijoittajalla on vain tappion tekemisen todennäköisyys tai voiton saamisen todennäköisyys. Jos sijoittajalle sanotaan, että hänellä on 10 % mahdollisuus tehdä tappiota, on päätöksen jakauma erilainen kuin, jos hänelle sanotaan, että hänellä on 90 % mahdollisuus tehdä voittoa. *Tversky – Kahneman* 1986.

⁹³ *Tversky – Kahneman* 1981 s. 454–455. Jos tietty asia esitetään itsenäisesti (kuten esimerkiksi se, että sijoittajalla sijoittaessaan tiettyyn osakkeeseen on 30 % mahdollisuus tehdä tappiota), on sijoittajan päätös erilainen kuin, jos eri asioita esitetään yhdessä, samassa kontekstissa (esimerkiksi siten, että sijoittajalle sanotaan, että vaihtoehdossa A hänellä on 70 % mahdollisuus saada voittoa, mutta 30 % tehdä tappiota).

⁹⁴ Sekä pien- että ammattisijoittajat kärsivät kuitenkin molemmat edustavuusharhasta, joka tosin näyttäytyy pien- ja ammattisijoittajille eri lailla. Kun piensijoittaja kärsii *hot hands* eli ”kuumien käsien”-harhasta, on ammattilaisen ongelmana nk. *gamblers fallacy*. Piensijoittajat ovat usein trendinseuraajia, ja he olettavat, että esimerkiksi markkinoiden kehitys jatkuu samansuuntaisena kuin se on ollut. Nousukauden aikaan nousun uskotaan jatkuvan, ja laskukauden aikaan puolestaan markkinoiden ajatellaan menevän alamäkeen vastaisuudessakin. Ammattilaisten *gamblers fallacy* eli uhkapelaajan harha viittaa puolestaan siihen, että ammattilaiset uskovat trendin kääntyvän liian usein. Kurssien noustessa ammattisijoittajat uskovat, että pian kurssit taittuvat laskuun, vaikka näin ei välttämättä olisikaan. Hyvä esimerkki uhkapelaajan harhasta on klassinen kolikonheitotapaus. Ajatellaan tilannetta, jossa täysin satunnaisessa sarjassa heitetään kolikkoa, ja sarjassa tulee usean heiton ajan peräkkäin kruunaa. Monesti tässä tilanteessa tilannetta tarkkailevat henkilöt ajattelevat, että seuraavalla heitolla ”on pakko tulla klaava”, vaikka todennäköisyys kruunalle ja klaavalle (1/2) on edelleen sama. *Hirshleifer* 2001 s. 1533–1597; *Kahneman – Riepe* 1998, s. 55–56.

Myös *yliluottamus* voi vaivata sijoittajia tai sijoitustuotteita tarjoavia tahoja.⁹⁵ Yliluottamus on yksinkertaisesti taipumus yliarvioida omia kykyjä analysoida tietoa ja tehdä sen pohjalta oikeita päätöksiä.⁹⁶ Yliluottamuksen tavoin myös *liiallinen optimismi*⁹⁷ on yksi sijoittajien synneistä.⁹⁸ Taipumus vähätellä tai jättää kokonaan huomioimatta mielipiteet ja tiedot, jotka ovat omia mielipiteitä ja olettamuksia vastaan, vaikuttaa sijoittajan päätöksentekoon. Liiallinen usko tehdyn sijoituksen positiiviseen kehitykseen voi heikentää sijoittajan kykyä huomioida esimerkiksi sijoituksen arvon heikkeneminen.⁹⁹ *Daniel Kahnemanin* ja *Amos Tverskyn prospektiteoria*¹⁰⁰ tunnetun päätöksentekoteorian mukaan sijoittajat kiinnittävät huomiota voittoihin ja tappioihin enemmän kuin kokonaisvarallisuuden odotusarvoon. Lisäksi sijoittajien päätökset eivät perustu suurimmaksi osaksi todennäköisyyksiin ja rationaliteetteihin, vaan pikemminkin subjektiivisiin näkemyksiin. Kahnemanin ja Tverskyn mukaan sijoittajat myös reagoivat enemmän tappioon ja tappion karttamiseen kuin riskiin. Sijoittajat tai tuotteen tarjoajat eivät myöskään välttämättä yksinkertaisesti ymmärrä minkälainen riski johonkin tuotteeseen sisältyy.¹⁰¹ Ihmiset eivät myöskään välttämättä halua näyttää sitä, että he eivät tiedä tai ymmärrä jotain asiaa.¹⁰²

Sijoittajien käyttäytymiseen vaikuttaa myös *ankkurointi*¹⁰³ (*anchoring*), jolla tarkoitetaan sitä, että sijoittajat kiinnittävät huomiota, *ankkuroituvat*,

⁹⁵ Yliluottamusta esiintyy paljon psykologisissa sijoittajiin kohdistuvissa testeissä. *Nofsinger* 2005 s. 14; *Kahneman – Riepe* 1998 s. 53–54.

⁹⁶ *James Montier* tutki 2006 salkunhoitajien arvioita omasta suoriutumisestaan. Vastaa- jista 74 % katsoi suoriutuneensa keskimääräistä paremmin, ja lopusta 26 %:sta suurin osa arvioi suoriutuneensa keskimääräisesti. Tulos viittaa siihen, että luottamus omiin taitoihin on alalla suurta. *Montier* 2006.

⁹⁷ Ks. esim. *Klohn* 2009 s. 441–442.

⁹⁸ Tutkimuksissa on osoitettu, että optimistit myös aliarvioivat sellaisten huonojen tulosten tai tapahtumien todennäköisyyden, joihin he eivät voi itse vaikuttaa. Optimistit ovat taipuvaisia myös yliarvioimaan oman kontrollinsa asioihin ja tapahtumiin, ja aliarvioimaan sattuman vaikutuksen. *Kahneman – Riepe* 1998 s. 54.

⁹⁹ *Nofsinger* 2005 s. 64–68.

¹⁰⁰ *Kahneman – Tversky* 1979 s. 263–289. Prospektiteorian mukaisen hyötyfunktion mukaan henkilöiden tuntema tyytymättömyys on kaksinkertainen heidän menettäessään tietyn summan rahaa kuin henkilöiden kokemaa mielihyvää heidän voittaessaan täsmälleen saman summan rahaa. Kahnemanin ja Tverskyn tutkimuksen mukaan henkilöiden riskin karttaminen positiivisten lopputulemien eli voittojen kohdalla muuttuu negatiivisten tulemien eli tappioiden kohdalla riskihakuisuudeksi. Kahneman ja Tversky kutsuvat tätä heijastusvai- kutukseksi (*reflection effect*). Sijoittaja arvioi siis usein tuottojen menettämistä riskiä kart- tavasti, mutta tappioiden tekemistä riskihakuisesti. *Tversky – Kahneman* 1992 s. 297–323; *Kahneman – Knetsch. – Thaler* 1990; *Tversky – Kahneman* 1981 s. 454.

¹⁰¹ *Law* 2010 s. 24–28. Ks. myös *Wuolijoki* 2016 s. 296.

¹⁰² *Minor* 2012 s. 1.

¹⁰³ Ks. esim. *Kahneman – Tversky* 1974 s. 1128–1130.

johonkin tiettyyn irrelevanttiin sijoituskohdetta koskevaan informaatioon, vaikka kyseinen tieto ei vaikuttaisi millään lailla arvopaperin arvoon.¹⁰⁴ Sijoittajiin vaikuttaa myös muiden tahojen käyttäytyminen. *Laumakäyttäytymiseksi* (*herd behavior*) kutsuttu käyttäytymismalli voi muuttaa sijoittajan käyttäytymistä radikaalisti verrattuna siihen, miten sijoittaja käyttäytyisi, jos toimisi yksin. Laumakäyttäytymisestä oli kyse esimerkiksi institutionaalisten sijoittajien toiminnasta ennen finanssikriisin puhkeamista 2007–2008 Yhdysvalloissa: monet tahot ostivat CDO-tuotteita tutustumatta niihin, koska muutkin tekivät niin.¹⁰⁵ Myös *Ville Rantalan* tutkimus Wincapita-pyramidihuijauksen leviämisestä on osoitus siitä, miten suuri vaikutus kanssajohdattajilla on sijoittajan toimintaan.¹⁰⁶

Rahoitusmarkkinat myös vahvistavat sijoittajien käyttäytymismalleja. Sijoittamisessa vaaditaan usein monimutkaiseen ja runsaaseen tietoon perustuvia päätöksiä, jotka on tehtävä suhteellisen lyhyessä ajassa. Palaute päätösten kannattavuudesta tulee vasta jälkeenkäpäin, ja sitä, mikä meni hyvin tai huonosti, voi olla vaikea tulkita.¹⁰⁷

Euroopan komissio on teettänyt vuonna 2010 tutkimuksen¹⁰⁸, jossa kysyttiin 6 000 kuluttajalta kahdeksasta¹⁰⁹ eri EU-jäsenmaasta sijoituspäätösten tekemisistä. Tulosten mukaan kuluttajat¹¹⁰ eivät tiedä välttämättä edes rahoitusmarkkinoiden peruskäsitteistöä ja -konsepteja.¹¹¹ Sijoitusten riskien ymmärtämisessä oli myös suuria puutteita. Esimerkiksi melkein 40 % vastaajista oletti, että osakesijoituksissa pääoma on turvattuna aina. Tulosten mukaan sellaiset henkilöt, jotka olivat tutustuneet rahoitusmarkkinoiden toimintaan ja sijoitustuotteisiin etukäteen ja pystyivät ymmärtämään sijoituskohteita, tekivät parempia sijoituksia kuin ne sijoittajat, jotka eivät olleet hankkineet tietoa rahoitusmarkkinoista ja sijoittamisesta. Lisäksi fi-

¹⁰⁴ *Kahneman – Tversky* 1974 s. 1128–1130.

¹⁰⁵ *Davidoff – Hill* 2013 s. 601 ss.

¹⁰⁶ *Rantala* 2015. Ks. myös *Klohn* 2009 s. 443.

¹⁰⁷ Ks. esim. *Klohn* 2009 s. 444.

¹⁰⁸ Decision Technology Ltd: Consumer Decision-Making in Retail Investment Services: A Behavioural Economics Perspective Final Report November 2010.

¹⁰⁹ Kyseiset maat olivat Saksa, Iso-Britannia, Ranska, Italia, Ruotsi, Puola, Romania ja Tšekki.

¹¹⁰ On mielenkiintoista, että finanssikriisin jälkeen EU:n lainsäädäntövalmistelussa on ollut havaittavissa muutos suhtautumisessa sijoittajiin. Kun ennen puhuttiin ”piensijoittajista”, puhutaan nyt ”finanssituotteiden ja -palvelujen kuluttajista”. *Moloney* 2012 s. 172 ss. Näkökulman muutos voi aiheuttaa joitakin ongelmia, sillä siinä saattaa hämärtyä sijoittamisen merkitys nimenomaisesti riskin ottamisena sekä rahoitusmarkkinoiden toiminnan kannalta, *Moloney* 2012 s. 190–193. *Rudanko* on todennut jo 1998, että jos sijoittaja ymmärretään sijoitushyödykkeiden kuluttajaksi, sijoittajansuoja on käsitteellisesti lähellä kuluttajansuojaa, *Rudanko* 1998 s. 61 ss.

¹¹¹ Näin myös *Inderst – Ottaviani* 2012 s. 239.

nanssialaa enemmän tuntevat asiakkaat hakevat useiden tutkimusten mukaan enemmän neuvontaa koskien sijoitustuotteita ja -vaihtoehtoja.¹¹² Komission kyselyn mukaan ainoastaan 48 % vastaajista kertoi saaneensa omasta mielestään tarpeeksi informaatiota sijoitustuotteista ennen sijoituspäätöksen tekemistä.¹¹³ Myös muissa tutkimuksissa on todettu, etteivät kuluttajat ota oma-aloitteisesti selvää sijoitustuotteista; esimerkiksi auton valintaan käytetään paljon enemmän aikaa kuin sijoitustuotteen tai asuntolainan valitsemiseen.¹¹⁴ Kuluttajat myös luottavat hyvin paljon siihen, mitä sijoitustuotteen myyjä sanoo. Myyjien intressit voivat kuitenkin olla esimerkiksi palkkioiden takia toisenlaiset kuin sijoitustuotetta etsivän kuluttajan.¹¹⁵ Toisaalta asiakkaiden tyytyväisyydellä annettuun sijoitusneuvontaan ja päätöksenteolla ei välttämättä ole mitään tekemistä sijoitusneuvonjen ja annetun tiedon kanssa, vaan esimerkiksi tuotteen tarjoajan ystävällisyydellä ja olemuksella voi olla vaikutusta sijoittajien päätöksentekoon.¹¹⁶ Kuluttajien perustietämystaso esimerkiksi matematiikassa tai kriittisessä lukutaidossa voi olla heikompi kuin on kuviteltu.¹¹⁷ Vaikka materiaalia olisi saatavilla, kuluttajat usein allekirjoittavat lukematta ja tutustumatta materiaaliin. Tiedonantovelvoitteilla ei voida taata sitä, että kuluttajat toimitisivat rationaalisesti itse ja tutustuisivat annettuihin aineistoihin.¹¹⁸

3.3 Tuleeko lainsäätäjän puuttua sijoittajien käyttäytymiseen?

Pitääkö sijoittajien käyttäytymistä ohjata? Vai pitäisikö sijoittajien itse ottaa vastuu siitä, etteivät he lue annettua materiaalia? Eikö nyt tehdä jo tarpeeksi, kun palvelun tarjoajalla on laaja tiedonantovelvoite? Käyttäytymis-

¹¹² *Inderst – Ottaviani* 2012 s. 239 viitteineen.

¹¹³ Decision Technology Ltd 2010 s. 383–387.

¹¹⁴ *Minor* 2012 s. 2.

¹¹⁵ Ks. Synovate Ltd: Consumer Market Study on Advice within the Area of Retail Investment Services – Final Report Prepared for: European Commission, Directorate-General Health and Consumer Protection, 2011. Ks. myös *Inderst – Ottaviani* 2012 s. 239–244. Lisäksi on muistettava, että erilaiset käyttäytymismallit koskevat myös tuotteen tarjoajia. Harvardin yliopiston professori *Mullainathan* teki käyttäytymistaloustieteellisen tutkimuksen, jossa tarkoituksena oli koeostoksin selvittää, millaista tietoa arvopaperinvälittäjät antavat rahastoista. Tutkimuksessa kävi ilmi, että sijoitusneuvojat ohjaavat asiakkaita korkean riskin sijoituskohteisiin, vaikka asiakkailla olisi matalan riskin sijoittajaprofiili. Tämä johtui siitä, että sijoitusneuvojat saivat paremmat korvaukset (kulut ovat korkeampia korkeariskisissä tuotteissa) myydessään riskipitoisempia tuotteita, *Mullainathan* 2011.

¹¹⁶ *Oehler – Werner* 2009 s. 91–93.

¹¹⁷ European Commission: Consumer Empowerment in the EU, SEC (2011), 469 Final 2011.

¹¹⁸ *Faure – Luth* 2011 s. 338 viitteineen ja s. 349–350.

taloustieteen kritisoijat tuovat esille, että havainnot empiirisistä kokeista ihmisten käyttäytymisestä kohdistuvat usein tietynlaiseen kontekstiin, kuten tiettyihin tuotteisiin tai ihmisryhmiin.¹¹⁹ Käyttäytymistaloustieteellisten tutkimustulosten huomioon ottamisesta lain säätämisessä ja soveltamisessa on erilaisia näkemyksiä. Yhtäältä on esitetty, että lainsäädännössä pitäisi ottaa huomioon ihmisten käyttäytyminen.¹²⁰ Toisaalta mikäli lainsäädännössä huomioitaisiin ihmisten tosiasiallinen käyttäytyminen, on huolenaiheena esitetty muun muassa, että ihmisten toimintoja alettaisiin ohjailta liikaa ja esimerkiksi sijoittajien kohdalla tämä tarkoittaisi jopa sitä, että sijoittajien ”*oikeus tehdä itsestään tyhmiä*” vesittyisi.¹²¹

Yksi käyttäytymistaloustieteen keinoista on käytännössä ns. tuuppaaminen (*nudging*), jossa ihmistä pyritään tämän päätöksentekoympäristöä muokkaamalla esimerkiksi tietyn ohjeistuksen samaan tekemään toivotut valinnat ja päätökset.¹²² Tiedonantovelvollisuudet ja erilaiset varoitukset ovat tuuppaamisen keinovalikoimassa. Tutkimusten mukaan tuuppaaminen toimii parhaiten silloin, jos se on pienimuotoista.¹²³ Tuuppaamisen ideana on, että tekijää, kuten sijoittajaa, ei suoraan kielletä ja määrätä, vaan tekijän päätöksenteko-oikeus säilyy edelleen.¹²⁴ Tuuppaamista on kritisoitu siitä, että se vähentää ihmisten omaa toimintavalmiutta ja kykyä tehdä päätöksiä. Siitä siinä ei ole kuitenkaan kyse, vaan tuuppaamisella pyritään vaikuttamaan esimerkiksi ihmisten käyttäytymisvinoumiin- ja taipumuksiin.¹²⁵

Sijoitustuotteiden tarjoajan tiedonantovelvollisuuden tarkoituksena on, että sijoittaja ymmärtää, mistä tuotteesta on kysymys ja tekee itsenäisesti sijoituspäätöksen, jossa ottaa samalla riskin sijoituksen menettämisestä. Tässäkään ei ole tavoitteena se, etteikö sijoituksia tehtäisi. Sijoituspäätösten pitää kuitenkin perustua annettuun tietoon ja ymmärrykseen annetusta informaatiosta. Mikäli informaatio on selkeää ja ymmärrettävää, voidaan välttää useita riitoja sijoittajien ja tuotteen tarjoajien välillä. Tämä parantaa sijoittajien ja kuluttajien luottamusta rahoitusmarkkinoiden toimintaan, vähentää turhia kuluja ja riskejä ja tehostaa rahoitusmarkkinoiden toimintaa.

¹¹⁹ Faure – Luth 2011.

¹²⁰ Ks. esim. Arsalidou 2012.

¹²¹ Klohn 2009 s. 437–439. Käsitettä on käyttänyt Louis Loss ensimmäisen kerran, Loss 1963 s. 53.

¹²² Faure – Luth 2011 s. 346–347; Thaler – Sunstein 2008 s. 81–100.

¹²³ Ali – Ramsay – Read 2014 s. 298 ss.

¹²⁴ Sunstein 2015 s. 207.

¹²⁵ Sunstein 2015 s. 208–210.

4 SJOITTAJAN SELONOTTOVELVOLLISUUS – MITÄ SE TARKOITTAÄ?

4.1 Mihin selonottovelvollisuus kohdistuu?

Sijoittaja voi tilanteesta riippuen toimia epärationaalisesti erilaisten käytäytymisvinoumien tai lähipiirin toimien ohjatessa hänen toimintaansa. Mutta mitä sijoittajalta vaaditaan ennen sijoituspäätöksen tekemistä? Mitä sijoittajan selonottovelvollisuus tarkoittaa?

Sopimusoikeuden yleisien oppien mukaan sopimusosapuolille asetetaan yleensä jonkinasteinen selonottovelvollisuus toisen sopimusosapuolen antamista tiedoista.¹²⁶ On huomioitava, ettei selonottovelvollisuus ole *velvoite* velvoiteoikeudellisessa mielessä, vaan kyseessä on eräänlainen toimintatapaodotus. Selonottovelvollisuudessa on yksinkertaisimmillaan kyse siitä, että sijoittajan on tutustuttava hänelle ennen sijoituksen tekemistä annettuun materiaaliin. Jos sijoittaja ei tätä tee, hän kantaa itse riskin siitä, ettei voi myöhemmin menestyä asiaa koskevassa riidassa. Tämä tarkoittaa sitä, että jos sijoittaja ei ole esimerkiksi lukenut annettua materiaalia eikä ole siten ennen sijoituksen ostamista huomannut, että sijoitustuotteeseen liittyy riski pääoman menettämisestä, hän ei voi vedota tuotteen tarjoajan tiedonantovelvollisuuden laiminlyöntiin, jos annetuista materiaaleista on käynyt selkeästi ilmi se, ettei tuote ole ollut pääomaturvattu. Sopimusoikeuden oletuksena on, että selonottovelvollisuus on itsestään selvä asia. Tuotteen tarjoajille asetettavat laajat tiedonantovelvoitteet on säädetty sillä olettamuksella, että rationaalisesti toimiva asiakas itse tutustuu annettuun aineistoon eikä lakiin ole kirjattu sijoittajalle velvollisuutta tutustua annettuun materiaaliin. Mikäli selonottovelvollisuus laiminlyödään, menettää asiakas kuitenkin usein mahdollisuutensa vedota sellaiseen seikkaan, josta hänen olisi itse pitänyt ottaa selvää.

Selonottovelvollisuus on olemassa – oli kyseessä arvopaperi- tai vakuutustuote. Hallituksen esityksessä vakuutusoppimuslaiksi todetaan, että vakuutuksenottajan on *kohtuullisella huolellisuudella* perehdyttävä vakuutuksenantajalta saamaansa informaatioon.¹²⁷ Vakuutuksenottajalla on siis

¹²⁶ Ks. esim. *Norros* 2009 s. 377 viitteineen. Selonottovelvollisuuden teoreettisista lähtökohdista ks. *Wuolijoki* 2009 s. 336–343. *K. Hoppu* käyttää käsitettä *sijoittajan huolellisuusvelvoite*, joka pitää sisällään myös selonottovelvollisuuden, *K. Hoppu* 2009 s. 255–257.

¹²⁷ Jos vakuutuksenottajalle syntynyt väärä käsitys johtuu esimerkiksi siitä, ettei hän ollut kohtuullisen huolellisesti perehtynyt saamiinsa tietoihin, hän ei voi vedota VSL 9 §:ään. Vakuutuksenottaja ei myöskään voi vedota markkinointitietoon, jonka hän tiesi virheelliseksi. HE 114/1993 vp s. 29.

velvollisuus tutustua vakuutuksenantajalta saamaansa aineistoon ja lukea se kohtuullisella huolellisuudella. Vakuutuksenottaja ei voi vedota sellaiseen seikkaan, joka hänellä pitäisi olla tiedossa, mutta johon hän ei ole tutustunut. Jos vakuutuksenottaja ei ole ennen vakuutussopimuksen solmimista tutustunut saamaansa aineistoon¹²⁸, hän ei voi saada vakuutuksenantajaa vastuuseen sellaisesta seikasta, joka hänen olisi pitänyt tietää. Arvopaperituotteiden osalta sijoituspalvelulaissa tai sen lainvalmisteluasiakirjoissa ei ole asiasta mainintaa, mutta vastaava velvollisuus on myös arvopaperituotteissa sopimusoikeuden yleisten oppien perusteella. Velvollisuus tutustua annettuun aineistoon tarkoittaa siis tarkemmin sanottuna sitä, että annetut tiedot, sopimus, sitovat ilman niiden lukemistakin.¹²⁹

Selonottovelvollisuuden laiminlyönti ilmenee yleensä tilanteessa, jossa asiakas väittää, että tuotteen tarjoaja on joko jollakin tavoin laiminlyönyt tiedonantovelvollisuutensa, laiminlyönyt arvopaperituotteissa sijoittajan sijoittajaprofiilin selvittämisen tai myynyt asiakkaalle esimerkiksi sellaisen arvopaperituotteen, joka ei ole sopinut tämän sijoittajaprofiiliin. Monesti sijoitustuotteiden riitatilanteet ovat liittyneet samankaltaisiin, usein toistuviin kysymyksiin, kuten tuotteen riskipitoisuuteen, pääomaan, tuotoon ja kuluihin liittyviin epäselvyyksiin. Kun finanssimarkkinoilla tuotteen tarjoajille on asetettu laaja tiedonantovelvollisuus, tarkoittaa se myös sitä, ettei sijoitustuotteen ostajalla ole *oma-aloitteista* selonottovelvollisuutta sijoitustuotteen tai sopimuksen sisällöstä.¹³⁰ Tiedonantovelvollisuus siis supistaa selonottovelvollisuutta.¹³¹ Mikäli sijoittaja on laiminlyönyt velvollisuutensa tutustua annettuun materiaaliin, hän kantaa tällöin vastuun siitä, ettei tule menestymään mahdollisessa asiaa koskevassa riitatilanteessa.¹³² Vastaavasti jos tuotteen tarjoaja on laiminlyönyt lain mukaisen tiedonantovelvollisuutensa, tämä ei voi vedota tuotteen ostajan selonottovelvollisuuden laiminlyöntiin.

¹²⁸ Vakuutussopimus syntyy usein siten, että vakuutuksenottaja vierailee vakuutusyhtiön tai esimerkiksi vakuutusyhtiön asiamiehenä toimivan pankin konttorissa. Hän saa sieltä vakuutustarjouksen, mahdollisesti sopimusehdot ja tuote-esitteen. Jos vakuutuksen hakija on tyytyväinen sopimukseen, kehottaa vakuutuksenantaja tai tämän edustaja vakuutuksen hakijaa allekirjoittamaan vakuutushakemuksen ja lähettämään sen yhtiöön. Se, että tuleva vakuutuksenottaja lähettää allekirjoitetut asiakirjat, on vahva indisio siitä, että tämä on tutustunut sopimukseen ja sen ehtoihin ja hyväksyy ne.

¹²⁹ Wuolijoki 2009 s. 344.

¹³⁰ Sijoittajan ei siis tarvitse mennä sijoituspalveluyrityksen tai vakuutusyhtiön tiskille, ja kysyä yksityiskohtaisia kysymyksiä tuotteista – riittää, että hän osoittaa kiinnostuksensa sijoittamisesta. Yleisesti vastuun jakautumisesta *Hemmo* 2007 s. 296–297.

¹³¹ Wuolijoki 2009 s. 333–334.

¹³² Ks. esim. Wuolijoki 2009 s. 334.

Sijoittajan selonottovelvollisuuteen on otettu kantaa sekä oikeus- että lautakuntien ratkaisukäytännössä¹³³. Tapauksessa KKO 2011:5¹³⁴ korkein oikeus on hallituksen esityksen mukaisesti todennut, että vakuutuksenottajan voidaan edellyttää *tutustuvan kohtuullisella huolella hänelle toimitettuun kirjalliseen aineistoon*.¹³⁵ Sekä Arvopaperilautakunnassa että Vakuutuslautakunnassa on käsitelty useita sijoitusten myyntitilanteisiin liittyviä tiedonantovelvollisuuskysymyksiä, joiden käsittelyssä lautakunnat ovat ottaneet kantaa myös sijoittajien selonottovelvollisuuteen lyhyesti. Vakuutuslautakunnan mukaan vakuutuslainsäätelyn mukainen vakuutuksenottajan tiedonantovelvollisuus ei poista vakuutuksenottajan velvollisuutta itsenkin perehtyä tekeillä olevan vakuutuslainsäätelyn sisältöön. Mikäli hän ei näin tee, hän on lain mukaan lähtökohtaisesti itse vastuussa tästä mahdollisesti aiheutuvista oikeudenmenetyksistä tai väärinkäsityksistä.¹³⁶ Vakuutuslautakunnan mukaan vakuutuksenottajan on perehdyttävä annettuun materiaaliin *asianmukaisella huolellisuudella, normaalilla huolellisuudella tai huolellisesti*.¹³⁷

¹³³ Vakuutuslautakunta ja Arvopaperilautakunta ovat osa finanssialan sopimusperusteista organisaatiota, johon kuuluvat edellä mainittujen lisäksi Vakuutus- ja rahoitusneuvonta ja Pankkilautakunta. Lautakuntien tehtävänä on edistää hyvää vakuutus-, pankki- ja arvopaperimarkkinatappaa finanssisektorin toiminnassa antamalla ratkaisusuosituksia palvelun tarjoajien ja asiakkaiden välisiin erimielisyyksiin. Vakuutuslautakunta antaa ratkaisusuosituksia mm. vakuutuksenottajan lautakunnalle esittämistä vakuutus-suhteeseen liittyvistä, lain ja vakuutusehtojen tulkintaa ja soveltamista koskevista erimielisyyksistä. Arvopaperilautakunta antaa ratkaisusuosituksia ei-ammattimaisten asiakkaiden ja palvelun tarjoajien lautakunnalle esittämistä erimielisyyksistä. Ks. lisää Finanssialan sopimusperusteisen asiakasorganisaation ohjesääntö.

¹³⁴ Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2011:5 oli kyse sijoitussidonnaisen vakuutuksen tarjoajan tiedonantovelvollisuuden täyttymisestä vakuutuksenottajalle ennen sopimuksen solmimista. Tapauksessa B:n puoliset olivat sijoittaneet säästöhenkivakuutukseen, jonka vakuutussäästön arvo oli sidottu rahastoihin. B:n puoliset menettivät suuren osan sijoittamastaan pääomasta ja oikeuden ratkaistavana oli, oliko vakuutuksenottajille ollut ennen sopimuksen solmimista selvää, että he voivat menettää jopa koko pääomansa. Tapauksen analysoinnista, ks. *Norio-Timonen* 2011a s. 42–53 ja *Norros* 2011 s. 799–809.

¹³⁵ KKO 2011:5, perustelujen kohta 17. Korkein oikeus on päättänyt kuitenkin ratkaisusaan siihen lopputulokseen, ettei B:n puolisoille toimitettu kirjallinen aineisto vakuutuksen sijoitusriskistä ole riittänyt täyttämään vakuutuksenottajan tiedonantovelvollisuutta. Kuitenkin koska B:n puoliset ovat sijoittajina olleet kokeneita, korkein oikeus on katsonut, että puolisoille annetut suulliset tiedot vakuutuksen riskistä ovat riittäneet täyttämään vakuutuslainsäätelyn mukaisen tiedonantovelvollisuuden. Tällä hetkellä tilanne on erilainen siinä suhteessa, että oikeusministeriön antaman henkivakuutusasetuksen mukaan henkivakuutuksen ottajalle on annettava kirjallisesti asetuksen mukaiset tiedot ennen sopimuksen solmimista.

¹³⁶ Ks. esim. VKL 148/2009.

¹³⁷ Ks. esim. ratkaisut VKL 149/2009, VKL 310/2012 ja VKL 8/2009.

Vastaavasti Arvopaperilautakunta on todennut, että asiakkaalla itsellään on myös velvollisuus tutustua hänelle annettuihin asiakirjoihin sekä tehdä tarkentavia kysymyksiä epäselviksi jääneistä seikoista.¹³⁸ Sijoittajan vastuulla on *tutustua riittävästi kaikkeen saamaansa aineistoon*.¹³⁹ Arvopaperilautakunta on muun muassa katsonut, että jos sijoitusrahastosta on annettu asiakkaalle rahaston säännöt, perehtymistä sääntöihin voidaan pitää asiakkaalta kohtuudella odotettavissa olevana toimenpiteenä osana sijoituskohteisiin perehtymistä.¹⁴⁰

4.1.1 Tiedonantovelvollisuuden toteuttaminen kirjallisesti

Sekä korkeimman oikeuden että lautakuntien ratkaisut osoittavat, että sijoittajan selonottovelvollisuus kohdistuu käytännössä kaikkeen tuotteen tarjoajan antamaan materiaaliin. Kuten edellä on jo todettu, monet tuotteen tarjoajan tiedonantovelvollisuuteen liittyvät riidat koskevat sijoitustuotteen perusominaisuuksia. Sijoituspäätökseen vaikuttavat monesti kysymykset sijoituksen riskipitoisuudesta, pääoman menettämisen mahdollisuudesta, tuotto-odotuksesta, kuluista ja tuotteen verotuksellisesta kohtelusta. Samat kysymykset nousevat esille tiedonantovelvollisuutta koskevissa riidoissa: sijoittaja on voinut väittää, että tuotteen tarjoaja on laiminlyönyt tiedonantovelvollisuutensa ja jättänyt kertomatta tai antanut harhaanjohtavan kuvan tuotteeseen liittyvästä riskistä, kuten pääoman menettämisestä tai tuotto-odotuksista.

Tiedonantovelvollisuus voidaan täyttää sekä vakuutuksissa että arvopaperituotteissa puhtaasti kirjallisesti. Oikeusministeriön henkivakuutusasetuksen¹⁴¹ johdosta sijoitussidonnaisissa vakuutuksissa on annettava kirjallisesti tietyt keskeiset sopimukseen liittyvät asiat. Tämä korostaa entisestään sijoittajan oma-aloitteista selonottovelvollisuutta, sillä sijoittajan pitää tutustua annettuun aineistoon. Sijoituspalvelulain 10:5.4:n mukaan osa annettavista tiedoista on annettava ei-ammattimaiselle asiakkaalle *pysyvällä tavalla* eli käytännössä esimerkiksi kirjallisesti¹⁴². Ammattimaiselle asi-

¹³⁸ Ks. esim. APL 13/2013.

¹³⁹ Esim. APL 17/2013 ja APL 28–30/2011.

¹⁴⁰ Näin APL 5/2010.

¹⁴¹ Oikeusministeriön asetus henkivakuutuksesta annettavista tiedoista 177/2011.

¹⁴² ”Pysyvällä tavalla” tarkoitetaan sitä, että tiedot on annettava siten, että ne osoitetaan asiakkaalle henkilökohtaisesti joko kirjallisesti tai muulla pysyvällä tavalla siten, että asiakas voi säilyttää, tallentaa ja toisintaa ne muuttumattomina tai siten, että tiedot ovat saatavissa sijoituspalveluyrityksen internetsivuilla niin kauan kuin asiakkaan voidaan olettaa niitä tarvitsevan. Tiedot voidaan antaa muulla pysyvällä tavalla kuin kirjallisesti vain, jos tietojen antaminen tällä tavalla on asianmukaista sijoituspalveluyrityksen ja asiakkaan

akkaalle annettavien tietojen esittämis- ja antamistapaa ei ole säännelty. Jos tuotteesta annetaan tietoa ammattimaiselle asiakkaalle sekä suullisesti että kirjallisesti, kohdistuu selonottovelvollisuus kokonaisuudessaan annettuihin tietoihin.¹⁴³

4.1.2 Tiedonannon puutteellisuus tai ristiriitaisuus

Miten sitten pitäisi arvioida tilannetta, jossa sijoittajalle on annettu materiaalia, mutta jokin olennainen tieto on jäänyt puuttumaan? Lähtökohtana on, että sijoittajan selonottovelvollisuuteen ei kuulu se, että sijoittajan tulisi oma-aloitteisesti tietää, mitä materiaalia hänelle tulisi antaa. *Kari Hoppu* on esittänyt, että mikäli vakuutuksenottaja huomaa, että esimerkiksi tuoteseloste on jäänyt pois annetusta materiaalista, hänen tulee tiedustella puuttunutta asiakirjaa vakuutuksenantajalta.¹⁴⁴ Tilanne voi olla esimerkiksi sellainen, että tuoteselosteessa on tuotu esille sijoitussidonnaiseen vakuutukseen liittyvä riski vakuutussäästön arvon alenemisesta. *Olli Norros* pitää kantaa perusteltuna sen johdosta, että jos asiakas on ymmärtänyt, että vakuutuksessa on ollut kyse välillisestä arvopaperisijoituksesta, pitäisi huolellisen sijoittajan olla kiinnostunut oma-aloitteisesti kyseisen sijoitustuotteen riskistä.¹⁴⁵ Mikäli luovutetusta materiaalista tai olosuhteista ei voi päätellä, että annetusta materiaalista puuttuu jotain, asiakkaalla ei ole velvollisuutta tietää tai huomata tätä. Jos asiakas on allekirjoittanut vakuutus-sopimuksen tai muun sijoitustuotetta koskevan asiakirjan, kuten merkintä-lomakkeen, jossa luetellaan hänelle annetut asiakirjat, on perusteltua vaatia asiakkaalta huomion kiinnittämistä siihen, että jokin mainituista asiakirjoista puuttuu.

Vaikka sijoitussidonnaisissa vakuutuksissa vakuutuksen hakijalle sekä ei-ammattimaisille arvopaperisijoittajille on annettava tiedot sijoituksesta

välisen liiketoimen toteuttamisen yhteydessä ja asiakas on valinnut tiedon toimittamisen tällä tavalla (SPL 10:1.2 §). Asiakkaan suostumuksella tiedot voidaan antaa asiakkaalle sijoituspalveluyrityksen internetsivuilla ilman, että ne on osoitettava asiakkaalle henkilökohtaisesti, jos se on asianmukaista sijoituspalveluyrityksen ja asiakkaan välisen liiketoimen toteuttamisen yhteydessä ja tiedot ovat saatavilla niin kauan kuin asiakkaan voidaan olettaa niitä tarvitsevan.

¹⁴³ Vaikka Arvopaperilautakunta ei käsittelekään ammattimaisten asiakkaiden valituksia, on lautakunta lausunut myös suullisen tiedonannon osalta ennen kuin MiFIDin mukainen ”pysyvällä tavalla” annettu tiedonantovelvollisuus tuli voimaan. Arvopaperilautakunnan mukaan pankin tai muun sijoituspalveluyrityksen tiedonantovelvollisuuden täyttämistä arvioidaan kokonaisuutena, jossa otetaan huomioon sekä kirjallisesti että suullisesti annetut tiedot, ks. esim. APL 28–30/2011.

¹⁴⁴ *K. Hoppu* 2004 s. 320.

¹⁴⁵ *Norros* 2009 s. 381–382.

kirjallisesti, tai arvopaperituotteissa muulla ”pysyvällä tavalla”, tilanne voi käytännössä olla sellainen, että kirjallisen materiaalin lisäksi tuotteen tarjoaja antaa suullista informaatiota tuotteesta. Miten tulisi arvioida tilannetta, jossa tuotteen tarjoaja on antanut tuotteesta suullisesti eri tietoja kuin kirjallisesta materiaalista käy ilmi? Tuotteen tarjoaja on voinut suullisesti kuvata tuotteen olevan matalariskinen, kun taas tuote-esitteessä tuotetta kuvataan korkeariskiseksi. Lähtökohtaisesti sijoittaja ei voi tietää, mikä annetusta tiedosta on paikkansapitävää eikä häneltä tätä pääsääntöisesti voitane vaatia.¹⁴⁶ On esitetty, että asiakkaalla voi olla velvollisuus huomata, jos hänelle suullisesti annettu informaatio poikkeaa kirjallisesta materiaalista.¹⁴⁷

Arvopaperilautakunnan tapauksessa APL 7/2014 oli kyse asiakkaalle annetusta osakesertifikaattien erääntymisestä koskevasta oikeasta informaatiosta. Sertifikaatti on pankin tai rahoitusyhtiön liikkeeseen laskema arvopaperi, jonka arvo määräytyy kohde-etuuden arvonkehityksen perusteella, tässä tapauksessa kohdeosakkeiden arvon perusteella. Lautakunta katsoi, että asiakkaalle oli puhelimesta suullisesti annettu harhaanjohtavaa tietoa sertifikaatin kaupankäynnin lopettamisesta. Asiakkaalle oli nimittäin kerrottu, että kaupankäynti voidaan lopettaa ainoastaan, mikäli kohdeosakkeen arvo putoaa päivässä 33 % tai yhtiö joutuu konkurssiin. Tuotteen ehtojen mukaan liikkeeseenlaskijalla oli kuitenkin oikeus päättää kaupankäynnin lopettamisesta milloin tahansa. Annetun informaation seurauksena ja informaatioon perustuvan toimintansa vuoksi asiakas oli kärsinyt sijoitustappion. Lautakunta katsoi, että asiakas on voinut luottaa saamaansa suulliseen informaatioon, vaikka hänelle annetussa esitteessä oli ollut oikeaa tietoa sertifikaattien myymisestä.

Vaikka tapauksessa ei olekaan kyse tiedonannosta ennen sijoitustuotteen ostamista, on se silti tutkimusaiheen kannalta mielenkiintoinen. Vaikka sijoittajalle oli annettu kirjallisesti sijoitusta koskevat oikeat tiedot ennen sopimuksen solmimista, suullinen tiedonsaanti on riittänyt ohittamaan tämän. Vaikka edellä mainittu tapaus on hieman erilainen kuin tilanteet, joissa tiedonantovelvollisuutta täytetään ennen sijoituksen tekemistä, ta-

¹⁴⁶ Vakuutusten osalta samansuuntaisesti *E. Hoppu – Hemmo* 2006 s. 47–48. E. Hopun ja Hemmon mukaan tilanteessa, jossa vakuutuksenottajalle annettu kirjallinen aineisto antaa ristiriitaisen kuvan vakuutus sopimuksen sisällöstä, tulee suurempi painoarvo antaa yksilölliselle vakuutustarjoukselle ja muulle asiakaskohtaiselle aineistolle kuin vakiomuotoiselle esiteaineistolle (näin myös VKL 636/2004). Mikäli yksilöllinen aineisto on virheellistä, mutta vakiomuotoinen esiteaineisto paikkansa pitävää, ei vakuutuksenantaja voi vedota tiedon oikeellisuuteen. *E. Hoppu – Hemmo* 2006 s. 48.

¹⁴⁷ *Wuolijoki* 2009 s. 457.

pauksen perusteella voitaneen päätellä, että ennen sijoituksen tekemistä sijoitustuotteesta annettu suullinen informaatio mennee kirjallisen informaation edelle, mikäli annettu suullinen informaatio pystytään näytöllä, kuten keskustelun nauhoituksella, osoittamaan.

Tilanteen arviointiin voi vaikuttaa se, missä ja minkälaisessa muodossa ”oikea” tieto on annettu. Jos tieto on ollut helposti havaittavissa esimerkiksi tuote-esityksen ensimmäisellä sivulla, on perusteltua, että asiakas on tutustunut kirjalliseen aineistoon kohtuullisella huolellisuudella. Edellä mainitussa tapauksessa ei ole otettu kantaa siihen, minkälainen esite on ollut tai onko oikea tieto ollut kohtuudella löydettävissä. Jos tieto on ollut oleellista sijoittajan sijoituspäätöksen tekemisen kannalta ja ”oikea” tieto ei ole helposti löydettävissä tai huomattavissa lukuisten asiakirjojen seasta, saa suullinen tiedonanto suuremman merkityksen eikä sijoittajalta ole voitu välttämättä edellyttää oikean tiedon löytämistä annettujen asiakirjojen joukosta, sillä hänellä on oikeus luottaa tuotteen tarjoajan sanaan, kuten myös ratkaisu APL 7/2014 osoittaa. Jos tieto koskee sijoituspäätöksen kannalta merkittävää asiaa, voidaan asiaa koskevan suullisen tiedonannon katsoa jopa rinnastuvan velvollisuuteen korostaa ankaria ja yllättäviä ehtoja. Varsinkaan kokemattomat sijoittajat tai johonkin uuteen sijoitustuotteeseen sijoittavat henkilöt eivät välttämättä ymmärrä tuotteisiin sisältyviä riskejä. Sen vuoksi on tärkeää, että tuotteen tarjoajat korostavat myyntitilanteessa tuotteisiin liittyviä olennaisia perusasioita.

Toisaalta se, että sijoitussidonnaisissa vakuutuksissa vaaditaan henkivakuutusasetuksen mukaisesti kirjallista tiedonantoa ja ei-ammattimaiselle arvopaperiasiakkaalle on myös annettava tiedot käytännössä kirjallisesti, viittaa siihen, että asiakkaan itsenäistä selonottovelvollisuutta on haluttu tukea. Tilannetta voidaan arvioida hieman eri tavoin, jos kirjallista tiedonantovelvollisuutta ei vaadita. Kirjallista tiedonantoa ei vaadita kapitalisaatiosopimuksissa.¹⁴⁸ Tällaisissa tuotteissa suullisella tiedonannolla on koros-

¹⁴⁸ Ks. oikeusministeriön muistio 3.2.2011 ”Ehdotus oikeusministeriön asetukseksi henkivakuutuksesta annettavista tiedoista” s. 1. Oikeusministeriön asetus henkivakuutuksesta annettavista tiedoista 177/2011 perustuu vakuutuslakia 9 a §:n 1 momenttiin. Ko. momentti sisältää valtuutuksen siitä, että oikeusministeriön asetuksella voidaan antaa tarkempia säännöksiä vakuutus- ja jälleenvakuutustoiminnan aloittamisesta ja harjoittamisesta annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2009/138/EY 183–185 artiklassa mainittujen tietojen ilmoittamisesta. Solvenssi II -direktiivin 185 artiklan 6 kohdan mukaan henkivakuutusta koskevat tiedot (artiklan 1–5 kohdat) on annettava vakuutusentittäjälle kirjallisesti. Artiklassa viitataan yleisesti henkivakuutukseen, joka Solvenssi II -direktiivin II liitteessä olevan henkivakuutusluokkajaon mukaan viittaa myös kapitalisaatiosopimukseen. Siten näyttäisi siltä, että kirjallisuusvaatimusta olisi noudatettava myös kapitalisaatiosopimuksissa. Vakuutuslakia 4 a §:n mukaan kapitalisaatiosopimukseen sovellettaisiin säännöksiin ei kuitenkaan sisälly 9 a §. Kansallinen lainsäädäntömme näyttäisi olevan

tunut merkitys, sillä tuotteen tarjoaja voi täyttää tiedonantovelvoitteensa periaatteessa puhtaasti suullisesti¹⁴⁹.

4.1.3 Tiedonannon virheellisyys ja harhaanjohtavuus

Seuraavaksi käsittelen kahta korkeimman oikeuden tapausta, jotka koskevat tiedonantovelvollisuuden virheellisyyttä ja harhaanjohtavuutta ja ovat mielenkiintoisia myös tämän tutkimuksen aiheen kannalta.

Korkeimman oikeuden tuoreessa tapauksessa KKO 2015:93 on kysymys sijoitustuotteen tarjoajan tiedonantovelvollisuudesta ja sijoittajan selonottovelvollisuudesta. Tapausta voidaan tarkastella monesta näkökulmasta¹⁵⁰. Tässä tutkimuksessa mielenkiinto kohdistuu erityisesti tapauksesta ilmenevään sijoittajan huolellisuusvelvoitteeseen.

Tapauksessa A oli sijoittanut 500 000 euroa kansainvälisen rahoitusyhtiön liikkeelle laskemaan obligaatioon, jota oli A:lle markkinoitu B Oy:n järjestämässä sijoitustilaisuudessa pääomaturvattuna. A:lle annettussa markkinointiesitteessä ei ollut ollut mainintaa liikkeeseenlaskijan maksukyvyttömyyteen liittyvästä liikkeeseenlaskijariskistä, mutta kyseisessä esitteessä oli todettu, ettei obligaatioon tullut sijoittaa ilman, että oli tutustunut tuotteen arvopaperimarkkina- (495/1989) tarkoitettuun esitteeseen. Markkinointiesitteessä obligaation on kerrottu olevan 100-prosenttisesti pääomaturvattu. Lisäksi sijoitustilaisuudessa esitetystä PowerPoint-kalvosarjassa tuotetta on esitelty pääomaturvattuna. Sen sijaan lain mukaisesta, 217-sivuisesta englanninkielisestä, rahoitusmarkkinaviranomaisen hyväksymästä esitteestä liikkeeseenlaskijariski olisi ilmennyt. A ei ollut kuitenkaan tutustunut kyseiseen esitteeseen, ja liikkeeseenlaskijan mentyä konkurssiin

tältä osin ristiriidassa EU-lainsäädännön kanssa.

¹⁴⁹ Riitatilanteissa tuotteen tarjoajan on ensisijaisesti osoitettava, että tiedonantovelvollisuus on täytetty. Lienee harvinaista, että tiedonantovelvollisuus täytettäisiin ainoastaan suullisesti, sillä suullista tiedonantoa on vaikeampi näyttää toteen. Mikäli tiedonantovelvollisuus täytetään suullisesti, on suositeltavaa, että keskustelut nauhoitetaan. Ks. esim. *Lehtipuro – Luukkonen – Mäntyniemi – Raulos – Santavirta* 2010 s. 146–147.

¹⁵⁰ Ks. *Ruohonen* 2016 ja *Wuolijoki* 2016. *Wuolijoki* on esimerkiksi kiinnittänyt huomiota siihen, että B Oy:n vastuu on perustettu ainoastaan arvopaperimarkkinalain markkinointisäännösten varaan, vaikka sopimus on tehty MiFIDin voimaantulon jälkeen ja tapaus olisi voitu ratkaista myös sijoituspalvelua koskevien säännösten mukaan, *Wuolijoki* 2016 s. 291–293. On erikoista, että korkein oikeus ei ole lainkaan ottanut kantaa MiFIDin voimaantuloon ja sijoituspalvelunormien soveltuvuuteen tapauksessa. Sen sijaan Arvopaperilautakunta, joka on ratkaissut useita tapauksia, joissa asiakas on sijoittanut vastaavana ajankohdanta vastaavaan tai vastaavanlaiseen tuotteeseen, on ottanut kantaa MiFIDin voimaantuloon tuotteen ostohetkellä, ks. esim. APL 3/2013, APL 21/2012 ja APL 271/2009.

hän oli menettänyt osan sijoittamastaan pääomasta. A vaati kanteessaan markkinoinnin virheellisyyden perusteella sijoittamiensa rahojensa korvausta korkoineen.

A:lle oli tehty ennen sijoitustaan sijoittajaprofiilin selvitys, jonka mukaan hänellä oli yli viiden vuoden kokemus sijoittamisesta ja hän tunsi osake- ja korkotuoteinstrumentit sekä sijoitusvakuutukset, muttei johdannaisia tai warrantteja. A:n riskinsietokyky oli korkea asteikolla ”matala – keskisuuri – korkea”. Korkein oikeus kuitenkin katsoi, ettei A:n sijoituskokemus ollut niin monipuolinen ja laajamittainen, että häntä olisi voinut pitää erityisen kokeneena ja asiantuntevana sijoittajana. Korkein oikein punnitsi tapauksessa annettujen tietojen virheellisyyttä ja harhaanjohtavuutta, tietojen antajan vastuuta ja A:n omaa toimintatapaa. Korkeimman oikeuden mukaan kokenut sijoittaja olisi voinut markkinointiesitteestä päätellä, että tuotteeseen liittyy liikkeeseenlaskijariski. Lisäksi markkinointiesitteessä viitatussa esitteessä on tuotu riski selkeästi esille. Näin ollen markkinointiesite ja siinä viitattu 217-sivuinen esite eivät ole antaneet asiakkaalle harhaanjohtavaa tai virheellistä kuvaa riskistä.¹⁵¹

Sen sijaan sijoitustilaisuuden PowerPoint-esitysmateriaalissa on annettu harhaanjohtava kuva tuotteeseen liittyvästä riskistä.¹⁵² Korkein oikeus toteaa, että esitettyjen tietojen laajuutta, oikeellisuutta ja esitystapaa on arvioitava kokonaisuutena ottaen huomioon sekä kirjallisesti että suullisesti annettu tieto. Erityinen merkitys on annettava sijoitustilaisuudessa annettulle tiedolle, joka on ollut totuudenvastaista tai harhaanjohtavaa.¹⁵³ Mikäli sijoittaja on tiennyt annetun tiedon virheelliseksi, hän ei voi vedota siihen. Sijoittajalle syntyneen käsityksen pitää olla objektiivisesti arvioiden perusteltu.¹⁵⁴ Esimerkiksi se, että sijoittamiseen liittyy riskejä, ei voi olla epäselvää sijoittajalle yleisesti.¹⁵⁵

Korkeimman oikeuden mukaan A:n sijoituskohteena ollut obligaatio oli tavallista monimutkaisempi tuote ja tapahtuma-aikaan uudenlainen sijoituskohde, sillä obligaation tuotto on ollut sidoksissa neljän osakeindeksin kehitykseen ja tuottojen lukitusjärjestelmään. Tällaisen tuotteen luonnetta ja siihen liittyvää liikkeeseenlaskijariskiä ei ole voinut pitää ilmeisenä ja A:n sijoituskokemus huomioon ottaen ilman hänelle nimenomaisesti annettua tietoa ymmärrettävänä.¹⁵⁶ Korkein oikeus toteaa, että myös sijoittajan edellytetään toimivan asian vaatimalla huolellisuudella.

¹⁵¹ KKO 2015:93, perustelujen kohdat 21 ja 30.

¹⁵² KKO 2015:93, perustelujen kohdat 23–24 ja 31. Suullisesta markkinointi-informaatiosta on annettu ristiriitaista näyttöä korkeimmassa oikeudessa.

¹⁵³ KKO 2015:93, perustelujen kohta 32.

¹⁵⁴ KKO 2015:93, perustelujen kohta 39.

¹⁵⁵ KKO 2015:93, perustelujen kohta 40.

¹⁵⁶ KKO 2015:93, perustelujen kohdat 42–43.

Korkein oikeus tuo esiin sen, että ”käytännössä erityisesti kuluttajan asemassa olevat sijoittajat eivät useinkaan tutustu perusteellisesti heille annettuun markkinointiaineistoon”. Oikeus katsoo, että arvopaperimarkkinalain 16:2:n esitevastuuta koskevalla säännöksellä, jossa sijoittajalle asetetaan velvollisuus tutustua hänelle annettuun aineistoon, voidaan katsoa olevan merkitystä arvioitaessa markkinointivastuuta yleisemmin, sillä periaate ilmentää sijoittajalle asetettavaa huolellisuusvelvoitetta, rajoittaa tuotteen tarjoajan markkinointivastuuta sekä tuotteen markkinoijan siviilioikeudellista vastuuta.¹⁵⁷

A ei ollut kuitenkaan tutustunut markkinointiesitteessä mainittuun aineistoon, vaikka se oli A:n saatavilla, ja korkein oikeus on katsonut, että A on tältä osin laiminlyönyt huolellisuusvelvoitteensa.¹⁵⁸ Korkeimman oikeuden mukaan koska A on ollut sijoittamassa suhteellisen suuren summan rahaa tuotteeseen, joka on ollut hänelle vieras, olisi hänen tullut ottaa selvää tuotteesta. Sijoittajan tulee kuitenkin voida luottaa hänelle annettujen tietojen paikkansa pitävyyteen, minkä vuoksi tapauksessa on annettava suurempi merkitys B Oyj:n harhaanjohtavalle markkinoinnille.¹⁵⁹ Sijoituksen riskin suuruus on A:n päätöksenteossa ollut niin merkittävässä asemassa, että vaikka A on ilmoittanut olleensa riskinottohaluinen, hän ei ole voinut arvioida riskin merkitystä annetuilla harhaanjohtavilla tiedoilla.

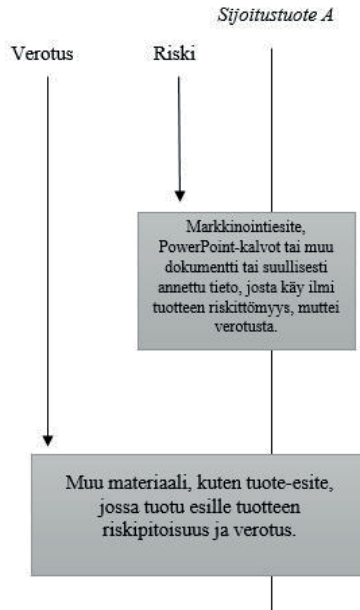
Korkeimman oikeuden tapaus on mielenkiintoinen. Korkein oikeus on ratkaisussaan ottanut kantaa sijoittajan tosiasialliseen käyttäytymiseen. Korkein oikeus totesi, että A on laiminlyönyt huolellisuusvelvoitteensa eli oikeuden mukaan huolellisesti toimivan henkilön olisi tullut tutustua markkinointiesitteessä viitattuun tuote-esitteeseen. A:n huolellisuusvelvollisuuden laiminlyönti kuitenkin väistyi tuotteen tarjoajan tiedonantovelvollisuuden laiminlyönnin vuoksi. Vaikka huolellisuusvelvollisuus oli laiminlyöty, ei sillä ollut lopputulokseen minkäänlaista vaikutusta. *Wuolijoki* on katsonut, että A:n huolellisuusvelvollisuuden laiminlyönti olisi voitu ottaa huomioon vahingonkorvauksen määrässä.¹⁶⁰ Tämä olisi ollut myös mielestäni perusteltua.

¹⁵⁷ KKO 2015:93, perustelujen kohta 45.

¹⁵⁸ KKO 2015:93, perustelujen kohta 48.

¹⁵⁹ KKO 2015:93, perustelujen kohta 51.

¹⁶⁰ *Wuolijoki* 2016 s. 294.



Kuvio 1. Selonottovelvollisuuden kohdistuminen.

Edellä oleva kuvio havainnollistaa sijoittajan selonottovelvollisuuden kohdistumista edellä mainitun korkeimman oikeuden ratkaisun näkökulmasta. Esimerkkinä on sijoitustuote A. Sijoitustuotetta on markkinoitu sijoittaja Ruulle pankin konttorissa. Ruulle on tehty sijoittajaprofiilin selvitys, jonka mukaan hänellä ei ole aiempaa kokemusta sijoittamisesta ja hänen riskinottohalukkuutensa on matala. Sijoitusneuvoja päätyy suosittelemaan Ruulle sijoitustuotetta A, jossa ei ole myyjän mukaan riskiä menettää pääomaa. Lisäksi tuotto-odotus on kohtuullinen. Myyjä antaa sijoittaja Ruulle yhden sivun mittaisen lomakkeen, jossa tuodaan esille samat asiat. Sijoittajasta tuote vaikuttaa hyvältä ennen kaikkea siksi, että se sopii hyvin hänen, aloittelevan sijoittajan, riskiprofiiliin. Hän päättää sijoittaa tuotteeseen. Myyjä antaa Ruulle vielä erilaisia asiakirjoja, kuten 250-sivuisen sijoitusta koskevan esitteen, mutta Ruulla ei ole aikaa eikä halua alkaa enää selaamaan annettuja materiaaleja – tuote vaikuttaa hyvältä ja sopivalta. Kaupat tehdään ja Ruusta tulee sijoitustuotteen toiveikas omistaja. Kaksi kuukautta myöhemmin Kiinan osakemarkkinat romahtavat, minkä seurauksena Ruun sijoitustuote menettää arvonsa kokonaan.

Esimerkissä on selvää, että tuotteen myyjä on laiminlyönyt tiedonantovelvollisuutensa. Myös Ruu on laiminlyönyt selonottovelvollisuutensa kohdistuen annettuun materiaaliin, mutta tosiasiaa hänen selonottonsa

on tarvinnut kohdistua ainoastaan yhden sivun mittaiseen lomakkeeseen, jonka myyjä on antanut ja josta käy ilmi tuotteen riskittömyys, sillä tuotteen riskipitoisuus on ollut Ruun päätöksenteon kannalta olennainen. Mikäli Ruu olisi valinnut tuotteen esimerkiksi verotuksellisten seikkojen vuoksi, ja myyjä ei olisi tuonut niitä esille eikä yhden sivun esitteessä olisi ollut niistä mitään mainintaa, olisi selonottovelvollisuus myös tosiasiaassa ulottunut pidemmälle.

Korkeimman oikeuden ratkaisu vuodelta 2010 on toisentyyppinen.

Tapauksessa KKO 2010:25 (Ään.) oli kyse vakuutusyhtiön markkinoinnissa antamista puutteellisista ja harhaanjohtavista tiedoista sijoitussidonnaisen eläkevakuutuksen hinnan ja eläkkeen kertymän osalta. Sanna S. oli ottanut sijoitussidonnaisen eläkevakuutuksen henkivakuutusyhtiöstä. Sanna S. oli saanut vakuutuksenantajalta asianmukaisesti tuoteselosteen, vakuutusehdot ja vakuutusesitteen ennen sopimuksen tekemistä. Sanna S:n maksamia vakuutusmaksuja ei sijoitettu suoraan minkään rahastoyhtiön rahastoihin, vaan yhtiön itse muodostamiin laskennallisiin rahastoihin, joiden tarkoituksena oli osoittaa laskennallisesti vakuutussäästön arvoa. Varsinainen riidan aihe tapauksessa oli se, oliko tarjouslaskelmassa laskettu mukaan vakuutusyhtiön vuotuinen 1 % hallinnointikulu. Riidatonta tapauksessa oli, että vakuutusyhtiö perii prosentin suuruisen hallinnointikulun vuosittain. Hallinnointikulu kävi ilmi muun muassa tuoteselosteesta ja tarjouslaskelmasta, mutta se, oliko hallinnointikulu otettu tarjouslaskelman tuottolaskelmissa mukaan ja oliko tämä seikka tuotu tarpeeksi selvästi esille, oli epäselvää. Vakuutuksenottaja oli ymmärtänyt, että hallinnointikulu oli otettu laskelmissa mukaan ja hänen eläkesäästönsä määrä kehittyisi annettujen prosenttien mukaisesti.¹⁶¹ Vakuutuksenantaja sen sijaan oli laskelmissaan tarkoittanut, että mainittua prosentin hallinnointikulua ei ollut vielä laskettu mukaan. Korkein oikeus katsoi vakuutuksenottajan käsityksen mukaisesti, että vakuutuksenantaja oli antanut vakuutuksenottaja Sanna S:lle puutteellisia ja harhaanjohtavia tietoja kyseisen vakuutuksen hinnasta ja eläkesäästön muodostumisesta. Näin ollen vakuutussopimuksen sisältö muotoutui vakuutussopimuslain 9 §:n mukaisesti sen sisältöiseksi kuin vakuutuksenottaja Sanna S:llä oli aihetta käsittää. Käytännössä tämä tarkoitti sitä, että yhden prosentin vuotuista hallinnointikulua ei voitu periä Sanna S:ltä.

Korkeimman oikeuden ratkaisu on mielenkiintoinen: vaikka vakuutuksenantajan vakuutuksesta antamat tiedot olivat kaikki oikeita, muodostui

¹⁶¹ Sanna S:lle tehdyssä tarjouslaskelmassa oli laskettu hänelle kertyvän eläkerahaston määrä toisaalta sijoituksen 4,5 prosentin ja toisaalta 10 prosentin vuosikasvulla.

materiaalin yhdestä osiosta vakuutuksenottajan kannalta puutteellinen ja harhaanjohtava kuva vakuutuksenottajalle.¹⁶² Vakuutuksenottajalle annetuista materiaaleista kävi ilmi, että vakuutusyhtiö perii muiden kulujen ohella 1 %:n suuruisen hallinnointipalkkion ja vakuutuksenottaja oli tästä tietoinen, mutta esimerkkilaskelmassa kuluja ei ollut otettu huomioon, minä vuoksi vakuutuksenottaja sai virheellisen käsityksen vakuutusmaksuun mahdollisesta arvonehityksestä. Eläkevakuutuksessa asiakkaan maksamasta vakuutusmaksusta osa menee vakuutuksen kuluihin ja osa eläkkeen vakuutusmaksuun kerryttämiseen. Lisäksi vakuutuksen kulut esitetään usein prosentuaalisesti. Eläkevakuutuksen pitkäaikaisuuden vuoksi prosentuaalisena ilmaistun kulun tosiasiallinen suuruus kasvaa eläkesäästön kasvaessa.¹⁶³ Ainoa Sanna S:n saama markkinointiasiakirja, joka sisälsi konkreettisia ja selkeitä tietoja, oli tarjouslaskelma. Siinä oli esimerkein kuvattu, minkä suuruinen eläke Sanna S:lle on 25 vuoden säästämisen jälkeen tulossa. Laskelmassakaan ei mainittu kulujen rahamääriä tai laskutapaa.

Selonottovelvollisuuden kannalta tapaus merkitsee sitä, että sijoittajan selonottovelvollisuus ei ulotu niin laajalle, että sijoittajan pitäisi annetun harhaanjohtavan tai ristiriitaisen tiedon perusteella kyetä arvioimaan, mikä annetusta tiedosta on paikkansa pitävää, vaan tilannetta on arvioitava sen mukaan, miten tavallinen vakuutuksen hakija tai sijoittaja olisi asian ymmärtänyt.

4.1.4 Yllättävien ja ankarien vakioehtojen korostamisvelvollisuus

On huomattava, että sekä arvopaperituotteissa ja vakuutussovimuksissa¹⁶⁴ voi tuotteen tarjoajalle muodostua velvollisuus korostaa sopimuksen yllättäviä ja ankaria ehtoja.¹⁶⁵ Mikäli tuotteen tarjoaja ei tätä ole tehnyt, voi asiakkaalla olla mahdollisuus vedota tietämättömyyteensä yllättävien ja ankarien sopimusehtojen kohdalla.¹⁶⁶ Oppi yllättävistä ja ankarista ehdoista on kehittynyt oikeustieteessä ja oikeuskäytännössä. Korostamisvelvollisuus koskee nimenomaisesti vakioehtoja. Vakioehdot eivät välttämättä pa-

¹⁶² Ratkaisun seurauksista, ks. tarkemmin *Norio-Timonen* 2010a s. 212. Tapauksesta yleisemmin *Haapasaari – Hanén – Mäntyranta* 2011 s. 292–294; *Norio-Timonen* 2011b s. 78–81.

¹⁶³ *Norio-Timonen* 2010a s. 209.

¹⁶⁴ Vakuutusten kohdalla tästä on esitetty tosin erilaisia kantoja. *Juha Häyhä* on arvioinut, että oppi yllättävien ja ankarien ehtojen korostamisesta häviäisi sovellettaessa VSL 5 §:ää, *Häyhä* 1996 s. 216. Kuitenkin Vakuutuslautakunta on ratkaisuisissaan ottanut kantaa ankarien ja yllättävien ehtojen korostamisvelvollisuuteen, ks. esim. VKL 647/2006.

¹⁶⁵ *Hemmo* 2007 s. 162–170.

¹⁶⁶ *K. Hoppu* 2009 s. 256; *Wuolijoki* 2009 s. 346.

ranna asiakkaan innokkuutta tutustua annettuun aineistoon ja auta häntä ymmärtämään lukemaansa.¹⁶⁷

Vakuutustuotteiden osalta on katsottu, että esimerkiksi vakuutusehdot täyttävät harvoin yllättävyyden ja ankaruuden kriteerit.¹⁶⁸ Vakuutusoppimustlain 5 §:n tiedonantovelvollisuus on ensisijainen yllättävien ja ankarien ehtojen korostamisvelvollisuuteen nähden ja se onkin vähentänyt opin merkitystä vakuutustuotteiden myynissä. Voitaisiinko sijoitustuotteissa kuitenkin joissain tilanteissa vaatia yllättävien ja ankarien ehtojen korostamista? Mahdollisesti, varsinkin sellaisten sijoitustuotteiden kohdalla, jotka ovat uusia ja monimutkaisia ja joissa sijoittaja ei ymmärrä esimerkiksi tuotteeseen liittyvää riskiä. Tuotemateriaalia voidaan antaa kymmeniä, jopa satoja sivuja, ja koska tuotteen tarjoajan tiedonantovelvollisuus voidaan täyttää kirjallisesti, voi sijoittajalle syntyä väärä kuva tuotteesta. On esitetty, että varsinkin, jos asiakkaalle annetaan runsaasti kirjallista aineistoa, sijoitusriskiä ankarana ja yllättävänä seikkana tulee korostaa entisestään.¹⁶⁹

Vakuutuslautakunta ja Arvopaperilautakunta eivät ole joutuneet arvioimaan tilanteita, onko asiakkaalle annettu esimerkiksi liikaa materiaalia. Mikäli asiakkaalle annettavaa materiaalia on tarkoituksella laadittu ja annettu asiakkaalle kohtuuttoman paljon ja aineistoon tutustuminen kohtuullisella huolellisuudella olisi mahdotonta, ei voitane vaatia, että ainakaan ei-ammattimainen sijoittaja tai kuluttaja olisi tietoinen kaiken annetun materiaalin sisällöstä.¹⁷⁰ Tilannetta voitaisiin pitää hyvän arvopaperimarkkina- tai vakuutustavan vastaisena.¹⁷¹ Jos sijoittajalle luovutettua materiaalia on paljon, Norroksen mukaan sijoitusriskiä koskevia ehtoja tulisi korostaa ankarien ja yllättävien vakioehtojen korostamisvelvollisuuden mukaisesti.¹⁷²

Ankarien ja yllättävien ehtojen korostamisvelvollisuus saattaa supistaa jossakin määrin asiakkaan selonottovelvollisuutta: tietyissä tilanteissa asiakas voi riitatilanteessa vedota siihen, ettei tiennyt sellaisesta ehdosta, joka on yllättävä ja ankara ja jota olisi pitänyt ennen tuotteen ostoa korostaa.¹⁷³

¹⁶⁷ Faure – Luth 2011 s. 352–354.

¹⁶⁸ Vakuutusehdot ovat usein vakioehtoja, jolloin vakuutuksenantajaa koskee periaatteessa lähtökohtaisesti ankarien ja yllättävien ehtojen korostamisvaatimus. *Wilhelmsson* 1995 s. 79–82.

¹⁶⁹ *Norros* 2009 s. 383.

¹⁷⁰ Näin *Wuolijoki* 2009 s. 349–350.

¹⁷¹ Hyvä tapa finanssimarkkinoilla ks. esim. *Raulos* 2011; *Lehtipuro* 2006 s. 51–53; *Wuolijoki* 2003. Ks. myös *Parkkonen – Knuts* 2014 s. 20–23 ja 55–58. Hyvän vakuutustavan tai hyvän arvopaperimarkkinatavan käyttö esimerkiksi lautakuntien ratkaisuinstrumenttina vähentää sekin ankarien ja yllättävien ehtojen korostamisinstrumentin käyttöä.

¹⁷² *Norros* 2009 s. 383.

¹⁷³ *K. Hoppu* 2009 s. 256 ja *Wuolijoki* 2009 s. 346–347. Vakuutusehdot ovat usein vakio-

Jos asiakas on ei-ammattimainen tai kuluttaja, ankarien ja yllättävien ehtojen painottaminen korostunee. Lisäksi kuluttajasopimuksissa vakioehtoja tulkitaan yleensä niiden laatijan vahingoksi epäselvyyssäännön mukaisesti.¹⁷⁴ *Sakari Wuolijoki* on katsonut, että sijoitustuotteiden ominaispiirteet eivät voi lähtökohtaisesti normaalitilanteissa olla esimerkiksi ammattimaisille sijoittajille yllättäviä.¹⁷⁵ Vaikka näkemys on perusteltu ja näin voidaan useimmiten olettaa, esimerkiksi Arvopaperilautakunnan ratkaisuista käy ilmi, että myös kokeneet sijoittajat ovat olleet epätietoisia ostamansa sijoitustuotteen ominaisuuksista, vaikka olisi perusteltua olettaa juuri heidän olevan paremmin tietoisia sijoitustuotteen sisällöstä.¹⁷⁶ Yllättävien ja ankarien vakioehtojen korostaminen ei ole sidottu esimerkiksi sijoittajan sijoittajaprofiiliin. Ottaen huomioon, etteivät ammattimaiset tai kokeneetkaan sijoittajat välttämättä tutustu annettuun informaatioon – siitä huolimatta, että sijoitustuote on heille uusi – on perusteltua, että ehtojen korostamisvelvollisuutta käytetään laajasti sijoittajasta riippumatta.

4.2 Ajallisuus

Selonottovelvollisuus kohdistuu luonnollisesti siihen ajankohtaan, kun sijoittaja on saanut kaiken tarpeellisen tiedon¹⁷⁷, hänellä on aikaa tutustua annettuun tietoon ja sen jälkeen tehdä mahdollinen sijoituspäätös. Finanssivalvonnan ohjeen¹⁷⁸ mukaan sijoituspalvelun tarjoajan tulee antaa laissa määritellyt tiedot asiakkaalle hyvissä ajoin siten, että asiakkaalla on koh-

ehtoja, jolloin vakuutuksenantajaa koskee ankarien ja yllättävien ehtojen korostamisvaatimus. *Wilhelmsson* 1995 s. 79–82.

¹⁷⁴ *Saarnilehto – Annola* 2012 s. 452–455.

¹⁷⁵ *Wuolijoki* 2009 s. 347.

¹⁷⁶ Hyvän esimerkin tästä antaa ratkaisu APL 17/2013, jossa kokenut osake- ja rahasto-sijoittaja on sijoittanut sijoituswarrantteihin. Kyseinen asiakas on allekirjoittanut merkintälomakkeen, jossa hän on vahvistanut huolellisesti perehtyneensä tuotteen markkinointimateriaaliin, sen ehtoihin ja ohjelmaesitteeseen tiivistelmineen ja kykenee siten arvionsa mukaan tekemään tuotteen riskit ja oman taloudellisen asemansa huomioonottavia itsenäisiä sijoituspäätöksiä. Myöhemmin asiakas on kuitenkin riitauttanut sijoituksensa sen perusteella, että hänellä on ollut erilainen käsitys sijoituskohteidensa riskipitoisuudesta. Asiakas on kuitenkin myöntänyt, ettei hän ole tutustunut eikä saanut allekirjoittamassaan merkintälomakkeessa mainittuja materiaaleja, vaan on allekirjoittanut lomakkeen ja tehnyt sijoitukset niihin paremmin tutustumatta. Tapauksessa VKL 407/2006 vakuutuksenottajana oli ollut elinkeinotoimintaa harjoittava A Oy eikä annettuihin materiaaleihin ollut tutustuttu.

¹⁷⁷ Tuotteen tarjoaja voi täyttää tiedonantovelvollisuutensa antamalla tietoa osissa, näin esimerkiksi tapauksessa APL 10–13/2012.

¹⁷⁸ Finanssivalvonnan määräykset ja ohjeet 16/2013 Finanssivalvonnan tarjoamisessa noudatettavat menettelytavat s. 21.

On tilanteita, joissa asiakas on väittänyt, että hän on saanut tarvittavat sijoitukseen ja sijoituspäätökseen liittyvät asiakirjat vasta hieman ennen kuin päätös sijoituksen tekemisestä on tehty eikä hänelle ole ”annettu mahdollisuutta tutustua ennalta laadittuihin asiakirjoihin”¹⁸³. Kuitenkin sijoittaja on monesti päätenyt allekirjoittamaan merkintätoimeksiannon, asiakassuhdesopimuksen tai muun asiakirjan, jonka mukaan hän on saanut tietyt tuotteeseen liittyvät materiaalit ja tutustunut niihin, vaikka ei mitään ilmeisimmin ole tutustunut annettuun materiaaliin tai edes saanut sitä.¹⁸⁴

Arvopaperilautakunta on arvioinut tilanteita, joissa asiakas on tehnyt sijoituspäätöksen heti sen tapaamisen jälkeen, jossa tälle on esitelty ja kerrottu tuotteesta. Näissä tilanteissa lautakunta¹⁸⁵ on kiinnittänyt huomiota siihen, onko tuotteen tarjoajan puolelta tapahtunut jonkinlaista laiminlyöntiä tiedonantovelvollisuuden täyttämässä, onko sijoitustuotteesta annettu mahdollisesti jo aiemmin tietoa asiakkaalle, onko tehty sijoitus ollut merkittävä osa asiakkaan kokonaissijoitusvarallisuudesta sekä onko asiakkaalla ollut mahdollisuus esittää lisäkysymyksiä sijoituksesta ja onko asiakkaan päätöksentekoa kiirehditty tuotteen tarjoajan taholta. Sijoitustuotteen esitleminen ja sijoituspäätöksen tekeminen samassa tapaamisessa ei itsessään ole kiellettyä.¹⁸⁶ On selvää, ettei tuotteen tarjoajan tulisi hoputtaa asiakasta sijoituspäätöksen tekemisessä.¹⁸⁷ Jos tuotteen tarjoaja on hoputtanut asiakasta tekemään sijoituspäätöksen, voisi se perustellusti kaventaa asiakkaan selonottovelvollisuutta.¹⁸⁸

Arvopaperilautakunta on huomionut myös tilanteet, joissa sijoitustuotteen ostaja on käyttänyt – tai hänellä on ainakin ollut käytettävissään – runsaasti aikaa sijoituspäätöksen tekemiseen. Tällöin oletuksena on, että asiakas on todella tutustunut annettuun materiaaliin. Asiakkaalla on myös velvollisuus epäselvässä tapauksessa esittää kysymyksiä ja selvittää asiat, joita hän ei ymmärrä.¹⁸⁹ Jos sijoittajalla on ollut aikaa tutustua annettuihin

¹⁸³ Näin esimerkiksi APL 13/2013.

¹⁸⁴ Näin esimerkiksi ratkaisuissa APL 25/2011 ja APL 17/2013.

¹⁸⁵ Ks. esim. APL 28–30/2011, APL 513/2009 ja APL 506/2009.

¹⁸⁶ Ks. esim. APL 15/2012.

¹⁸⁷ Toimintamalli ei ole kuitenkaan harvinainen. Esimerkiksi Vakuutus- ja rahoitusneuvonta FINEn tekemästä koeostosselvityksestä käy ilmi, kuinka osassa palvelutilanteista tuotteen tarjoaja on olettanut ostajan tekemän sijoituspäätöksensä heti. Koeostosselvityksessä selvitettiin kotivakuutuksen ja erilaisten säästötuotteiden (sijoitussidonnaisen vakuutuksen ja sijoitusrahastojen) osalta sitä, millaista suullista informaatiota palvelun tarjoajien toimihenkilöt itsenäisesti antavat asiakkaille henkilökohtaisessa myyntitilanteessa ja tuodaanko tuotteiden keskeinen sisältö ja olennaisimmat rajoitukset ja riskit esille. Ks. Vakuutus- ja rahoitusneuvonta FINEn koeostorosaportti 2012.

¹⁸⁸ Näin myös *Norros* 2009 s. 384.

¹⁸⁹ Näin ainakin *Wuolijoki* 2009 s. 351 ja *K. Hoppu* 2009 s. 257.

materiaaleihin rauhassa ja esittää tarpeen mukaan lisäkysymyksiä¹⁹⁰, sijoittajan tulisi pystyä ymmärtämään saamansa tiedot, jos ne on annettu selkeässä ja ymmärrettävässä muodossa.¹⁹¹ Mikäli asiakkaalla on ollut tilaisuus kysyä hänelle epäselviksi jääneitä asioita, tämä on vaikuttanut myös tiedonantovelvollisuuden laiminlyönnin arviointiin. Epäselvyyksien selvittämisen voidaan nähdä kuuluvan jo lojaliteettiperiaatteen mukaiseen toimintaan.¹⁹² Tuotteen tarjoajan aloitteellisuus sijoitustuotteen myynnissä voi puolestaan kaventaa asiakkaan selonottovelvollisuutta.¹⁹³

Tiedonantovelvollisuuden täyttämiseksi tiedot on annettava ennen kuin sijoitus päätös on tehty. Toisaalta voi olla tilanteita, joissa sijoittaja on jo tehnyt päätöksensä ennen kuin mitään materiaalia tuotteesta on annettu. Siihen ei käytännössä voida vaikuttaa, missä välissä sijoittaja tosiasiaassa tekee päätöksensä. Esimerkiksi harkinta-ajalla voisi olla jonkinlainen vaikutus siihen, että sijoittaja todella tutustuu annettuun materiaaliin, vaikka sijoittaja olisi jo tehnyt alustavan päätöksen sijoituskohteesta.¹⁹⁴

4.3 Näytöstä

Lähtökohtaisesti tuotteen tarjoajalla on näyttötaakka siitä, että tämä on täyttänyt lain mukaisen tiedonantovelvollisuutensa.¹⁹⁵ Kuten edellä on mainittu, tiedonanto- ja selonottoilanteisiin liittyvissä riidoissa tulee monesti myös ilmi tilanteita, joissa sijoittaja on allekirjoittanut saaneensa materiaalia liittyen sijoitustuotteeseen. Samalla sijoittaja on voinut myös vahvistaa tutustuneensa annettuun materiaaliin ja ymmärtäneensä tuotteen sisällön. Myöhemmin sijoittaja on kuitenkin väittänyt, ettei ole lainkaan saanut näitä materiaaleja. Useissa tapauksissa arvopaperituotteiden koh-

¹⁹⁰ Näin esim. ratkaisuisissa APL 28–30/2011, APL 513/2009 ja APL 506/2009.

¹⁹¹ APL 28–30/2011.

¹⁹² Ks. *Wuolijoki* 2009 s. 351 viitteineen. *Karhu* 2008 s. 101–116.

¹⁹³ *Norros* 2009 s. 383–389.

¹⁹⁴ On huomattava, että vakuutuksissa, mukaan lukien sijoitussidonnaiset vakuutukset, on sopimuksen tekemisen jälkeen ns. katumisaika ja asiakas voi peruuttaa tekemänsä sopimuksen. VSL 13 a §:n mukaan vakuutuksenottajalla on oikeus peruuttaa eläkevakuutus tai säästöhenkivakuutus ilmoittamalla siitä vakuutuksenantajalle kirjallisesti 30 päivän kuluessa siitä päivästä, jona vakuutuksenottaja on saanut tiedon vakuutushakemuksen tai tarjouksen hyväksymisestä.

¹⁹⁵ Vakuutusten osalta ks. esim. *E. Hoppu – Hemmo* 2006 s. 59. Vakuutuksenantajalla on samanlainen näyttövelvollisuus, vaikka vakuutus olisikin myyty etämyyntimenetelmän avulla, *Lehtipuro – Luukkonen – Mäntyniemi – Raulos – Santavirta* 2010 s. 146. Lautakuntakäytännöstä, ks. esim. VKL 334/2008. Vastaavasti arvopaperituotteiden osalta, ks. esim. *Norros* 2009 s. 376.

dalla asiakkaan allekirjoitus on käytännössä toiminut näyttönä siitä, että tuotteen tarjoaja on täyttänyt tiedonantovelvollisuutensa ja tuotteen ostaja on ehdot hyväksynyt.¹⁹⁶ Samoin on asian laita, jos vakuutuksenottaja on esimerkiksi allekirjoittamalla vakuutushakemuksen vahvistanut samalla vastaanottaneensa vakuutukseen liittyvää materiaalia, kuten vakuutusehdot, tuoteselosteen ja sopimuksen. Tällöin vakuutuksenottajan katsotaan saaneen mainituista asiakirjoista ilmenevät tiedot.¹⁹⁷ Vastaavasti tuotteen tarjoajan näkökulmasta ottamalla asiakkaan allekirjoituksen siitä, että tiedot on annettu, varmistaa tuotteen myyjä näytön kannalta sen, että tiedot on todella annettu.¹⁹⁸ Mikäli vakuutuksenottaja kiistää saaneensa tietoja, todistustaakka siirtyy vakuutusyhtiöltä vakuutuksenottajalle ja vakuutuksenottajan tulee osoittaa, ettei hän ole saanut mainittuja tietoja.¹⁹⁹ Se, että asiakas pelkästään kieltää saaneensa materiaaleja, ei riitä osoittamaan, ettei hän niitä olisi saanut.²⁰⁰

Arvopaperilautakunnan tapauksessa APL 17/2013 oli kyse muun muassa siitä, oliko warrantteihin sijoittaneen henkilön sijoittajaprofiili arvioitu oikein ja olivatko warrantit tuotteina sopineet henkilön sijoittajaprofiiliin. Lautakunta on ratkaisussaan pohtinut myös sitä, onko henkilö saanut tarpeeksi tietoa sijoituskohteista ennen sijoituspäätöksen tekemistä. Ratkaisu on asiakkaan selonottovelvollisuuden kannalta mielenkiintoinen, sillä asiakas on myöntänyt, että hän on allekirjoituksellaan ilmoittanut tutustuneensa tuotteen markkinointiaineistoon, mutta kertonut myös, että oli allekirjoittanut valmiiksi rastitetut lomakkeet niihin tarkemmin tutustumatta.²⁰¹ Asiakas oli myös kertonut, että hänellä ei muutoinkaan ollut tosiasiallista mahdollisuutta tutustua aineistoon.

¹⁹⁶ Ks. esimerkiksi APL 128/2003, jossa lautakunnan mukaan asiakkaan allekirjoitus omaisuudenhoitosopimuksessa oli indisiona siitä, että hän oli hyväksynyt sopimuksen ehtoineen. Ratkaisussa APL 278/2008 oli vastaava tilanne, mutta kyse oli indeksilainasta.

¹⁹⁷ Näin esimerkiksi ratkaisuissa VKL 310/2012, VKL 874/2008 ja VKL 669/2011.

¹⁹⁸ Erityisesti jos asiakkaan ja tuotteen tarjoajan kanssa on keskusteltu tavanomaisista poikkeavista seikoista, on myös hyödyllistä, että osapuolet kirjaavat keskustelusta muistiinpanot ylös. Ks. *Hemmo* 2005 s. 207–208.

¹⁹⁹ Asiasta yleisesti ks. esim. *E. Hoppu* 2001 s. 117. Näin siitäkin huolimatta, että erään vakuutuksenottajan mukaan sitä, että hän on allekirjoituksellaan vahvistanut saaneensa ja tutustuneensa annettuihin materiaaleihin, ei voi pitää osoituksena vakuutusyhtiön tiedonantovelvollisuuden täyttämisenä sen vuoksi, että ”asiakkaat yleisesti allekirjoittavat pankkitoiminnassa tällaisia asiakirjoja niihin tarkemmin perehtymättä”, VKL 874/2008.

²⁰⁰ Ks. esim. VKL 874/2008.

²⁰¹ Henkilö on allekirjoituksellaan vahvistanut, että on ”huolellisesti perehtynyt tuotteen markkinointimateriaaliin, sen ehtoihin ja ohjelmaesitteeseen tiivistelmineen ja kykenee siten arvionsa mukaan tekemään tuotteen riskit ja oman taloudellisen asemansa huomioonottavia itsenäisiä sijoituspäätöksiä”.

Lautakunta katsoi, ettei tuotteen tarjoaja ole täyttänyt asianmukaisesti selonottovelvollisuuttaan asiakkaan sijoittajaprofiilin arvioimiseksi. Tapauksessa lautakunta on myös todennut jääneen epäselväksi, että tuotteen tarjoaja olisi antanut tai toimittanut asiakkaalle tarvittavat tiedot sijoitus- tuotteesta. Vaikka lautakunta on arvioinut tiedonantovelvollisuuden täyttämistä, se ei ole myöskään liiemmin ottanut kantaa siihen mainittuun seikkaan, että asiakas on allekirjoituksellaan vahvistanut tutustuneensa annettuun aineistoon, vaikka hän ei ole ilmeisesti edes saanut sitä. Kuitenkin sijoittajan allekirjoittamassa lomakkeessa on lueteltu erinäiset aineistot, joihin sijoittaja on allekirjoituksellaan ilmoittanut tutustuneensa. Tapauksesta käy ilmi, että henkilöllä on ollut laaja kokemus sijoittamisesta. Tällaiselta henkilöltä voidaan olettaa, että hän tutustuisi edes siihen lomakkeeseen, jonka hän saa allekirjoitettavakseen, ja huomaisi samalla, ettei ole saanut annettua materiaalia lainkaan. Tapauksen suhteen voidaan myös pohtia sitä, tulisiko sijoittajan selonottovelvollisuuden ulottua myös sijoittajaprofiilin arviointiin. Mikäli sijoittaja olisi kiinnittänyt huomiota allekirjoittamaansa lomakkeeseen ja pyytänyt mainitut materiaalit, hän olisi voinut havaita, että sijoitustuote ei sovi hänelle, koska se on suuririskinen. Tilanteessa, jossa sijoittajalla on jo aiempaa sijoituskokemusta, ei voitane kuitenkaan vain antaa sijoittajalle mahdollisuutta ostaa tuotetta, johon hän ei ole lainkaan tutustunut ilman, että hän vastaa itse siitä, ettei ole tuotteeseen tutustunut.

4.4 Sijoittajan yksilölliset ominaisuudet vaikuttavat selonottovelvollisuuteen

Edellä on jo hieman tuotu esille sitä, että sijoittajan sijoituskokemukselle tulisi antaa painoarvoa selonottovelvollisuuden laajuudessa. Miten sijoittajan subjektiiviset ominaisuudet vaikuttavat yleisesti ottaen selonottovelvollisuuteen? Lähtökohtaisesti arvopaperisijoittajan luokittelu ei-ammattimaiseksi asiakkaaksi, ammattimaiseksi asiakkaaksi tai hyväksyttäväksi vastapuoleksi vaikuttaa siihen, miten sijoittajan katsotaan lainsäädännön valossa ymmärtävän sijoitustoimintaan liittyvät lainalaisuudet, kuten tuotteeseen liittyvän riskin.²⁰² Myös vakuutussijoituksissa vakuutusenantajan

²⁰² Konkreettisesti tämä tarkoittaa sitä, että esimerkiksi sijoituspalvelulain mukainen tiedonantovelvollisuus vaihtelee sen mukaan, onko asiakas ammattimainen vai ei-ammattimainen. Sijoituspalveluyritys voi nimittäin kohdella henkilöä ammattimaisena asiakkaana, mikäli se arvioi, että asiakkaalla on valmiudet tehdä itsenäisiä sijoituspäätöksiä ja ymmärtää niihin liittyvät riskit ja tämä täyttää tietyt varallisuuteen tai kokemukseen perustuvat

tulee tiedonantovelvoitettaan täyttäessä ottaa erityisesti huomioon vakuutuksen hakijan aikaisempi sijoituskokemus ja sijoittamisen tavoitteet (VSL 5.1 §). Siten myös sijoitussidonnaisissa vakuutuksissa sijoittajan sijoituskokemuksella on merkitystä arvioitaessa sijoittajan subjektiivista kykyä ymmärtää sijoituksen luonne, vaikka toistaiseksi vakuutuslainsäädännön mukaan arvioida vastaavalla tavalla kuin arvopaperisijoittaja.²⁰³ Sijoitustuotteen tarjoamisen lähtökohtana on jo sekä arvopaperi- että vakuutuslainsäädännön mukaan arvioida vastaavalla tavalla kuin arvopaperisijoittaja.²⁰³ Sijoitustuotteen tarjoamisen lähtökohtana on jo sekä arvopaperi- että vakuutuslainsäädännön mukaan arvioida vastaavalla tavalla kuin arvopaperisijoittaja.²⁰³ Sijoitustuotteen tarjoamisen lähtökohtana on jo sekä arvopaperi- että vakuutuslainsäädännön mukaan arvioida vastaavalla tavalla kuin arvopaperisijoittaja.²⁰³

Kokeneelle sijoittajalle ja ammattimaiselle asiakkaalle voidaan lähtökohtaisesti asettaa laajempi selonottovelvollisuus kuin kokemattomalle sijoittajalle tai ei-ammattimaiselle asiakkaalle.²⁰⁴ Asiakkaan subjektiiviset ominaisuudet saattavat myös vaikuttaa muutoinkin asiakkaan selonottovelvollisuuteen. Wuolijoki perustelee tätä muun muassa sillä, että lähtökohtaisesti tiedonantovelvollisuuden ajatuksena on, että tiedonanto kohdistuisi asiakkaisiin, jotka todella ovat tiedon tarpeessa. Lisäksi subjektiivisten piirteiden huomioon ottaminen vähentää vilpillisiä tarkoituksiperiä, kun tuotteen tarjoajan tiedonantovelvollisuuden laiminlyöntiin ei voi vedota henkilö, joka tiesi, miten asiat ovat. Täten Wuolijoen mukaan on perusteltua, että asiakkaan subjektiivisia ominaisuuksia voidaan ottaa huomioon.²⁰⁵

Myös K. Hoppu on sillä kannalla, että asiakasluokittelun lisäksi tulee kiinnittää huomiota myös asiakkaan subjektiivisiin ominaisuuksiin. Ammattimaiset tai ei-ammattimaiset asiakkaatkaan eivät ole yhtenäinen ryhmä.²⁰⁶ Norros on samoilla linjoilla Wuolijoen ja K. Hopun kanssa. Norrok-

muodolliset edellytykset (SPL 1:18.2 §).

²⁰³ Käytännössä sijoitusvakuutuksia myydään paljon siten, että esimerkiksi pankki toimii vakuutusyhtiön asiamiehenä. Tällöin menettely on yleensä sama, oli kyseessä sitten vakuutus- tai arvopaperituote. Ks. *Norio-Timonen* 2005.

²⁰⁴ *Wuolijoki* 2009 s. 360–364. Wuolijoki viittaa kirjoituksessaan MiFIDin toisen tason komission direktiivin 44 resitaaliin, jossa todetaan, että MiFIDin tarkoituksena on varmistaa, että sijoittajansuoja ja sijoituspalveluyrityksille asetettu tiedonantovelvollisuus olisivat tasapainossa. Täten ei-ammattimaisia asiakkaita tulee suojata enemmän ja ammattimaisten asiakkaiden tulisi pystyä pääsääntöisesti selvittämään, mitä tietoja ne tarvitsevat tehdäkseen sijoituspäätöksen, *Wuolijoki* 2009 s. 363.

²⁰⁵ *Wuolijoki* 2009 s. 365–367.

²⁰⁶ Hopun mukaan asiakkaan subjektiivisina ominaisuuksina voidaan ottaa huomioon esimerkiksi ymmärryskyky, tietotaso, sijoituskokemus, koulutus ja elämäntilanne, *K. Hoppu* 2009 s. 256. Esimerkiksi vaihtoehdotarjainten hoitajia koskevassa lainsäädännössä lainsäätäjät voi jaotella ei-ammattimaiset asiakkaat kuluttajiin ja sellaisiin ei-ammattimaisiin asiakkaisiin, jotka eivät ole kuluttajia ja jotka ymmärtävät sijoitukseen liittyvät riskit, sijoittavat pitkäjärjestyksellä ja joilla on sijoituksen koko huomioon ottaen riittävät edellytykset kantaa sijoitukseen liittyvä riski. Valtiovarainministeriö, rahoitusmarkkinaosasto: Vaihtoehdotara-

sen mukaan on selvää, että mikäli asiakas on iäkäs tai sijoitusmaailmassa kokematon, ei häneltä voida olettaa samanlaista asioiden ymmärtämistä ja selonottoa kuin toisilta asiakkailta. Norroksen mukaan oletuksena on, että sijoittajan subjektiiviset ominaisuudet vaikuttavat selonottovelvollisuuteen ennemmin laajentavasti kuin supistavasti. Sijoittajan subjektiivista ymmärryskykyä on arvioitava kokonaisuutena²⁰⁷, ottaen huomioon sijoitus- tuotteiden yksilölliset ominaisuudet.

Vakuutuslainsäädännön 9 § mukaan jos vakuutusenantaja on laiminlyönyt lain mukaisen informointivelvollisuutensa, katsotaan vakuutuslainsäädännön mukaisen olevan voimassa sen sisältöisenä kuin vakuutusenantajalla oli saamiensa tietojen perusteella ollut aihetta käsittää. Asiaa on arvioitava sen mukaan, miten tavallinen vakuutuksenhakija olisi asian ymmärtänyt eli vakuutusenantajalle syntyneen käsityksen arvioinnin tulee perustua *objektiivisiin näkökohtiin*. Vakuutusenantajalle sopimuksen sisällöstä syntyneen käsityksen arvioinnissa voidaan poikkeuksellisesti nojautua myös subjektiivisiin seikkoihin, jotka vakuutusenantajan tai sen edustajan on otettava huomioon, mikäli ne ovat tai niiden pitäisi olla vakuutusenantajan tai edustajan tiedossa.²⁰⁸ Jos toisaalta vakuutusenantajalla on vakuutusalan erityistuntemusta, voidaan ottaa huomioon paitsi se, mitä hän tiesi, myös se, mitä hänen olisi asiantuntemuksensa perusteella pitänyt tietää. Voidaan esimerkiksi edellyttää, että vakuutusikäntäntöä hyvin tuntevan henkilön olisi pitänyt ymmärtää oikein vakuutuksen sisältö, vaikka vakuutuslainsäädännön objektiivisesti arvioiden antaisikin siitä harhaanjohtavan kuvan.²⁰⁹ Näin ollen vakuutusenantajan subjektiiviset ominaisuudet voivat vaikuttaa molempiin suuntiin.

Mikäli vakuutuslainsäädännön sijoittajalla on jo aiemmin ollut kokemusta sijoittamisesta tai hänellä tulisi muutoin olla asemansa puolesta enemmän tietämystä taloudesta, voidaan asiakkaan selonottovelvollisuuden nähdä korostuvan

hastojen hoitajia koskevaa lainsäädäntöä täydentävät asetukset – esittelymuistio 25.3.2014, s. 7–8. Sijoittajien luokittelu vastaavalla tai muulla tavalla myös muussa rahoitusmarkkinalainsäädännössä ei ole poissuljettua. TaVM 38/2013 vp s. 4–5

²⁰⁷ Norros 2009 s. 384–385.

²⁰⁸ Hallituksen esityksen mukaan vakuutusenantajan on kiinnitettävä hakijan yksilöllisiin olosuhteisiin huomiota silloin, kun vakuutuksen ottaminen perustuu *vakuutuksen hakijan ja vakuutusenantajan edustajan välisiin keskusteluihin*. Esimerkkeinä hallituksen esityksessä mainitaan ikä tai muu havaittava syy, jonka vuoksi vakuutuksen hakijalla on ollut puutteellinen kyky ymmärtää vakuutusenantajalta saamaansa informaatiota, HE 114/1993 vp s. 29–30. Hyvän esimerkin tästä tarjoaa Vakuutuslautakunnan ratkaisu VKL 580/2007, jossa vakuutusenantaja oli näkövammaisen ja tämän vuoksi suullisesti annetuilla tiedoilla on ollut korostunut merkitys, mistä vakuutusenantajan edustaja on ollut lautakunnan mukaan tietoinen.

²⁰⁹ HE 114/1993 vp s. 29–30.

vakuutukseen liittyvien sijoitusominaisuuksien kohdalla. Vakuutuslautakunta on kiinnittänyt huomiota ratkaisussaan VKL 407/2006 siihen, että elinkeinotoimintaa harjoittavien osakeyhtiöiden edustajilla on yleensä katsottava olevan taloudellisen toiminnan lainalaisuuksista ja siihen liittyvistä riskeistä keskimääräistä paremmat tiedot ja käsitys, minkä vuoksi vakuutuksenottajan olisi tullut ymmärtää, että maininta ”rahastojen arvonkehitys vaikuttaa vakuutussäästöjen määrään” voi merkitä myös vakuutussäästöjen arvon alenemista. Vastaavasti korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 2011:5 riidatonta oli, että vakuutuksenottajat, B:n puoliset, olivat ymmärtäneet, että sijoituksen tuoton määräytyminen on sidottu osakekurssien kehitykseen. Lisäksi puolisoilla on ollut laaja sijoituskokemus, minkä vuoksi heidän olisi tullut ymmärtää, ettei sijoitussidonnaisen vakuutuksen alkuperäisen vakuutussäästön arvo ole turvattu.²¹⁰ Hallituksen esityksen mukaisesti tuotteen tarjoajan ja ostajan välisiin keskusteluihin perustuvat, ostajan yksilöllisiä ominaisuuksia koskevat seikat tulivat tapauksessa ilmi. Myös vakuutuksenottajien subjektiiviset seikat kokeneina sijoittajina otettiin objektiivisten perusteiden lisäksi huomioon, kun arvioitiin sitä, millainen käsitys heille oli pankin tiedonannosta syntynyt.²¹¹

Subjektiiviset ominaisuudet ovat olleet esillä myös muissa lautakuntaratkaisuisissa. Esimerkiksi korkorahastosijoituksia koskevassa ratkaisussa APL 79/2009 lautakunta on todennut, ettei ikä ole tae siitä, että asiakkaan ymmärryskyky olisi heikompi. Myös Vakuutuslautakunta on katsonut, että yksinomaan korkea ikä ei ole automaattisesti osoitus siitä, että henkilön oikeudellista toimintakykyä olisi pidettävä puutteellisena. Asiakkaan ikä yksistään ei voi olla peruste olla tarjoamatta tai tarjota jotakin tiettyä sijoituspalvelua tai -tuotetta asiakkaalle, vaan tähän vaaditaan mukaan myös muita henkilöön liittyviä kriteereitä ja arviointeja.

Tuotteen tarjoaja voi myös tietyissä tilanteissa joutua korostamaan jotakin ehtoa tai seikkaa asiakkaan subjektiivisten ominaisuuksien vuoksi. Tapauksessa VKL 827/2009 lautakunta on todennut, että ottaen huomioon vakuutuksenottajan iäkkyyys olisi vakuutukseen liitettävän indeksilainan pääomaturvan puuttumista kuolemantapauksessa pitänyt korostaa. Lautakunnan mukaan kysymys on ollut seikasta, jonka vuoksi indeksilainan soveltuvuus yli 70-vuotiaalle vakuutuksenottajalle on ollut kyseenalainen ja hänen halukkuutensa liittyy vakuutukseen juuri indeksilainan olisi tästä syystä tullut huolellisesti toimien erikseen varmistaa. Tapaukset osoittavat, että asiakkaan subjektiivisten ominaisuuksien huomioon ottamisen

²¹⁰ KKO 2011:5, perustelujen kohta 18.

²¹¹ *Norio-Timonen* 2011b s. 77.

tulee perustua esimerkiksi keskustelun yhteydessä esiin tuleviin, havaittavissa oleviin seikkoihin. Mikäli asiakkaan ymmärryskyky on esimerkiksi iän perusteella heikentynyt, korostuu tuotteen tarjoajan informointivelvollisuus, minkä voidaan puolestaan nähdä vähentävän asiakkaan selonottovelvollisuutta.

5 KÄYTTÄYTYMISTIETEIDEN HUOMIOON-OTTAMINEN FINANSSIMARKKINOILLA?

Kuten edellä on todettu, ihmisten tosiasiallisia käyttäytymismalleja on alettu huomioida laajemminkin osana talouspolitiikkaa esimerkiksi OECD:ssa ja EU:ssa.²¹² Euroopan parlamentin tekemän selvityksen kuluttajansuojasta finanssimarkkinoilla mukaan kuluttajien taloudellinen lukutaito on rajallinen ja erilaiset käyttäytymisvinoumat ohjaavat kuluttajien toimintaa esimerkiksi sijoituspäätöksissä.²¹³ Tuotteen tarjoajan tiedonantovelvoitteiden lisääminen ei auta, vaan tiedon esittämistapa on ratkaisevaa, jotta kuluttajat pystyisivät omaksumaan annetun tiedon. Kuluttajien tulisi ”oppia ostaessaan” (*”learn as they buy”*) ja ostaa vain sellaisia rahoitusmarkkinatuotteita, joiden sisällön he ymmärtävät täysin.²¹⁴

OECD perustelee toimintatappohjeessaan *”Consumer Policy Toolkit”*²¹⁵ käyttäytymistaloustieteen huomioon ottamista kuluttajapolitiikassa lähin-

²¹² Myös Valtioneuvoston kanslia on tulevaisuusksatksuksessaan ottanut kantaa politiikan teon ohjausvälineen valintaan: *”Perinteisten, normi-, resurssi- ja informaatio-ohjauksen rinnalle on nousemassa hienovaraisempi, yksilöiden vapaaseen valintaan käyttäytymistieteelliseen ymmärrykseen nojaava väline, josta käytetään nimitystä nudging tai tuuppaaminen. Siinä perusajatuksena on, että kansalaisen tai muun toimijan päätöksentekoympäristöä muokataan siten, että toivottu käyttäytyminen on luontevampaa, kuin mitä se muutoin olisi.”* Päätöksenteosta muutoksenteeseen – Valtioneuvoston kanslian tulevaisuusksatksaus 2014 s. 13. Lisäksi mainittakoon, että esimerkiksi Hongkongissa on finanssikriisin jälkimainingeissa havahduttu paikallisen finanssivalvojan (*Hong Kong Monetary Authority*) toimesta siihen, ettei perinteinen, laajalle tiedonantovelvollisuudelle perustuva sijoittajansuoja nähtävästi toimikaan, *Law* 2010 s. 18–19.

²¹³ European Parliament – Directorate-General for Internal Policies – Policy Department, *Economic and Scientific Policy: Consumer Protection Aspects of Financial Services* 2014 s. 11.

²¹⁴ *Consumer Protection Aspects of Financial Services* 2014 s. 13.

²¹⁵ OECD:n *”Consumer Policy Toolkit”* on päättäjille suunnattu käytännön toimintatappohje, jonka tarkoituksena on identifioida ja arvioida kuluttajaongelmia sekä kehittää, implementoida ja analysoida tehokkaita kuluttajapolitiikoita, jotta kuluttajat voisivat toimia dynaamisessa talousmaailmassa. Viimeisen 20 vuoden aikana muuttuneet markkinat ovat positiivisten seikkojen lisäksi tuoneet myös haasteita, kuten monimutkaiset sijoitustuotteet. Myös kuluttajien asema ja käyttäytyminen markkinoilla on muuttunut. Vaikka kuluttajat ovat yhä koulutempia OECD-maissa, monelta puuttuu silti sellaiset matemaattiset tiedot

nä kahdella seikalla: käyttäytymistieteeseen perehtyneet ekonomistit voivat auttaa tuloksillaan identifioimaan sellaisia toimialueita, joilla valtion väliintulo esimerkiksi lainsäädännöllisin keinoin on perusteltua, vaikka perinteiset taloustieteelliset mallit osoittaisivat muuta. Toiseksi, jotkin käyttäytymistaloustieteen selkeimmistä havainnoista vaikuttavat tehokkaisuusiin poliittisiin toimiin. Esimerkkinä jälkimmäisestä voidaan mainita tuotteiden tarjoajien laajat tiedonantovelvollisuudet.

Käyttäytymistieteellinen tutkimus on kuitenkin osoittanut, että tiedon esittämistavalla on suuri vaikutus siihen, miten kuluttajat vastaanottavat ja omaksuvat annetun tiedon.²¹⁶ Huonosti esitetty tieto voi olla täysin hyödytöntä. Onkin tärkeää, että kuluttajille annettu tieto on ensisijaisesti sellaista, jolla on kuluttajien päätöksentekoon vaikutusta.²¹⁷ OECD:n mukaan tiedonantovelvollisuuksien ja annettavan tiedon lisääminen voi johtaa epätoivottuun lopputulokseen, sillä informaation runsaus voi vaikeuttaa ihmisten päätöksentekoa vieden huomion tärkeistä asioista muihin seikkoihin. Tiedon esittämistapaan on kiinnitettävä huomiota.²¹⁸ Tietoa ei tulisi olla liikaa ja sen pitäisi olla ymmärrettävässä muodossa.²¹⁹ Tiedonantovelvollisuuden täyttämisen tulisi olla *sosiaalista kanssakäymistä*.²²⁰ Norros viittaa tutkimuksessaan pohjoismaiseen keskusteluun sijoitusneuvojan pedagogisesta velvollisuudesta, johon kuuluu sen korostaminen, että sijoitusneuvoja vastaa myös antamansa tiedon ymmärrettävyydestä.²²¹

Kuten perinteinen taloustiede, myös Euroopan unionin rahoitusmarkkinalainsäädäntö perustuu ainakin toistaiseksi vielä ajatukselle sijoittajasta

ja lukutaito, joita tarvittaisiin esimerkiksi monimutkaisempien sijoitustuotteiden ymmärtämiseksi. OECD Consumer Policy Toolkit 2010, s. 16-28. OECD:n Policy Toolkitin arviosta, ks. *Lissowska* 2011 s. 393–398.

²¹⁶ OECD Consumer Policy Toolkit 2010, s. 42.

²¹⁷ OECD Consumer Policy Toolkit 2010, s. 82.

²¹⁸ OECD Consumer Policy Toolkit 2010 s. 46.

²¹⁹ OECD Consumer Policy Toolkit 2010 s. 86. Näin myös *Moloney* 2010. Moloney on pohtinut arvopaperimarkkinaoikeudellisten sisämarkkinoiden onnistumista ja haasteita. Hänen mukaansa sijoittajansuojassa haasteellista on, että unioninkin alueella on sijoittajia laidasta laitaan: miten onnistutaan parhaiten palvelemaan kaikkia? *Moloney* 2010 s. 30. Moloney huomauttaa, että etenkin vähittäissijoittajan kannalta tiedonannon laatua tulisi korostaa määrän sijaan, *Moloney* 2010 s. 40; ks. myös *Korling* 2010 s. 685. On myös muistettava, etteivät sijoittajat aina toimi rationaalisesti, vaan päätöksenteko voi pohjautua johonkin muuhun kuin järkipäiseen harkintaan; tämän vuoksi olisi erityisen tärkeää, että sijoittajalle annettavan tiedon määrä ei olisi valtava, *Moloney* 2010, s. 77 ss. Lisäksi Moloney muistuttaa tiedon vertaamisen vaikeudesta, ja siitä, että tavallisten ihmisten finanssikoulutuksella on suuri merkitys myös tässäkin asiassa, *Moloney* 2010 s. 194 ss. ja 374–376.

²²⁰ *Davidoff – Hill* 2013 s. 632.

²²¹ *Norros* 2009 s. 355 viitteinen.

rationaalisenä toimijana.²²² Esimerkiksi MiFID II -direktiivi lähtee edeltäjensä tavoin ajatuksesta, että finanssikriisin jälkimainingeissa on edelleenkin vahvistettava tuotteen tarjoajien tiedonanto- ja informointivelvollisuuksia, minkä vuoksi direktiivissä laajennetaan tuotteen tarjoajien informointivelvollisuuksia osittain myös esimerkiksi hyväksyttäviin vastapuoliin.²²³ Joitakin yksittäisiä poikkeuksia löytyy, kuten esimerkiksi sijoitusrahastojen tarjonnassa on jo vuosia ollut vaatimus yksinkertaisen esitteen laatimisesta. Vahvana olettamuksena kuitenkin edelleen on EU:ssa, että tiedonantovelvoitteita lisäämällä saadaan sijoittajat tekemään ”parempia” päätöksiä ja pystytään ehkäisemään mahdollisesti tulevia kriisejä.²²⁴ Tiedonantovelvoitteiden laajentaminen koskemaan hyväksyttäviä vastapuolia on perusteltua siitä lähihistoriallisen opetuksen näkökulmasta, etteivät kokeenkaan institutionaaliset sijoittajat välttämättä ymmärrä, mihin ovat sijoittamassa. Toisaalta tiedonantovelvoitteiden lisääminen tuskin tuo ratkaisua siihen ongelmaan, että sijoittaja on saatava itse lukemaan ja ymmärtämään annettu aineisto sijoitustuotteen sisällöstä.

Vastaavasti vakuutusyhtiöille on asetettu lisää tiedonantovelvoitteita. Tiedonantovelvoitteiden tarkoitus on vakuutuslalla lisätä eri sidosryhmien, kuten asiakkaiden, tiedonsaantia, mutta myös tehostaa markkinoiden toimintaa siten, että vakuutusyhtiöiltä vaaditaan riskienhallintaan liittyvää julkista tietoa. Vuoden 2016 alusta voimaan tullessa vakuutusyhtiöiden vakavaraisuutta sääntelevässä Solvenssi II -sääntelyssä²²⁵ vakuutusyhtiöiden informaatiovelvoitteita on lisätty huomattavasti niin yhtiön johdon, omistajien, vakuutusvalvojien kuin asiakkaidenkin suuntaan.

Solvenssi II:n nojalla yhtiöiden on vuosittain julkistettava vakavaraisuuskertomus internetsivuillaan. Ensimmäisen kerran kertomus on julkis-

²²² EU-sääntelystä, eritoten MiFIDistä ja sen vaikutuksista, ks. esim. *Ferran – Moloney – Hill – Coffee Jr* 2012; *Moloney* 2008; *Ferrarini – Recine* 2007, s. 238–240; *Köndgen – Theissen* 2007, s. 275–276.

²²³ Esimerkiksi MiFID II:n 24 artiklassa todetaan, että kaiken asiakkaalle tai potentiaaliselle asiakkaalle annettavan tiedon on oltava selkeää eikä se saa olla harhaanjohtavaa. Muunlaiseen tiedon toimittamistapaan ei oteta kantaa.

²²⁴ *Davidoff – Hill* 2013 s. 632.

²²⁵ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2009/138/EY, annettu 25 päivänä marraskuuta 2009, vakuutus- ja jälleenvakuutustoiminnan aloittamisesta ja harjoittamisesta. Solvenssi II -säännösten tarkoituksena on, että yksittäisten vakuutusyhtiöiden riskiprofiili otetaan aiempaa paremmin huomioon säännöksissä, HE 344/2014 vp s. 7. Solvenssi II -järjestelmä perustuu kolmeen toisiaan täydentävään pilariin, jotka koskevat kvantitatiivisia vaatimuksia, kvalitatiivisia vaatimuksia ja valvontaa sekä valvontaraportointia ja tietojen julkistamista. Ensinnäkin vakuutus- ja jälleenvakuutusyritysten on täytettävä kvantitatiiviset vaatimukset, jotka jakautuvat kuuteen osioon, kuten varojen ja velkojen arvostaminen, vakuutustekninen vastuuvelka, vakavaraisuuspääomavaatimus, vähimmäispääomavaatimus ja sijoitukset.

tettava koskien vuoden 2016 vakavaraisuutta ja taloudellista tilannetta eli alkuvuodesta 2017. Vakavaraisuuskertomus tulee olemaan noin 200-sivuisen selvitys yhtiön taloudellisesta ja hallinnollisesta tilanteesta. Tarkoituksena on, että vakuutusasiakkaat tutustuisivat siihen arvioidessaan ja vertaillaan vakuutusyhtiöitä. Voidaankin kysyä, tuleeko keskiverto vakuutusasiakas todella lukemaan kyseistä kertomusta? Vastaus on luultavasti ei. Osaako keskiverto vakuutusasiakas arvioida vakuutusyhtiöiden vakavaraisuutta? Ei osaa. Lisäksi vakuutuksenottajille täytyy antaa jo nyt vakuutus-sopimuslain nojalla runsaasti tietoa muun muassa vakuutussopimuksesta ja sen rajoituksista. Suomen oikeus- ja lautakuntakäytännöt osoittavat, etteivät vakuutuksenottajat monesti tutustu edes tähän annettuun ja kohdennettuun aineistoon. Näin ollen tiedonantovelvoitteiden lisääminen tältä osin lienee turhaa ja resursseja tuhlaavaa.

Voisiko tiedonantovelvollisuuden täyttämistapaan vaikuttaa? Euroopan unionin lainsäätäjät ovat havahtuneet ainakin osittain tähän ongelmaan. Sen lisäksi, että tiedonantovelvoitteita sekä muuta menettelytapasäännöstöä lisätään niin arvopaperi- kuin vakuutustuotteisiin, on myös tiedonantotapaan kiinnitetty huomiota. Loppuvuodesta 2014 annettiin EU-asetus N:o 1286/2014²²⁶ vähittäismarkkinoille tarkoitettuja paketoituja ja vakuutusmuotoisia sijoitustuotteita koskevasta avaintietoasiakirjasta (PRIIP-tuote, *Packaged Retail and Insurance-Based Investment Product*). Asetuksen on tarkoitus tulla voimaan EU:n jäsenmaissa 31.12.2016.

Asetuksen tavoitteena on asiakkaalle annettavia tietoja koskeva yhtenäinen sääntely kaikissa paketoituissa sijoitustuotteissa. Sijoittajille tarjotaan yhä useammin paketoituja sijoitustuotteita, jotka ovat monimutkaisia ja vaikeaselkoisia. Paketoituja sijoitustuotteita ovat esimerkiksi sijoitusrahastot, strukturoidut talletukset sekä sijoitussidonnaiset vakuutukset. Kaikkiin näihin sijoitustuotteisiin kohdistuisi samanlainen tiedonantovelvoite avaintietoasiakirjan muodossa. Avaintietoasiakirjasta tulee ilmetä tuotteen tärkeimmät tiedot ja helpottaa yksityissijoittajaa vertailemaan eri tuotteita.²²⁷ Tarkoituksena on, että tiedot esitetään nimenomaisesti yksityissijoittajan kannalta ymmärrettävässä muodossa kiinnittäen huomiota sanastoon ja kirjoitustyyliin.²²⁸ Merkittävää on, että avaintietoasiakirjan on pidettävä

²²⁶ Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) N:o 1286/2014, annettu 26 päivänä marraskuuta 2014, vähittäismarkkinoille tarkoitettuja paketoituja ja vakuutusmuotoisia sijoitustuotteita (PRIIP-tuotteita) koskevista avaintietoasiakirjoista.

²²⁷ Asiakirjassa tulee antaa tietoa erityisesti tuotteen luonteesta ja ominaisuuksista, kuten mahdollisista pääomatappiosta, tuotteen kuluista ja riskiprofiilista, tuotto- tai arvonkehityksestä sekä muita tietoja, jotka saattavat olla tarpeen käsityksen saamiseksi erityyppisten tuotteiden ominaisuuksista.

²²⁸ Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) N:o 1286/2014, 13 resitaali.

sisällään tiedot, jotka ovat tarpeen *harkitun sijoituspäätöksen tekemiseksi ja eri PRIIP-tuotteiden vertailemiseksi*.²²⁹ Sijoittajan on siis voitava tehdä sijoituspäätöksensä avaintietoasiakirjan perusteella.²³⁰ Mikäli sijoitustuote ei ole yksinkertainen ja voi olla hankalasti yksityissijoittajan ymmärrettävissä, on kyseisissä tapauksissa avaintietoasiakirjaan tilanteen mukaan sisällytettävä tuotteen ymmärrettävyyttä koskeva varoitus.²³¹

Muissa maissa on otettu käyttöön PRIIPs-asetusta vastaavia säädöksiä. Esimerkiksi Singaporessa on finanssikriisin jälkimainingeissa siirrytty yksinkertaistamaan sijoittajille annettavaa informaatiota ”*Product Highlights Sheet*” -dokumentin avulla.²³² Kyseisen dokumentin tarkoitus on samanlainen kuin PRIIPsin avaintietoasiakirjan. Kuitenkin esimerkiksi Australiassa, jossa vastaavanlainen käytäntö on ollut käytössä jo pidemmän aikaa, on huomattu, että lyhyiksi ja selkeiksi tarkoitettujen avaintietoasiakirjojen pituudet ovat alkaneet kasvaa ja asiakirjojen sisällöt monimutkaistua.²³³ Kun tuotteet monimutkaistuvat, vaikuttaa tämä luonnollisesti myös asiakirjoihin. PRIIPsissä on kuitenkin huomioitu monimutkaiset tuotteet siten, että niistä tulee antaa varoitus.

PRIIPs-asetuksen tavoite on positiivinen: luodaan yksinkertainen esite, josta käyvät ilmi tuotteen olennaisimmat tiedot ja jonka perusteella sijoituspäätös voidaan tehdä. Toisaalta avaintietoasiakirjan lisäksi tullaan edelleen antamaan runsaasti muuta materiaalia asiakkaalle, minkä seurauksena avaintietoasiakirja hukkuu informaatiotulvan joukkoon. Lisäksi PRIIPs-asetus koskee vain tiettyjä, paketoituja sijoitustuotteita. Voidaan myös pohtia sitä, onko mahdollisella varoitustekstillä minkäänlaista vaikutusta sijoittajiin. Standardimuodoissa olevat varoitukset voivat helposti menettää merkityksensä.²³⁴ Maailma on nykyään varoituksia täynnä: ostaessasi take away -kahvin aamulla matkalla töihin lukee pahvimukin laidassa varoitus sisällön kuumuudesta, särkylääkepurkin kyljessä on varoitus käytön haitallisuudesta, tupakka-aski julistaa tupakan tappavuudesta ja mikroaaltouunin ohjeissa varoitetaan laittamasta vaatteita uuniin. Jos elämme jo valmiiksi maailmassa, jossa meitä varoitetaan lähes joka asiasta, kiinni-

²²⁹ Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) N:o 1286/2014, 15 resitaali.

²³⁰ Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) N:o 1286/2014, 22 resitaali.

²³¹ Tällainen tuote voi olla kysymyksessä silloin, kun siinä sijoitetaan kohteisiin, joihin yksityissijoittajat eivät tavallisesti sijoita tai jos siinä käytetään erilaisia menetelmiä sijoituksen lopullisen tuoton laskemiseksi ja yksityissijoittajan riski ymmärtää tuote väärin kasvaa tai jos tuotteessa käytetään hyödyksi yksityissijoittajan käyttäytymistä. Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) N:o 1286/2014, 18 resitaali.

²³² Chan – Chua 2011 s. 35–39.

²³³ Chan – Chua 2011 s. 36.

²³⁴ Ks. esim. Klohn 2009 s. 446–447.

tämmekö sijoittajina huomiota tuoteselosteessa tai avaintietoasiakirjassa olevaan varoitukseen siitä, että kyseinen sijoitustuote on riskipitoinen tai vaikeaselkoinen? Luultavasti emme.

6 LOPUKSI

Käyttäytymistaloustieteellinen tutkimus ja empiiriset havainnot kotimaastamme ja ulkomailta osoittavat sijoittajan epärationaaliset toimintatavat. Kuitenkin rahoitusmarkkinalainsäädäntömme Euroopassa pohjautuu edelleen siihen käsitykseen, että sijoittajaksi mielivä toimii rationaalisesti: tutustuu annettuun aineistoon, kysyy kysymyksiä, mikäli ei ymmärrä, harkitsee ja tekee sijoituspäätöksensä annettujen tietojen nojalla. Arvopaperilautakunnan, Vakuutuslautakunnan sekä korkeimman oikeuden ratkaisut osoittavat, että asiakas ei välttämättä tutustu annettuun aineistoon tai tutustuttuaan siihen tekee päätöksen ymmärtämättä sijoitustuotteen sisältöä ja ominaisuuksia. Asiakas saattaa allekirjoittaa sijoitustuotetta koskevan sopimuksen ilman, että on saanut juuri mitään tietoa tuotteesta.

Sijoittajalle asetettava selonottovelvollisuus on lähtökohtaisesti suhteellisen laaja. Sijoittajan on tutustuttava kohtuullisella huolellisuudella kaikkien annettuun materiaaliin huolimatta siitä, miten paljon materiaalia on annettu. Sijoittajan selonottovelvollisuuteen vaikuttavat kuitenkin erinäiset seikat, kuten sijoittajaprofiili, muut subjektiiviset ominaisuudet ja mahdollisesti myös muut tuotteen tarjoamisen olosuhteisiin liittyvät seikat. Kuitenkaan sijoittajan tosiasiallista käyttäytymistapaa, päätöksentekoon vaikuttavia seikkoja, ei lainsäädännössämme vielä huomioida.

Toisaalta tässä artikkelissakin käsitellyt oikeus- ja lautakuntakäytännöt osoittavat, että tuotteen tarjoajan tiedonantovelvollisuus on ensisijainen sijoittajan selonottovelvollisuuteen nähden. Mikäli tietoa on annettu esimerkiksi suullisesti tai markkinointiesitteessä, on tämä tieto ensisijaista muuhun annettuun materiaaliin nähden. Sijoittaja voi siis yleensä luottaa esimerkiksi siihen, jos tuotteen tarjoaja suullisesti tai PowerPoint-esityksessä kertoo tuotteen olevan riskitön.

Mitä tästä sitten voi seurata? Mikäli sijoittajan ei tarvitse tutustua kaikkien annettuun aineistoon, hän voi vastaisuudessa jättää tutustumatta asiakirjoihin. Tämä voi kannustaa sijoittajia suurempaan riskinottoon asian suhteen ja johtaa enenevässä määrin ns. ”*signing-without-reading*” -ongelmaan.²³⁵ Asiakkaat voivat ajatella, että ei ole kannattavaa alkaa lukea kym-

²³⁵ De Geest 2002 s. 222

mensivuisia tuote-esitteitä ja -ehtoja, koska ehdot eivät muutu siitä miksi-kään, eivätkä ne ole neuvoteltavissa. Asiakkaat voivat ajatella, ettei ole mitään hyötyä lukea 200-sivuista tuote-esitettä, koska olennaiset tiedot on jo annettu yhden sivun markkinointiesitteessä. Voidaan kysyä, ajaako tämä sijoittajia epätoivottuun käyttäytymiseen? Vastaus on ei. Sijoittajat käyttäytyvät jo nyt lainsäätäjän toivomuksiin nähden epätoivotusti. Käyttäytymistaloustieteessä on osoitettu, miten sijoittajat käyttäytyvät, ja nyt lainsäätäjän tulisi kiinnostua asiasta laajasti.

Yksinkertaisin ratkaisu on yksinkertaistaminen. Yksinkertaistaminen ei tarkoita sitä, että tuotekehittelyä täytyisi rajoittaa tai tietynlaisten tuotteiden myynti kieltää kokonaan. Yksinkertaistaminen tarkoittaa sitä, että sijoitustuotetta koskeva tieto on esitettävä mahdollisimman yksinkertaisesti ja helppotajuisesti. Mikäli sijoitustuote on niin monimutkainen, ettei esimerkiksi sen sisältämää riskiä voida kuvata yksinkertaisesti, tulee tästä selkeästi mainita. Tällöin tuotteen tarjoajien tulee arvioida, myyvätkö he lainkaan tällaisia tuotteita kaikille sijoittajille.

PRIIPs-asetus on tuore osoitus siitä, että EU:ssa on hieman alettu ottaa huomioon myös tiedon esittämistapa sijoittajalle. Käyttäytymistaloustieteellinen tieto sijoittajan käyttäytymisestä ei ole uutta tietoa, mutta vasta nyt muun muassa OECD ja Euroopan unioni ovat havahtuneet siihen jossakin määrin. Toisaalta esimerkiksi tuoreet Solvenssi II -säätelyn tuomat tiedonantovelvoitteet puhuvat päinvastaisesta ja jopa epästabiliista kehityksestä. Vaikka PRIIPs-asetus tulee meillä voimaan 2016 vuoden lopussa, mikään ei estä tuotteen tarjoajia ottamasta huomioon jo nyt käyttäytymistieteellisiä tuloksia markkinoidessaan ja myydessään tuotteita sijoittajille. Ideaalitulanteessa sekä lainsäätäjä, tuotteen tarjoajat ja sijoittajat havaitsisivat ja ottaisivat toiminnassaan huomioon käyttäytymistieteelliset tosiasiat. Mikäli tuotteen tarjoaja ymmärtää, ettei asiakas ymmärrä esimerkiksi tuotteen riskiä, tuotteen tarjoajan olisi viisasta pidättäytyä myymästä tuotetta asiakkaalle.²³⁶ Ei ole tuotteiden tarjoajienkaan näkökulmasta kannattavaa pitkällä tähtäimellä myydä asiakkaille sopimattomia tuotteita, sillä mahdollisista ongelmista ja riidoista voi mennä maine vuosikausiksi.

Tiedonantovelvollisuuden täyttäminen ilman, että tiedonantotapaan, -laatuun ja -määrään kiinnitetään huomiota, voi olla tehotonta.²³⁷ Annetun tiedon tulee keskittyä yksinkertaisiin ja tärkeisiin asioihin, kuten hintaan.²³⁸ Tiedonantovelvollisuuden, annetun materiaalin, tulisi olla määrältään kohtuullista ja korostaa sijoittajan päätöksentekoon vaikuttavia seikkoja, kuten

²³⁶ Näin esim. *Hemmo* 2005 s. 207–208.

²³⁷ *Faure – Luth* 2011 s. 346.

²³⁸ *Faure – Luth* 2011 s. 348–349.

sijoitustuotteen riskiä, tuotto-odotusta, pääoman menettämisen mahdollisuutta, kuluja ja verotusta. Asiakkaalle on annettava aikaa tutustua materiaaliin, edes yön yli. Olennaiset tiedot on annettava selkeästi ja ymmärrettävästi, oli kyseessä sitten kokematon tai kokenut, ei-ammattimainen tai ammattimainen sijoittaja. Tuotteiden tarjoajat voivat myydessään tuotteita huomioida sijoittajien – ja omat – toimintatavat. Yksinkertaistaminen säästää sekä tuotteiden tarjoajien että asiakkaiden resursseja.

Lainsäätäjä tai viranomainen ei voi estää sijoittajia – tai ihmisiä yleensä – tekemästä ”tyhmiä” päätöksiä ja valintoja. Sijoitukseen liittyy aina riski. Annetulla tiedolla ja tiedon esittämistavalla voidaan kuitenkin edesauttaa paljon sijoittajansuojan perimmäisen tarkoituksen toteutumista: sitä, että sijoittaja tekee perustellun ja harkitun sijoituspäätöksen. Sijoitustuotteen tarjoajien tiedonantovelvoitteita voidaan lisätä loputtomiin, mutta loppujen lopuksi paljon on kiinni sijoittajan omasta selonottovelvollisuudesta.

LÄHTEET

- Akerlof, George*: The market for "lemons": Quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, p. 488–500, Vol. 84, No. 3, 1970.
- Alhonsuo, Vesa – Nisén, Anne – Pellikka, Tuula*: Finanssitoiminnan käsikirja. Finanssi- ja vakuutuskustannus Oy, Helsinki 2009.
- Ali, Paul – Ramsay, Ian – Read, Cate*: Behavioural law and economics: regulatory reform of consumer credit and consumer financial services. *Common Law World Review*, p. 298–343, Vol. 43, No. 4, 2014.
- Annola, Vesa*: Informaatio, sisäpiiri, markkinat – Arvopaperioikeudellinen tutkimus informaatioepätasapainosta arvopaperikaupassa. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Turku 2005.
- Arsalidou Demetra*: Institutional investors, behavioral economics and the concept of stewardship. *Law & Financial Markets Review*, p. 410–421, Vol. 6, No 6, 2012.
- Astola, Tiina*: Sijoittajansuoja arvopaperimarkkinoilla: tiivistelmä lausunnoista. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu, Helsinki 1990.
- Baker, H. Kent – Nofsinger, John R.* (eds.): Behavioral Finance: Investors, Corporations, and Markets. John Wiley & Sons, New Jersey USA 2010.
- Barberis, Nicholas C. – Thaler, Richard H.*: A survey of behavioral finance. Teoksessa Constantinides, George M. – Harris, Milton – Stulz, René M. (eds.): Handbook of The Economics of Finance: Volume 1B, Financial Markets and Asset Pricing, p. 1053–1128. Elsevier North Holland 2003.
- Byrne, Alistair – Brooks, Mike*: Behavioral Finance: Theories and Evidence. The Research Foundation of CFA Institute Literature Review 2008.
- Chan, Elaine – Chua, Reina*: Marketing of investment products in Singapore post-Lehman. *Journal of International Banking Law and Regulation*, p. 35–39, Vol. 26, No. 1, 2011.
- Davidoff, Steven M. – Hill, Claire A.*: Limits of Disclosure. *Seattle University Law Review*, p. 599–637, Vol 36, 2013.
- Decision Technology Ltd and European Commission*: Consumer Decision-Making in Retail Investment Services: A Behavioural Economics Perspective Final Report November 2010.
- Ehdotus oikeusministeriön asetukseksi henkivakuutuksesta annettavista tiedoista 2011.
- Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2016/97, annettu 20 päivänä tammikuuta 2016, vakuutusten tarjoamisesta. EUVL L26/19, 2.2.2016.
- Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/65/EU, annettu 15 päivänä toukokuuta 2014, rahoitusvälineiden markkinoista sekä direktiivin 2002/92/EY ja direktiivin 2011/61/EU muuttamisesta. EUVL L 173/349, 12.6.2014.
- Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukset (EU) N:o 600/2014, annettu 15 päivänä toukokuuta 2014, rahoitusvälineiden markkinoista sekä asetuksen (EU) N:o 648/2012 muuttamisesta. EYVL L173/84, 12.6.2014.
- Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukset (EU) N:o 1286/2014, annettu 26 päivänä marraskuuta 2014, vähittäismarkkinoille tarkoitettuja paketoituja ja vakuutusmuotoisia sijoitustuotteita (PRIIP- tuotteita) koskevista avaintietoasiakirjoista. EUVL L 352/9, 12.12.2014.

- European Commission: Consumer Empowerment in the EU, SEC (2011), 469 Final 2011.*
- European Parliament – Directorate-General for Internal Policies – Policy Department, Economic and Scientific Policy: Consumer Protection Aspects of Financial Services 2014.*
- Faure, Michael G. – Luth, Hanneke A.: Behavioural Economics in Unfair Contract Terms Cautions and Considerations. Journal of Consumer Policy, p. 337–358, Vol. 34, 2011.*
- Ferran, Eilís – Moloney, Niamh – Hill, Jennifer G. – Coffee Jr, John C.; The Regulatory Aftermath of the Global Financial Crisis. International Corporate Law and Financial Market Regulation. Cambridge University Press, Cambridge 2012.*
- Ferrarini, Guido – Recine, Fabio: The MiFID and Internalisation. Teoksessa Ferrarini, Guido – Wymeersch, Eddy (eds.): Investor Protection in Europe – Corporate Law Making, MiFID and Beyond. Oxford University Press, Oxford 2007.*
- Finanssivalvonta: Finanssivalvonnan määräykset ja ohjeet 10/2012 Pitkäaikaissäästämissopimusten ja vakuutusten kulujen ja tuottojen ilmoittaminen.*
- Finanssivalvonta: Määräykset ja ohjeet 15/2013 Finanssipalvelujen ja -tuotteiden markkinointi.*
- Finanssivalvonta: Määräykset ja ohjeet 16/2013 Finanssipalvelujen tarjoamisessa noudatettavat menettelytavat.*
- de Geest, Gerrit: The signing-without-reading problem: An analysis of the European Directive of unfair contract terms. Teoksessa Schäfer, H. B. – Kwiyisjum H. J. (eds.): Konsequenzen wirtschaftsrechtlicher Normen Festschrift für Klaus Ott, p. 213–235, Wiesbaden 2002.*
- Haapasaari, Riitta – Hanén, Emilia – Mäntyranta, Tiina: Korkeimman oikeuden ratkaisuja vakuutus- ja pankkiasioissa 2006–2011. Teoksessa Sisula-Tulokas, Lena – Luukkonen, Irene – Sirén, Erik – Raulos, Ville (toim.): Vakuutus- ja rahoitusneuvonta 40 vuotta, s. 285–335. Vakuutus- ja rahoitusneuvonta, Helsinki 2011.*
- Hacker, Philipp: The behavioral divide: a critique of the differential implementation of behavioral law and economics in the US and the EU. E.R.C.L. European Review of Contract Law, p. 299–345, Vol. 11, No. 4, 2015.*
- Harju, Ilkka – Syyrilä, Jarkko: Sijoitusrahastolainsäädäntö. WSOY Lakitieto, Helsinki 2001.*
- Helsingin Sanomat, Tuomo Pietiläinen: ”Perheyhtiöt vastaan Nordea – vuorineuvosten perilliset käyvät oikeustaistelua miljoonien eurojen huonoista sijoituksista”, julkaistu 14.2.2016. Artikkelin osoitteessa <http://www.hs.fi/talous/a1455336812645> (viitattu 14.2.2016).*
- HE 157/1988 vp Hallituksen esitys Eduskunnalle arvopaperimarkkinalaiksi sekä siihen liittyväksi lainsäädännöksi.
- HE 114/1993 vp Hallituksen esitys Eduskunnalle vakuutussopimuslaiksi ja laeiksi eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
- HE 43/2007 vp Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi sijoituspalveluyrityksistä, laiksi arvopaperimarkkinalain muuttamisesta ja eräksi niihin liittyviksi laeiksi.
- HE 63/2009 vp Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi vakuutussopimuslain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.

- HE 32/2012 vp Hallituksen esitys Eduskunnalle arvopaperimarkkinoita koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 344/2014 vp Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi vakuutusyhtiölain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyvistä laeista.
- Hirshleifer, David*: Investor Psychology and Asset Pricing. *The Journal of Finance*, p. 1533–1597, Vol. 56, No. 4, 2001.
- Hemmo, Mika*: Sopimusoikeus I. Talentum, Helsinki 2007.
- Hemmo, Mika*: Sopimusoikeus III. Talentum, Helsinki 2005.
- Honkapohja, Seppo*: Bounded rationality in macroeconomics – A review essay. *Journal of Monetary Economics*, p. 509–518, No. 35, 1995.
- Hoppu, Esko*: Vakuutusyhtiön tiedonantovelvollisuudesta vakuutus sopimusta solmittaessa. Teoksessa *Sisula-Tulokas, Lena – Luukkonen, Irene – Saario, Marja (toim.): Kuluttajien vakuutustoimisto ja vakuutuslautakunta 30 vuotta*, s. 104–119. Kuluttajien vakuutustoimisto, Helsinki 2001.
- Hoppu, Esko – Hemmo, Mika*: Vakuutusoikeus. WSOYpro, Helsinki 2006.
- Hoppu, Kari*: Sijoitustuotteiden markkinoinnin sääntely. WSOY Lakitieto, Helsinki 2004
- Hoppu, Kari*: Sijoituspalvelusopimukset. WSOYpro, Helsinki 2009.
- Häyhä, Juha*: Sopimus, laki ja vakuutustoiminta. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1996.
- Inderst, Roman – Ottaviani, Marco*: Regulating financial advice. *European Business Organization Law Review*, p. 237–246, Vol. 13, No. 2, 2012.
- Isokoski, Harri*: Sijoitussidonnaiset vakuutukset ja kuluttajansuoja. Teoksessa *Sisula-Tulokas, Lena – Luukkonen, Irene – Saario, Marja (toim.): Kuluttajien vakuutustoimisto ja vakuutuslautakunta 35 vuotta*, s. 162–188. Kuluttajien vakuutustoimisto, Helsinki 2006.
- Jokela, Teemu – Lammi, Veera – Lohi, Ilkka – Silvola, Timo*: Vapaaehtoinen henkilövakuutus. Viides, uudistettu painos. Finanssi- ja vakuutuskustannus, Vammala 2009.
- Järventaus, Jussi*: Ehdotus henkilövakuutuslaiksi. Oikeusministeriö, 1985.
- Kahneman, Daniel*: Thinking fast and slow. Farrar, Straus and Giroux, New York 2011.
- Kahneman, Daniel – Knetsch, Jack L. – Thaler, Richard H*: Experimental tests of the endowment effect and the Coase theorem. *Journal of Political Economy*, p. 1325–1348, Vol. 98, No. 6, 1990.
- Kahneman, Daniel – Riepe, Mark W.*: Aspects of Investor Psychology. *The Journal of Portfolio Management* Summer, p. 52–65, Vol. 24, No. 4, 1998.
- Kahneman, Daniel – Slovic, Paul – Tversky, Amos (eds.)*: Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases. Cambridge University Press, Cambridge 1982.
- Kahneman, Daniel – Tversky, Amos*: Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, p. 1124–1131, Vol. 185, No. 4157, 1974.
- Kahneman, Daniel – Tversky, Amos*: Prospect theory: An analysis of decision under risk. *Econometrica*, p. 263–292, Vol. 47, No. 2, 1979.

- Karhu, Juha*: Lojaliteettiperiaate sopimusoikeudessa – oikeudellista peruskartoitusta. Teoksessa Vihervuori, Pekka – Hemmo, Mika – Tammi-Salminen, Eva (toim.): Juhlajulkaisu Leena Kartio 1938 – 30/8 – 2008, s. 101–116. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, Turku 2008.
- Karjalainen, Jarkko – Laurila, Olli – Parkkonen, Jarmo*: Arvopaperimarkkinlaki. Talentum, Helsinki 2008.
- Klohn, Lars*: Preventing excessive retail investor trading under MiFID: a behavioural law & economics perspective. *European Business Organization Law Review*, p. 437–454, Vol. 10, No. 3, 2009.
- Knüpfner, Samuli – Puttonen, Vesa*: Moderni rahoitus. Kolmas, uudistettu painos. Talentum, Helsinki 2014.
- Korling, Fredric*: Rådgivningsansvar. Jure, Stockholm 2010
- Korobkin, Russell B. – Ulen, Thomas S.*: Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. *California Law Review*, p. 1051–1144, Vol. 88, No. 4, 2000.
- Köndgen, Johannes – Theissen, Erik*: Internalisation under the MiFID: Regulatory Overreaching or Landmark in Investor Protection? Teoksessa Ferrarini, Guido – Wymeersch, Eddy (eds.): *Investor Protection in Europe – Corporate Law Making, MiFID and Beyond*, Oxford University Press, Oxford 2007.
- Law, Michael K. H.*: Behavioral Risk Disclosure and Retail Investor Protection: Reflections on the Lehman Brothers Minibonds Crisis. *Hong Kong Law Journal*, p. 15–42, No. 15, 2010.
- Lehtipuro, Katriina*: Försäkringsbolagets ansvar för sin personal och sina ombud samt försäkringstagarens upplysningsplikt. Suomen vakuutuslakimiesten yhdistyksen julkaisuja XXIV, Helsinki 1997.
- Lehtipuro, Katriina*: Hyvä vakuutustapa. Teoksessa Sisula-Tulokas, Lena – Luukkonen, Irene – Saario, Marja (toim.): *Kuluttajien vakuutustoimisto ja vakuutuslautakunta 35 vuotta*, s. 47–55. Kuluttajien vakuutustoimisto, Helsinki 2006.
- Lehtipuro, Katriina – Luukkonen, Irene – Mäntyniemi, Lea – Raulos, Ville – Santavirta, Pia*: Vakuutuslainsäädäntö. Neljäs, uudistettu painos. Finanssi- ja vakuutuskustannus Oy, Helsinki 2010.
- Leppiniemi, Jarmo*: Mitä sijoittaja odottaa säätelyltä? Teoksessa Sisula-Tulokas, Lena – Luukkonen, Irene – Sirén, Erik – Raulos, Ville (toim.): *Vakuutus- ja rahoitusneuvonta 40 vuotta*, s. 98–120. Vakuutus- ja rahoitusneuvonta, Helsinki 2011.
- Liikanen, Erkki* (chair): High-level Expert Group on Reforming the Structure of the EU banking sector – Final Report; Brussels, 2 October 2012. Saatavilla osoitteessa http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/high-level_expert_group/report_en.pdf.
- Lissowska, Maria*: Overview of Behavioural Economics Elements in the OECD Consumer Policy Toolkit. *Journal of Consumer Policy*, p. 393–398, Vol. 34, 2011.
- Loss, Louis*: The Protection of Investors: The Role of Government. *South African Law Journal*, No 80, 1963.
- Lunn, Peter D.*: Are consumer decision-making phenomena a fourth market failure? *Journal of Consumer Policy*, p. 315–330, Vol. 38, No. 3, 2015.

- de Manuel Aramendía, Mirzha – Valiante, Diego: A Life Cycle Approach to Investor Protection.* ECMI Working Paper, 1/September 2014.
- Minor, Jacqueline:* Consumer protection in the EU: searching for the real consumer. *European Business Organization Law Review*, p. 163–168, Vol. 13, No. 2, 2012.
- Moloney, Niamh:* *EC Securities Regulation.* Second edition, Oxford University Press, Oxford 2008.
- Moloney, Niamh:* *How to Protect Investors. Lessons from the EC and the UK.* Cambridge University Press, Cambridge 2010.
- Moloney, Niamh:* The investor model underlying the EU's investor protection regime: consumers or investors? *European Business Organization Law Review*, p. 169–193, Vol. 13, No. 2, 2012.
- Montier, James:* *Behaving Badly.* Dresdner Kleinwort Wasserstein 2006.
- Mullainathan, Sendhil – Nöth, Markus – Schoar, Antoinette:* *The Market for Financial Advice: An Audit Study,* 2011. Osoitteessa <http://www.econ.yale.edu/~shiller/behavior/2011-04-11/Mullainathan.pdf>.
- Mäntysaari, Petri:* *Arvopaperinvälittäjästä sijoitusneuvoja.* Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2001.
- Nofsinger, John R.:* *The psychology of investing.* Second edition, Pearson Prentice Hall 2005.
- Norio-Timonen, Jaana:* *Kuluttajavakuutusten vertailtavuus ja sääntely.* Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1997.
- Norio-Timonen, Jaana:* *Pankki vakuutusten jakelukanavana.* Teoksessa Halila, Heikki – Hemmo, Mika – Sisula-Tulokas, Lena (toim.): *Juhlakirja Esko Hoppu 1935 – 15/1 – 2005*, s. 263–275. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2005.
- Norio-Timonen, Jaana:* *Myyjän tiedonantovelvollisuus sijoitussidonnaisten vakuutusten kaupassa.* Teoksessa Norio-Timonen, Jaana (toim.): *Kansainvälistyvät rahoitusmarkkinat ja asiakas – kirjoituksia rahoitusmarkkinaoikeudesta*, s. 9–43. Edita, Helsinki 2007.
- Norio-Timonen, Jaana:* *Eläkevakuutusta koskevien tietojen puutteellisuus ja harhaanjohtavuus.* Teoksessa *Timonen, Pekka* (toim.): *KKO:n ratkaisut kommentein 2010: I*, s. 208–221, Talentum, Helsinki 2010 (*Norio-Timonen 2010a*).
- Norio-Timonen, Jaana:* *Vakuutussopimuslain pääkohdat.* Talentum, Helsinki 2010 (*Norio-Timonen 2010b*).
- Norio-Timonen, Jaana:* *Sijoitussidonnaista henkivakuutusta koskevien tietojen puutteellisuus ja harhaanjohtavuus.* Teoksessa *Timonen, Pekka* (toim.): *KKO:n ratkaisut kommentein*, s. 42–53. Talentum, Helsinki 2011 (*Norio-Timonen 2011a*).
- Norio-Timonen, Jaana:* *Vakuutusenantajan tiedonantovelvollisuus sijoitussidonnaisten vakuutusten myynnissä.* Teoksessa *Sisula-Tulokas, Lena – Luukkonen, Irene – Sirén, Erik – Raulos, Ville* (toim.): *Vakuutus- ja rahoitusneuvonta 40 vuotta*, s. 67–85. Vakuutus- ja rahoitusneuvonta, Helsinki, 2011 (*Norio-Timonen 2011b*).
- Norros, Olli:* *Vahingonkorvaus arvopaperimarkkinoilla.* WSOYpro, Helsinki 2009.
- Norros, Olli:* *KKO 2011:5 – Annettiinko sijoitussidonnaisesta vakuutuksesta riittävät tiedot?, oikeustapauskommentti.* Lakimies 2011/4, s. 799–809.
- OECD:* *Consumer Policy Toolkit 2010.*

- Oehler, Andreas – Werner, Christina*: Saving for Retirement – A Case for Financial Education in Germany and UK? An Economic Perspective. *Journal of Consumer Policy*, p. 253–283, Vol. 31, 2008.
- Parkkonen, Jarmo – Knuts, Märten*: Arvopaperimarkkinat. Talentum, Helsinki 2014.
- Peltonen, Anja – Määttä, Kalle*: Kuluttajansuojaoikeus. Talentum Pro, Helsinki 2015.
- Pesonen, Martti – Soininen, Pentti – Tuominen, Tapani*: Henkivakuutusmatematiikka. Suomen vakuutusalan koulutus ja kustannus. Helsinki 2000.
- Piha, Samuel – Lähteenmäki-Uutela, Anu*: Evoluutiopsykologian soveltaminen kauppatieteissä. Liiketaloudellinen Aikakauskirja, s. 299–319, Nro 4, 2014.
- Pólya, George*: How to solve it. Princeton University Press, Princeton 1948.
- Pompian, Michael*: Behavioral Finance and Investor Types: Managing Behavior to Make Better Investment Decisions. Wiley Finance, 2012.
- Rantala, Jukka – Kivisaari, Esko*: Vakuutusoppi. 12., uudistettu painos. Finanssi- ja vakuutuskustannus Oy, Helsinki 2014.
- Rantala, Jukka – Pentikäinen, Teivo*: Vakuutusoppi. 11., uudistettu painos. Finanssi- ja vakuutuskustannus Oy, Helsinki 2009.
- Rantala, Ville*: How Do Investment Ideas Spread through Social Interaction? Evidence from a Ponzi Scheme, 2015.
- Raulos, Ville*: Hyvä tapa lautakuntakäytännössä. Vakuutus- ja rahoitusneuvonta FINE, 2. painos, 2011.
- Ricciard, Victor*: The Psychology of Risk: The Behavioral Finance Perspective. Teoksessa Fabozzi, Frank J. (ed.): Handbook of finance: Volume 2: Investment management and financial management, p. 85–111. John Wiley & Sons, 2010.
- Ronkainen, Vesa*: Stochastic modeling of financing longevity risk in pension insurance, Suomen Pankki ja Finanssivalvonta 2012.
- Rudanko, Matti*: Arvopaperimarkkinat ja siviilioikeus. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1998.
- Ruohonen, Janne*: KKO velvoitti sijoitustilaisuuden järjestäjän korvaamaan sijoittajalle aiheutuneen 260.000 euron vahingon – sijoituskohteena olleen Lehman Brothers Treasuryn obligaation liikkeeseenlaskijariskiä ei ollut tuotu esille (KKO 2015:93). Edilex 1.2.2016.
- Saarnilehto, Ari – Annola, Vesa*: Sopimus. Teoksessa Saarnilehto, Ari – Annola, Vesa – Hemmo, Mika – Karhu, Juha – Kartio, Leena – Tammi-Salminen, Eva – Tolonen, Juha – Tuomisto, Jarmo – Viljanen, Mika: Varallisuus-oikeus, s. 397–494. Toinen, uudistettu painos. WSOYpro, Helsinki 2012.
- Schindler, Mark*: Rumors in Financial Markets: Insights into Behavioral Finance. Wiley Finance 2007.
- Sillanpää, Matti J.*: Arvopaperien markkinointi ja emissionjärjestäjän vastuu. Teoksessa Björne, Lars – Kairinen, Martti – Tuomisto, Jarmo (toim.): Sopimus, vastuu, velvoite – Juhlajulkaisu Ari Saarnilehto 1947 – 21/11 – 2007, s. 321–334. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, Turku 2007.
- Simon, Herbert A.*: A Behavioral Model of Rational Choice. *The Quarterly Journal of Economics*, p. 99–118, Vol. 69, No. 1, 1955.

- Simon, Herbert A.*: Bounded Rationality and Organizational Learning. *Organization Science*, p. 125–134, Vol. 2, No. 1, Special Issue: Organizational Learning: Papers in Honor of (and by) *James G. March*, 1991.
- van der Sluijs, Jessika*: Soft law-reglering av försäkringsrätten. *Juridisk Tidskrift*, s. 296–326, Nr 2 2010/11.
- Sunstein Cass R.*: Nudges do not undermine human agency. *Journal of Consumer Policy*, p. 207–210, Vol. 38, No. 3, 2015.
- Synovate Ltd*: Consumer Market Study on Advice within the Area of Retail Investment Services – Final Report Prepared for: European Commission, Directorate-General Health and Consumer Protection, 2011.
- Talousvaliokunnan mietintö TaVM 38/2013 vp.
- Thaler, Richard H. – Sunstein, Cass R.*: *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness.* Yale University Press, New Haven 2008.
- The Guardian, Mark King*: Investments: “Orlando is the cat’s whiskers of stock picking”, julkaistu 13.1.2013. Artikkelin osoitteessa <http://www.theguardian.com/money/2013/jan/13/investments-stock-picking/print> (viitattu 5.1.2016).
- Turtiainen, Matti*: *Markkinakuri, sijoittajansuoja ja sijoitusrahastot.* Edita, Helsinki 2004.
- Tversky, Amos – Kahneman, Daniel*: The framing of decisions and the psychology of choice. *Science*, p. 453–458, Vol. 211, No. 4481, 1981.
- Tversky, Amos – Kahneman, Daniel*: Rational Choice and the Framing of Decisions. *The Journal of Business*, Vol. 59, No. 4, Part 2: The Behavioral Foundations of Economic Theory, 1986.
- Tversky, Amos – Kahneman, Daniel*: Advances in prospect theory: Cumulative representation of uncertainty. *Journal of Risk and Uncertainty*, p. 297–323, Vol. 5, No. 4, 1992
- Vahtera, Veikko*: *Osakeomistuksen riski ja sääntely.* Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2011.
- Vakuutus- ja rahoitusneuvonta FINE*: Finanssialan sopimus pohjaisen asiakasorganisaation ohjesääntö. Saatavissa osoitteessa <https://www.fine.fi/>.
- Vakuutus- ja rahoitusneuvonta FINE*: Koeostorosraportti 2012.
- Valtioneuvoston kanslia*: Päätöksenteosta muutoksenteleeseen – Valtioneuvoston kanslian tulevaisuus katsaus 2014
- Valtiovarainministeriö, rahoitusmarkkinaosasto*: Vaihtoehtorahastojen hoitajia koskevaa lainsäädäntöä täydentävät asetukset – esittelymuistio 25.3.2014.
- Vihma, Väinö*: Vakuutuksenottajan tiedonantovelvollisuus. Suomen vakuutuslakimiesten yhdistyksen julkaisu, Helsinki 1945.
- Wilhelmsson, Thomas*: *Social civilrätt.* Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1987.
- Wilhelmsson, Thomas*: *Vakiosopimus.* Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1995.
- Wuolijoki, Sakari*: Hyvä pankki- ja vakuutus tapa. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2003.
- Wuolijoki, Sakari*: Pankin neuvontavastuu. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2009.
- Wuolijoki, Sakari*: KKO 2015:93: Arvopaperi – Markkinointi – Vahingonkorvaus – Korvattava vahinko – Syy-yhteys, oikeustapauskommentti. *Defensor Legis*, s. 278–297, Nro 2, 2016.

LYHENTEET

APL	Arvopaperilautakunta
ESMA	European Securities and Markets Authority (Euroopan arvopaperi- markkinaviranomainen)
KKO	korkein oikeus
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive (Rahoitusmarkkinadirektiivi)
OM	oikeusministeriö
PRIIP	Packaged Retail and Insurance-Based Investment Product
SPL	sijoituspalvelulaki 14.12.2012/747
SRL	sijoitusrahastolaki 29.1.1999/48
VKL	Vakuutuslautakunta
VSL	vakuutussopimuslaki 28.6.1994/543

OIKEUS- JA LAUTAKUNTAKÄYTÄNTÖ

Korkein oikeus

KKO 2010:25

KKO 2011:5

KKO 2015:93

Arvopaperilautakunta

APL 621/2002

APL 128/2003

APL 79/2004

APL 197/2006

APL 41/2008

APL 42/2008

APL 249/2008

APL 271/2009

APL 504/2009

APL 506/2009

APL 513/2009

APL 5/2010

APL 11/2010

APL 25/2011

APL 28–30/2011

APL 33–35/2011

APL 10–13/2012

APL 15/2012

APL 21/2012

APL 3/2013
APL 13/2013
APL 17/2013
APL 17/2013
APL 7/2014

Vakuutuslautakunta

VKL 645/2002
VKL 12/2003
VKL 636/2004
VKL 407/2006
VKL 647/2006
VKL 580/2007
VKL 334/2008
VKL 874/2008
VKL 8/2009
VKL 148/2009
VKL 149/2009
VKL 284/2009
VKL 355/2009
VKL 669/2011
VKL 310/2012

READ, UNDERSTAND AND DECIDE – INVESTOR’S DUE DILIGENCE DUTY

A legal and behavioral economics perspective

One of the purposes of securities market regulation is to protect the functionality and stability of financial markets, reduce transaction costs and prevent information asymmetry in the market. Investor protection is an important part of this regulation as investment products are becoming more complicated all the time. While a simple stock investment might be easy to understand, the nature of structured bonds, for example, might fool even an experienced investor. Good examples of this are the so-called collateralized debt obligations, which came to the retail investor markets in the middle of the 21st century and caused a gargantuan amount of problems both to retail and institutional investors due to their nontransparent nature.

An important part of investor protection are requirements for investors. Generally investor protection refers only to the duties and responsibilities of product providers and issuers of securities, but the investor can not only be inactive and expect a return for his investments; obligations and duties are also imposed on him. Although the providers of the products have been imposed a wide array of responsibilities, the investor should also contribute to the process. The objective of investor protection is to ensure that the investor has access to relevant and sufficient information which should be the basis for a reasoned investment decision, and that the investor himself will bear the investment risk.

This study deals *with investor’s obligation to explore the given information before making a contract or buying an investment product, the so called “due diligence duty”*. An investment product provider has, among other things, an extensive duty to provide information to investors about the investment before the investor makes an investment decision according to the Finnish Investment Services Act, the Finnish Financial Supervisory Authority’s regulations and guidelines, as well as the Insurance Contracts Act and the Regulation of Life Insurance of Ministry of Justice. The scope and content of the given information depend on investor’s profile. In principle, the investor is obliged to explore the information and material an investment firm provides him, but the scope and content of the given information depends on the investor’s profile.

In general, a risk is included in the investment product unless the product is capital guaranteed. As noted after the financial crisis, which broke in 2007–2008, the extent of consequences and effects from the investors’ point of view has been due to the fact that rapid product development

created very complex products, and some products which should not have caused losses, lost their value. Both the insurance and securities products are abstract, and can be very complex, making them difficult to understand for novice investors. Therefore the given information is very important for the investor and affects his decisions regarding his investments.

Many studies and empirical findings in behavioral economics state that investors do not act rationally. For example, there are many behavioral biases that affect rational thinking, decision making and beliefs. However, the Finnish and European financial markets regulation is still based on the idea that an investor acts rationally: he gets the investment material before making the investment, asks questions, if he does not understand, and ultimately considers and makes investment decisions on the basis of the information provided. Additionally, the Finnish Insurance and Securities Complaints Boards' decisions, which are alternative dispute resolution bodies that work in the same manner as regular courts of law, demonstrate that the client does not necessarily read the material given to him and may make a decision totally and without understanding the content and features of the investment product.

The investor's due diligence duty is relatively extensive in principle. The investor must explore the given material with the reasonable diligence no matter how much material he has been given. However, the investor's due diligence duty is affected by various aspects, such as investor's investment profile, other subjective features, and possibly other conditions related to the product or investor.

On the other hand, our court and board practices show that the product provider's obligation to provide information often overrides the investor's due diligence duty. If the information is given, for example, orally, or in a short marketing brochure, this information takes precedence over any other given material. Therefore, if a product provider has given the information regarding investment product's risk for example orally or in a PowerPoint presentation, and stated that the product is risk free, the investor may tend to rely on this information, even if it did not reflect reality or there was other material that contained more accurate information about the product.

The European Union has given a Regulation on Key Information Documents for Packaged Retail and Insurance-Based Investment Products (PRIIPs), which will adjust the disclosure obligation of packaged retail and insurance-based investment products. The idea of PRIIPs is that the investment product seller has to provide the customer with a standardized Key Investor Information Document to facilitate the comparison of products from the customer's point of view. Key Investor Information

Document is intended to have information on all the relevant information about the product, including a description of the associated risk. PRIIPs regulation will take effect in the end of 2016. PRIIPs is one of the few examples that the European Union has started to consider investors' ways of behavior.

Legislator cannot prevent investors – or people in general – from making stupid decisions and choices and investments always involve a risk. However, a given piece of information and method of presentation of information can help a lot to realize the ultimate purpose of investor protection: the fact that the investor makes an informed and prudent investment decision. Investment product providers' disclosure duties can be increased indefinitely, but after all, much depends on the investor's due diligence duty.

Tuukka Vähätalo

**EU-OIKEUS JA KANSALLISEN
TUOMION OIKEUSVOIMA**

Sisällys

1	JOHDANTO	189
1.1	Tutkimuksen konteksti: virhe ja korjausliike	189
1.2	Artikkelin lähestymistavasta ja rakenteesta	184
2	VIRHEELLISEN RATKAISUN LOPULLISUUDEN DILEMMA: INTRESSEISTÄ SUUNTAAN JA TOISEEN	198
2.1	EU-oikeuden vastaisen lopullisen ratkaisun syntymisestä ja tarpeesta puuttua tilanteeseen	198
2.2	Intresseistä, jotka puoltavat ratkaisun pysyvyyttä virheistä huolimatta	206
2.2.1	Oikeusvarmuus	206
2.2.2	Oikeusrauha ja oikeussuhteiden vakaus	208
2.2.3	Hyvään lainkäyttöön liittyviä näkökohtia	210
2.3	Yhteenvedo	213
3	OIKEUSVOIMASTA JA YLIMÄÄRÄISESTÄ MUUTOKSEN- HAUSTA KANSALLISISSA OIKEUSJÄRJESTYKSISSÄ	214
3.1	Aluksi	214
3.2	Oikeusvoimasta Suomessa	218
3.3	Ylimääräisestä muutoksenhausta Suomessa	222
3.4	Ruotsin, Saksan ja Ranskan oikeudesta	228
4	EU-TUOMIOISTUIMEN OIKEUSKÄYTÄNTÖ	230
4.1	Aluksi	230
4.2	Oikeusvoiman ulottuvuus	231
4.2.1	Oikeuskäytäntöä	231
4.2.2	Arviointia	240
4.3	Hallintopäätöksen purkaminen tai uudelleen käsittely	244
4.3.1	Oikeuskäytäntöä	244
4.3.2	Arviointia	247
4.4	Tuomioistuinratkaisun (judicial decision) purkaminen tai uudelleen käsittely	251
4.4.1	Oikeuskäytäntöä	251
4.4.2	Târşia-ratkaisuehdotus sekä pohdintaa vastaavuus- periaatteen tulevaisuudesta oikeusvoimakysymyksen käsittelyssä	252

4.4.3	Tärşia-tuomio sekä pohdintaa EUT:n oikeuskäytännön kasuismista oikeusvoimakysymyksen käsittelyssä	255
5	LOPPUPÄÄTELMIÄ.....	259
5.1	EU-oikeudesta oikeusvoimaan kohdistuvan vaikutuksen aiheuttajana	259
5.1.1	Yleistä	259
5.1.2	EU-oikeuden vaikutustapojen roolista	265
5.2	Prosessioikeudesta oikeusvoimaan kohdistuvan EU-oikeuden vaikutuksen vastaanottajana	268
5.3	Mihin olemme menossa?.....	273
	LÄHTEET	277
	LYHENTEET	282
	OIKEUSTAPAUKSET	282
	HOW DOES EU LAW AFFECT <i>RES JUDICATA</i> OF NATIONAL JUDGMENTS?.....	286

EU-oikeus ja kansallisen tuomion oikeusvoima

1 JOHDANTO

1.1 Tutkimuksen konteksti: virhe ja korjausliike¹

Kansainvälisiin velvoitteisiin perustuvissa järjestelmissä voidaan joutua kysymään, mitä seuraa, jos kyseistä velvoitetta tai sen nojalla annettua säädöstä tai valvontaelimen ratkaisua rikotaan jäsenvaltiossa esimerkiksi soveltamalla sitä virheellisesti. Järjestelmästä riippuen rikkomisen seuraukset voivat vaihdella olemattomasta vakavaan, ja myös velvoitteen rikkomisen tai epäyhtenäisten tulkintojen haitallisuus voi vaihdella. Siinä missä useassa järjestelmässä pääasia on, että velvoitetta ylipäänsä sovelletaan, eivätkä eri valtioiden tuomioistuinten välille syntyvät tulkintaerot välttämättä ole vakava asia, on Euroopan unionissa myös unionioikeuden yhdenmukainen tulkinta ja soveltaminen olennaisen tärkeää.²

Koko EU:n³ historian ajan yhtenäisyyden kannalta keskeisen haasteen on muodostanut se, että unionioikeuden soveltamisen painopiste on jäsenvaltioiden viranomaisissa ja tuomioistuimissa, minkä johdosta EU:ta voidaan kutsua hajautetun toimeenpanon järjestelmäksi. Jo varhaisvaiheista asti tähän haasteeseen vastaamiseksi on luotu tehokkaita ja kansainvälises-

* *Tuukka Vähätalo*, OTM, VT, lainsäädäntösihteeri, oikeusministeriö

¹ Kiitän professori Tuula Linnaa ja hovioikeudenneuvos, LL.M. Pekka Haapaniemeä korvaamattomasta avusta ja väsymättömästä opastuksesta kirjoitusprosessin aikana. Lukuisista tarkkanäköisistä kommentteista ja muusta avusta kiitän myös professori Mikko Vuorenpäättä, tutkija Jassi Sauriota ja kahta refereetä. Jäljelle jäävistä puutteista, mahdollisista virheistä ja omien korjausliikkeideni riittämättömyydestä kannan yksin vastuun.

² Näin vertailevat *Schermers – Blokker* 2003 s. 965.

³ Käytän käsitettä Euroopan unioni myös Maastrichtin sopimusta edeltäneestä ajasta sekä Maastrichtin ja Lissabonin sopimuksen välisestä ajasta, ellei selvyuden tai asiayhteyden vuoksi ole tarpeen nimenomaisesti viitata esimerkiksi Euroopan yhteisöön (EY) tai Euroopan talousyhteisöön (ETY). Sama koskee unionioikeuden sekä EU-tuomioistuimen (EUT) käsitteitä.

sä kontekstissa osin ainutlaatuisiakin keinoja. Vuoden 1957 ETY-sopimuksessa annettiin komissiolle mahdollisuus käynnistää rikkomusmenettely jäsenvaltiota vastaan sekä jäsenvaltioiden tuomioistuimille mahdollisuus pyytää EU-tuomioistuimelta ennakkoratkaisua EU-oikeuden tulkinnasta tai EU-säädöksen pätevyydestä kesken oikeusjutun käsittelyn.⁴ Komission käynnistämä rikkomusmenettely (nykyisin Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen, SEUT, 258 artikla) on käytännössä jälkikäteinen – joskin instituutiona myös selvää preventiivistä vaikutusta omaava – korjausliike suhteessa unionioikeuden loukkauksiin, siinä missä ennakkoratkaisumenettelyllä (SEUT 267 artikla) pyritään välttämään virheet ja ristiriitaisen tulkintojen syntyminen ennaltaehkäisevästi.

Unionioikeuden vaikuttavuutta turvaamaan on vuosikymmenten saatossa EUT:n oikeuskäytännössä kehitetty EU-oikeuden *vaikutustavoiksi* kutsuttuja periaatteita, joista keskeisimpiä ovat EU-oikeuden *etusija* unionioikeuden ja kansallisen oikeuden välisessä ristiriitatilanteessa, EU-oikeuden *välitön oikeusvaikutus* sekä sen *tulkintavaikutus*.⁵ Näiden taustalla puolestaan vaikuttaa paljolti vilpittömän yhteistyön periaate, joka ilmenee nykyisin Euroopan unionista tehdyn sopimuksen (SEU) 4(3) artiklasta.⁶ Kansallisten tuomioistuinten tehtävänä on muun muassa näiden vaikutustapojen avulla turvata EU-oikeuden ja siitä johtuvien yksilöiden oikeuksien tehokasta toteutumista. Osittain vaikutustapojenkin merkitys voidaan nähdä korjausliikkeinä: kansalliset tuomioistuimet voivat niiden kautta kompensoida esimerkiksi lainsäätäjän puutteellisesta implementointityöstä aiheutuvia haittoja.⁷

Vaikka kansallisten oikeusturvajärjestelmien toimivuudella on EU:ssa ratkaisevan suuri merkitys, ei varsinaista EU-prosessinormistoa kuitenkaan ole EU-oikeuden täytäntöönpanoa ja soveltamista varten kovin kattavasti luotu. Kussakin jäsenvaltiossa sovelletaan pääsääntöisesti kansallista prosessioikeutta myös unionioikeutta koskevissa asioissa. Unionin primarioikeudessa edellytetään kuitenkin *tehokkaan oikeussuojan* takaamista kaikilla unionioikeuden aloilla (erityisesti perusoikeuskirjan 47 artikla,

⁴ Itse asiassa jo 18.4.1951 allekirjoitetun Euroopan hiili- ja teräsyhteisön (EHTY) perustamissopimuksen 88 artiklassa määrättiin hieman toisenlaisesta rikkomusmenettelystä, jossa komission vastineella, korkealla viranomaisella, oli oikeus todeta jäsenvaltion rikkomus. Ks. rikkomusmenettelyn historiasta *Schermers – Waelbroeck* 2001 s. 592 ss. ja erityislaatuisuudesta kansainvälisessä kontekstissa s. 590.

⁵ Ks. *Dashwood ym.* 2011 s. 235–285; *Craig – de Búrca* 2015 s. 184–278. Suomessa ks. esim. *Ojanen* 2010 s. 58–83, jossa käytetään *vaikutustavan* käsitettä.

⁶ Ks. esim. *Dashwood ym.* 2011 s. 239 ja 270; *Raitio* 2016 s. 211.

⁷ Ks. esim. *Ojanen* 2010 s. 61.

SEU 19(1) artikla ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 ja 13 artiklat).⁸ Lisäksi klassisen Rewe/Comet-oikeuskäytännön⁹ myötä EUT:n käytännössä kehittymään lähteneet vastaavuus- ja tehokkuuseriaatteet asettavat edellytyksiä kansallisille menettelyille ja rajaavat siten niin sanotun kansallisen prosessiautonomian¹⁰ alaa. *Vastaavuuseriaatteen* mukaan EU-oikeuden toteutumista koskevat kansalliset menettelysäännöt eivät saa olla epäedullisempia kuin vastaavaa kansallista oikeussuojakeinoa koskevat säännöt. *Tehokkuuseriaatteen* mukaan EU-oikeuteen perustuvien oikeuksien käyttäminen ei saa olla käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa.¹¹ Näistä EU-oikeuden vaikutuksista on vuosikymmenten saatossa kertynyt mittava EUT:n oikeuskäytäntö, jonka sisältö koskettaa monenlaisia menettelyllisiä seikkoja kanneoikeudesta määräaikoihin ja todisteluky-symyksistä tuomioistuimen mahdolliseen velvollisuuteen nostaa EU-oikeudellinen aspekti esiin viran puolesta.¹²

Tehokasta oikeussuojaa koskevan vaatimuksen ja tehokkuuseriaatteen suhde ei ole täysin vakiintunut edes perusoikeuskirjan ja sen oikeussuojaa koskevan 47 artiklan tultua sitovaksi Lissabonin sopimuksen myötä. *Rosas* on Lissabonin sopimusta edeltävänä aikana todennut, että prosessiautonomiaan perustuvan oikeuskäytäntölinjan ohelle on kehittynyt Johnston-tapauksesta¹³ lähtölaukauksen saanut toinen kehityslinja, jossa korostetaan oikeutta tuomioistuinkäsittelyyn. Hän on esittänyt seuraavan jaottelun: 1) oikeus oikeudenkäyntiin (tuomioistuINVALVONNAN ole-

⁸ Ks. lähemmin *Schermers – Waelbroeck* 2001 s. 46–64; *Prechal – Widdershoven* 2011; *Lenaerts ym.* 2014 s. 111 ss.

⁹ 33/76 *Rewe* [1976] ECR 1989; 45/76 *Comet* [1976] ECR 2043. Artikkelin alaviitteissä esitetään kunkin viitatus oikeustapauksen kokoelmanumero vain ensimmäisellä viittauskerralla, seuraavilla kerroilla toistetaan ainoastaan nimi ja asianumero.

¹⁰ Prosessiautonomian käsitteen harhaanjohtavuudesta sekä tehokkuus- ja vastaavuuseriaatteiden merkityksestä ks. lähemmin *Haapaniemi* 2009. Mikäli prosessiautonomiasta on tarpeen edelleen puhua, kuten EUT oikeuskäytännössään tekee, sille tulee mielestäni suoda korkeintaan käsitteellisen apuvälineen asema. Sellaisenakin se on harhaanjohtava, ottaen huomioon juuri mainitut oikeussuojaa ja prosessia koskevat EU-oikeuden vaatimukset sekä jatkuvasti lisääntyvä EU:n prosessilainsäädäntö. *Van Gerven* (CMLR 2000 s. 501–502) on pitänyt parempana, että autonomian sijasta puhuttaisiin jäsenvaltioilla olevasta prosessuaalisesta *toimivallasta* siltä osin kuin unioni ei ole toimivaltainen tai se ei ole antanut asiaa koskevaa lainsäädäntöä.

¹¹ Ks. esim. *Lenaerts ym.* 2014 s. 107 ss. EUT:n uudemmassa käytännössä tehokasta oikeussuojaa koskevan vaatimuksen sekä tehokkuus- ja vastaavuuseriaatteiden sisältö on kiteytetty esim. asiassa C-432/05 *Unibet* [2007] Kok. I-2271.

¹² Vuosien mittaan EUT:n käytännössä on myös esiintynyt vaihtelua sen suhteen, millaisella intensiteetillä nämä periaatteet pureutuvat kansalliseen prosessiin, ks. kehitysvaiheista esim. *Dougan* 2004 s. 227 ss.; *Haapaniemi* 2009 s. 93 ss; *Dashwood* 2011 s. 294 ss.

¹³ 222/84 *Johnston* [1986] ECR 1651. Ks. tästä oikeuskäytäntölinjasta myös *Haapaniemi* 2009 s. 102–109.

massaolo sinänsä), 2) oikeus oikeudenmukaiseen ja tehokkaaseen oikeudenkäyntiin (EU-oikeuden ”täyden tehokkuuden” periaate ja siinä yhteydessä riittävän tehokkaan oikeussuojan periaatteen toteuttamiseksi välttämättömien oikeussuojakeinojen olemassaolo) ja 3) prosessiautonomiia rajoittavat tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteet.¹⁴ *Prechal* ja *Widdershoven* ovat vuonna 2011 todenneet olevan toisinaan vaikeaa ennustaa, soveltaako EUT Rewe-oikeuskäytännön mukaisia tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteita vai tehokasta oikeussuojaa koskevaa vaatimusta. Tehokasta oikeussuojaa koskeva vaatimus tuottaa myös positiivisia velvoitteita, kun taas Rewe-testi edellyttää lähinnä negatiivista velvoitetta pidättäytyä soveltamasta tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteiden vastaisia menettelysääntöjä. Rewe-testi on heidän mukaansa siten miedompi ja toimii ikään kuin prosessiautonomian ulkorajoina. Toisaalta siinä missä tehokas oikeussuoja yleensä toimii yksityisen hyväksi, tehokkuusperiaate voi toimia EU-oikeuden tehokkaan toteutumisen edistämisessä paitsi yksityisen hyväksi, myös häntä vastaan esimerkiksi valtiontuen takaisinperinnässä. Tehokkaan oikeussuojan periaatteella on perusja ihmisoikeudellinen tausta, kun taas tehokkuusperiaatteella on taustansa aineellisen EU-oikeuden tehokkaan toteutumisen turvaamisessa.¹⁵

EU:n oikeussuojajärjestelmään on Francovich-oikeuskäytännön myötä omaksuttu *jäsenvaltion vahingonkorvausvastuun periaate*. Sen mukaan yksityinen voi vaatia suoraan EU-oikeuden nojalla jäsenvaltiolta korvausta niistä vahingoista, joita yksityiselle on syntynyt jäsenvaltion lukuun laskettavasta EU-oikeutta rikkovasta teosta tai laiminlyönnistä.¹⁶ Köbler-tapauksessa EUT totesi tämän koskevan myös vahinkoa, joka aiheutuu asiaa ylimpänä oikeusasteena käsittelevän *tuomioistuimen* päätöksestä.¹⁷ Vahingonkorvausvastuun periaatetta voidaankin komission rikkomusmenettelyn ohella pitää toisena sellaisena jälkikäteisenä korjausmekanismina, joka ulottuu jäsenvaltion *lainkäyttötoiminnassakin tapahtuneisiin, lopulli-*

¹⁴ *Rosas* 2004 s. 364–368. Teoksessa *Lenaerts ym.* 2014 (s. 110) on kuvattu *tehokkuusperiaatteen* ilmenemismuotoja EUT:n käytännössä seuraavalla kolmijaolla: 1) tehokkaan oikeussuojan periaate (tuomioistuimeen pääsy, asian tehokas tutkiminen, tarve oikeudelliselle valvonnalle), 2) EU-oikeuden täyden tehokkuuden periaate ja 3) prosessiautonomiiaan liittyvät tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteet.

¹⁵ *Prechal – Widdershoven* 2011 erit. s. 38–44 ja 50.

¹⁶ Yhdistetyt asiat C-6/90 ja C-9/90 *Francovich* [1991] ECR I-5357. Ks. lähemmin *Aalto* 2011 s. 153 ss.

¹⁷ C-224/01 *Köbler* [2003] Kok. I-10239. Jo aiemmin EUT oli korostanut, että vahingonkorvausvastuun syntyminen ei riipu siitä, minkä jäsenvaltion toimielimen menettelystä on kysymys, tai siitä, millaisia ovat jäsenvaltion valtiosäännössä määritellyt vallankäyttöä koskevat toimivaltajärjestelyt (ks. esim. yhdistetyt asiat C-46/93 ja C-48/93 *Brasserie du pêcheur* [1996] Kok. I-1029, tuomion k. 32–34).

siksi jääneisiin EU-oikeuden loukkauksiin, joihin tutkimukseni teema liittyy.¹⁸

Kolmantena tällaisena jälkikäteenä lainkäyttövirheisiin yltävän korjausliikkeen¹⁹ muotona voidaan havaita EUT:n käytännössä parhaillaan kehittyvä EU-oikeudesta johtuva vaatimus puuttua – joissakin varsin poikkeuksellisissa olosuhteissa – virheelliseen ratkaisuun itseensä, sen lopullisuus syrjäyttäen. Tätä voidaan lainkäytön näkökulmasta pitää ilmiöistä syvälläkäyvimpänä, sillä jäsenvaltion vahingonkorvausvastuun aktualisoituminen tai komission rikkomuskanteen johdosta annettu langettava tuomio kohdistuu jäsenvaltioon, eikä se suoraan tai ollenkaan kajoa kansallisen tuomioistuintinratkaisun lopullisuuteen.²⁰

Lambert Abdelgawad on toisessa kontekstissa EIT:n tuomioista aiheutuvia seurauksia arvioidessaan luonnehtinut uudelleen käsittelyyn johtavaa purkuvaikutusta ilmaisulla ”undoubtedly the most striking effect which an international judgment can have”.²¹ Vertailun vuoksi voidaankin todeta, että EIT:n tuomiot, jotka muodollisesti rajoittuvat sopimusrikkomuksen toteamiseen ja kohtuullisesta hyvityksestä määräämiseen (EIS 41 artikla), saavat tosiasiaassa yhä enenevästi myös muita vaikutuksia. Esimerkiksi uudelleen käsittelyä – ja siten oikeusvoimaisuuden sivuuttamista – suositellaan alati vaativammiksi kehittyvin sanamuodoin niin tietyissä EIT:n tuomioissa kuin niiden täytäntöönpanoa valvovan EN:n ministerikomitean (EIS 46 artikla) ratkaisuisissa.²² Ministerikomitea myös antoi vuonna 2000 yleisen suosituksen R(2000)2, jossa jäsenvaltioita kehoitetaan varmistamaan lainsäädännössään mahdollisuus lopullisesti ratkaistujen asioiden

¹⁸ Komission rikkomusmenettelyn soveltuvuudesta kansalliseen lainkäyttötoimintaan ks. esim. *unionin tuomioistuimen lausunto 1/09* [2011] Kok. I-1137, k. 87; C-156/04 *komissio v. Kreikka* [2007] Kok. I-4129, tuomion k. 50 ja 52. Tällaisen rikkomuksen toteavana ratkaisuna ks. C-154/08 *komissio v. Espanja* [2009] Kok. I-187.

¹⁹ Käytän korjausliikkeen käsitettä, koska – toisin kuin kenties komission rikkomusmenettelyä – vahingonkorvausvastuun periaatetta ei tule ainakaan ensisijaisesti nähdä ”sanktiomekanismina”, vaan keinona turvata yksityisen oikeussuojaa ja hyvittää hänelle aiheutunut vahinko (ks. esim. *van Gerven* CMLR 2000 s. 530). Myöskään tutkitavana olevaa oikeusvoimaan puuttumista ei tule käsittää sanktiona vaan keinona korjata EU-oikeuden vastainen tila.

²⁰ Näin valtion vahingonkorvausvastuun osalta esim. C-224/01 *Köbler*, tuomion k. 39, ja rikkomusmenettelyn osalta *Taborowski* CMLR 2012 s. 1894 ja 1909. Rikkomuksen toteavan eli komission kanteen hyväksyvän EUT:n tuomion johdosta on tietysti ryhdyttävä asianmukaisesti täytäntöönpanotoimiin, ks. SEUT 260 artikla ja *Taborowski* CMLR 2012 s. 1894–1902.

²¹ *Lambert Abdelgawad* 2008 s. 18.

²² *Lambert Abdelgawad* 2008 s. 20–24. Ks. esim. asia 56581/00 *Sedjovic v. Italia* (EIT:n suuri jaosto 1.3.2006), k. 125–127; asia 62710/00 *Lungoci v. Romania* (EIT 26.1.2006), k. 56 ja tuomiolauselma.

uudelleenkäsitelyyn EIT:n ratkaisujen johdosta tietyissä olosuhteissa.²³ Suosituksella on ollut merkittävää vaikutusta EIS:n jäsenvaltioiden lain-säädäntöön.²⁴

1.2 Artikkelin lähestymistavasta ja rakenteesta

Artikkelissa tutkitaan EU-oikeuden vaikutusta lopulliseksi tulleen, mutta EU-oikeuden vastaisen kansallisen tuomion oikeusvoimaan.²⁵ Oikeusvoima ymmärretään laajasti, ongelmakeskeisesti ja tietystä kansallisesta oikeudesta riippumattomalla tavalla: sillä viitataan kaiken sellaisen normiston tutkimiseen, joka koskee lainvoimaisen²⁶ tuomion pysyvyyttä, sen sitovia vaikutuksia suhteessa myöhempään prosessaamiseen – kuten estevai-kutusta myöhemmän menettelyn käynnistämiseksi (”preklusiovaikutus”²⁷, ”negatiivinen oikeusvoimavaikutus”) – sekä poikkeuskeinoja, joilla oikeusvoima voidaan murtaa (esimerkiksi tuomion purkaminen).

Kysymyksessä siitä, miten EU-oikeus vaikuttaa kansallisen tuomion oikeusvoimaan, voidaan erottaa eri puolia, jotka artikkelissa pyritään saat-tamaan keskinäiseen keskusteluyhteyteen. Voidaan yhtäältä EU-oikeuden näkökulmasta kysyä, millaisen velvoittavuuden nojalla, millaisten vaiku-tustapojen välityksellä ja millaisissa oikeudellisissa ja tosiasiallisissa olo-suhteissa vaikutus syntyy (”miten EU-oikeus vaikuttaa...”). Näiden kysymysten tutkimiseen tuo haastetta se, että EUT:n relevanttia oikeuskäy-täntöä, jonka varassa asian kehittyminen on, voidaan pitää verrattain tuo-

²³ Euroopan neuvoston ministerikomitean Recommendation R(2000)2 on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights, 19.1.2000 (*EN-suositus R(2000)2* ja sen *selitysmuistio*).

²⁴ *Lambert Abdelgawad* 2008 s. 19.

²⁵ Tunnettuna suomalaisena esimerkkinä voidaan mainita ns. elv-autoverotapaukset, ks. esim. KHO 2010:44.

²⁶ Lainvoimalla viitataan perinteisesti siihen ratkaisun muodolliseen ominaisuuteen, ettei ratkaisuun voida (enää) hakea muutosta varsinaisin muutoksenhakukeinoin; oikeusvoimalla tarkoitetaan ”lainvoimaisen ja siis lopullisen ratkaisun sitovaa vaikutusta tulevaisuuteen nähden” (*Jokela* 2015 s. 572).

²⁷ *Männistön* (2013 esim. s. 91–92) tutkimuksessa tuodaan esiin, että yhtäältä tuomion preklusiovaikutuksen ja toisaalta oikeusvoiman tai lopullisuuden käsitteiden välille ei tulisi vetää yhtäläisyysmerkkejä: paljon sellaistaikin voi tuomion myötä prekludoitua, mitä ei voida aidosti pitää lopullisesti ratkaistuna ”samana” asiana. Käytännössä vain hyvin harvoin asiaa pyritään saattamaan toistamiseen vireille täysin samassa muodossa. Sen sijaan asia yritetään tuodaan oikeuteen jollakin tapaa varioidussa muodossa, jolloin relevantti kysymys ei ole ”what is legal finality?” vaan ”what else [than the finally adjudicated ‘core’] should we preclude?” (s. 210).

reena, kasuistisena ja sirpalemaisena.²⁸ Oikeusvoimakysymystä on kuitenkin viimeistään 2000-luvun lopulta lähtien vakiinnuttu tarkastelemaan tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteita vasten, ja myös tulkintavaikutuksen merkitys on tuotu esiin. Sen sijaan esimerkiksi vilpittömän yhteistyön periaatteesta ei ole johdettu tuomioistuinratkaisujen lopullisuuteen kohdistuvia suoria vaatimuksia, kuten Kühne & Heitz -oikeuskäytännössä hallintopäätösten osalta meneteltiin.²⁹ EUT on antanut oikeusvoimaa koskevissa kysymyksissä suuren painoarvon pysyvyyden taustaintresseille. Näitä intressejä tutkitaan artikkelissa, ja ne havaitaan pitkälti yhteisiksi niin EU:n kuin jäsenvaltion tason lopullisuus pohdintoille.

Toisaalta aiheen tarkastelu edellyttää myös sen kysymistä, mihin kansalliseen prosessinormistoon vaikutus voi liittyä ja miten se voi ilmetä siinä (*”miten...vaikuttaa kansallisen tuomion oikeusvoimaan”*). Lähestynkin aihetta yleisen EU-oikeuden ohella prosessioikeuden näkökulmasta: juuri prosessioikeus on keskeisessä asemassa, kun oikeusvoimaan kohdistuvia EU-oikeuden vaikutuksia vastaanotetaan jäsenvaltioissa.

Esimerkiksi tulkintavaikutusta arvioitaessa on tärkeää tietää, mitkä ovat ne relevantit menettelynormit,³⁰ joita ollaan tulkitsemassa mahdollisimman pitkälle EU-oikeuden mukaisella tavalla, ja mihin asti ”kansallisessa oikeudessa – hyväksytyjen tulkintatapojen”³¹ mukaan tulkintavaikutusta voidaan venyttää joutumatta *contra legem* -tilanteeseen. Samoin tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteet ”prosessiautonomian” rajoituksina kytkeytyvät kansallisella tasolla erityisesti prosessioikeuteen, vaikka EUT:n oikeuskäytännössä prosessisäännön käsitteellä onkin itsenäinen, kansallisen oikeuden jaotteluista riippumaton merkitys.³² Vastaavuusperiaatteen soveltaminen edellyttää kansallisen oikeuden toteuttamista koskevan menettelysäännöstön ja EU-oikeuden toteuttamista koskevan menettelysäännöstön vertailua.³³ Tehokkuusperiaatekin edellyttää ensin

²⁸ Koherenssin puutteesta ks. esim. *Wall* 2014 s. 323; *Kornezov* CMLR 2014 s. 811 ja 814.

²⁹ C-453/00 *Kühne & Heitz* [2004] Kok. I-837.

³⁰ Tulkintavaikutus ulottuu kansalliseen oikeuteen kokonaisuutena, siis myös menettelysääntöihin.

³¹ Yhdistetyt asiat C-397/01 – C-403/01 *Pfeiffer ym.* [2004] Kok. I-8835, tuomion k. 116. Samoin yhdistetyt asiat C-378/07 – C-380/07 *Angelidaki ym.* [2009] Kok. I-3071, tuomion k. 200.

³² Ks. *Haapaniemi* 2009 s. 94–95.

³³ Tarkastelussa on ensin 1) verrattava, voidaanko EU-oikeuteen ja kansalliseen oikeuteen perustuvien riitojen prosessisääntöjä pitää kyseisten oikeussuojakeinojen *kohde, syy ja olennaiset piirteet* huomioon ottaen *samankaltaisina* ja, mikäli voidaan, 2) verrattava, saako unionioikeuteen perustuva vaade *epäedullisemman kohtelun* kuin vastaava kansalliseen oikeuteen perustuva vaade, siten että menettelysääntöjä tarkastellaan laajemmassa asiayhteydessä ottaen huomioon niiden merkitys koko oikeudenkäynnissä, oikeudenkäynn-

sen paikantamista, mistä prosessisäännöistä on kyse, jotta voidaan arvioida, tekevätkö ne EU-oikeuteen perustuvien oikeuksien käyttämisen mahdolliseksi tai suhteettoman vaikeaksi. Tarkastelussa on sitä paitsi otettava huomioon kansallisen prosessisäännön merkitys koko oikeudenkäynnin, sen kulun sekä sen erityispiirteiden kannalta eri kansallisissa oikeuselimissä. Tämän osalta on tarvittaessa otettava huomioon kansallisen tuomioistuinjärjestelmän perustana olevat periaatteet, joita ovat muun muassa puolustautumisoikeuksien suojeleminen, oikeusvarmuuden periaate ja oikeudenkäyntimenettelyn moitteeton kulku.³⁴

Tuon jo tässä vaiheessa lähestymistavastani esiin yhden huomion, joka tuntuu jääneen aihetta koskevassa aiemmassa tutkimuksessa taka-alalle. Lähdän siitä, että EU-oikeuden vaikutus voi kohdistua *yhtäältä* oikeusvoiman ulottuvuutta määrittäviin normeihin ja *toisaalta* ylimääräistä muutoksenhakua koskeviin normistoihin ja että mahdollisuus jaotteluun näiden välillä ei ole vain Suomea koskeva erityispiirre. Tämä on tuotu havainnollisesti esiin EU:n tuomioistuimessa lakimiesavustajana työskentelevän tohtori *Alexander Kornezovin* artikkelissa:

”The scope of *res judicata* determines *what* is precluded from re-litigation or, respectively, *what* is presumed to be true. — By contrast, *retrial* has no bearing on the substantive content of the doctrine of *res judicata*. It is a *sui generis procedure* that — makes possible re-litigating the same matter between same parties. It answers the following query: *in what procedure* can a *res judicata* be re-examined.”³⁵

Vaikka näillä ilmiöillä on vahva keskinäinen yhteys, auttaa jaottelu mielestäni niin tieteellisessä systematisointitehtävässä kuin niiden käytännön tilanteiden tunnistamisessa, joissa EU-oikeus saattaa vaikuttaa tuomion lopullisuuteen. Esimerkiksi Suomessa kysymys voi tulla ilmi monessa muusakin tilanteessa kuin KKO:n tai KHO:n tutkiessa sille esitettyä purkuhakemusta, sillä aiemman tuomion mahdollista oikeusvoimavaikutusta voidaan joutua arvioimaan *missä tahansa tuomioistuimessa*. Toisaalta voidaan havaita, että useissa kansallisissa oikeusjärjestyksissä on ongelman käsitteilyyn ja ratkaisemiseen yhden sijasta periaatteessa ainakin kaksi prosessinormien kokonaisuutta. Tarve purkamiselle ei pääse edes aktualisoitu-

nin kulku ja sen erityispiirteet kansallisissa instansseissa. (Näin esim. C-78/98 *Preston ym.* [2000] Kok. I-3201, tuomion k. 49, 56–57 ja 60–62.)

³⁴ Näin esim. C-312/93 *Peterbroeck* [1995] Kok. I-4599, tuomion k. 14; C-2/08 *Fallimento Olimpiclub* [2009] Kok. I-7501, tuomion k. 27.

³⁵ *Kornezov* CMLR 2014 s. 812–814. Kursivoinnit alkuperäistekstissä.

maan, jos esimerkiksi oikeusvoiman ulottuvuutta määrittävät normit ovat niin joustavia, että EU-oikeuden vaatimukset voidaan ottaa niiden soveltamisessa tehokkaasti huomioon, tai jos tietyn ratkaisun oikeusvoimaisuus puuttuu³⁶ siten, että asia voidaan joka tapauksessa saattaa uudelleen vireille.

Artikkelissa luodaan ensin katsaus ongelmakenttään, jossa vastasuuntaiset intressit puhuvat virheellisten ratkaisujen pysyvyyden puolesta ja sitä vastaan (jakso 2, *vastasuuntaiset intressit*). Aluksi tarkastellaan EU-oikeuden vastaisen kansallisen ratkaisun syntymistä ja sitä, minkä vuoksi EU:ssa on nähty tarpeelliseksi pystyä puuttumaan tällaisen ratkaisun sisältöön jopa ratkaisun tultua lopulliseksi. Viimeksi mainittua kysymystä arvioidaan erityisesti siitä näkökulmasta, miksi puuttuminen lopulliseen ratkaisuun itseensä voi olla tarpeen, vaikka edellä kuvatuin tavoin olemassa on muitakin korjausliikkeitä (jäsenvaltion vahingonkorvausvastuu ja komission rikkomusmenettely). Laajemmin tarkastellaan pysyvyyttä puoltavia intressejä: mikä on niiden EUT:n toistuvasti viittaamien, pysyvyyden taustalla olevien syiden sisältö, jotka ovat saaneet sen lähtökohtaisesti hyväksymään EU-oikeuden loukkauksen pysyväksi jäämisen? Kysymystä tarkastellaan yleisesti eikä pelkästään joko EU-oikeuden tai kansallisen oikeuden näkökulmasta.

Tämän jälkeen luodaan prosessioikeudellinen katsaus oikeusvoimavaihtokutukseen ja ylimääräiseen muutoksenhakuun kansallisen oikeuden perspektiivistä (jakso 3, *prosessuaaliset välineet intressikonfliktin ratkaisuun*). Päähuomio kohdistuu yleisten tuomioistuinten ratkaisuihin (eurooppalaisittain *judicial decisions*), erityisesti siviiliprosessiin, rikosprosessin jäädessä lähinnä vertailevien huomioiden varaan. Hallinnossa ja hallintolainkäytössä annettavia päätöksiä (*administrative decisions*) ei rajata ulos huolimatta suomalaisen oikeudenalajaottelun perinteisestä painolastista: problematiikkaa on EU-oikeuden näkökulmasta aiheellista lähestyä antamatta liian suurta merkitystä kansallisten prosessilajien erolle. Jaksoon sisältyy oikeusvertailua lähinnä sen osoittamiseksi, miltä osin oikeusvoimaa ja ylimääräistä muutoksenhakua koskevat havainnot eivät ole yksinomaan Suomea koskevia erityispiirteitä. Tarkoituksena *ei* ole analysoida Suomessa tehtyjä EU-oikeuden vastaisten tuomioiden purkuratkaisuja³⁷ eikä myöskään täydellä kattavuudella paneutua Suomen prosessioikeuteen.

³⁶ Suomessa tyypillistä heikon tai puuttuvan oikeusvoimaisuuden aluetta ovat tietyt hallinnolliset lupapäätökset (ks. *Mäenpää* 2007 s. 581) tai tietyt yleisten tuomioistuinten käsittelemät hakemusasiat (ks. lähemmin *Linna* 2009 s. 25–30).

³⁷ Ks. näiltä osin erityisesti *Rihto* 2010; *Pellonpää* 2010; *Miettinen* LM 2012 s. 430–433; *Pohjalainen* DL 2014.

Seuraavaksi tutkitaan, miten EUT:n oikeuskäytännössä on lähestytty ongelmaa (jakso 4, *EU-oikeuden vaatimukset em. prosessuaalisten välineiden käytölle*). Keskeisenä tavoitteena on tutkia, onko oikeuskäytännöstä – sen kiistattomasta kasuismista huolimatta – löydettävissä yksi tai useampi punainen lanka.

Päätösjaksossa (jakso 5) vedetään yhteen ja pohditaan EU-oikeuden tilaa, kansallisen prosessioikeuden roolia sekä keinoja koherenssin löytämiseen ongelman käsittelyssä.

2 VIRHEELLISEN RATKAISUN LOPULLISUUDEN DILEMMA: INTRESSEISTÄ SUUNTAAN JA TOISEEN

2.1 EU-oikeuden vastaisen lopullisen ratkaisun syntymisestä ja tarpeesta puuttua tilanteeseen

Ratkaisujen lopullisuutta ja siihen kajoamista koskevissa pohdinnoissa – niin EU-oikeuden kuin kansallisten oikeuksien tasolla – viitataan usein jännitteeseen *laillisuusvaatimuksen* ja *oikeusvarmuuden vaatimuksen* välillä.³⁸ Tällainen tasapainottelu ilmaistaan eksplisiittisesti jo varhaisessa EUT:n käytännössä: ”– oikeusvarmuuden turvaamisen periaatetta, niin tärkeä kuin se onkin, ei voi soveltaa absoluuttisesti, vaan sen soveltaminen on yhdistettävä laillisuusperiaatteen soveltamiseen.”³⁹ Kuten viime vuosisadan suurimpiin prosessualisteihin kuulunut *Mauro Cappelletti* on oikeusvoimaisuudesta todennut, olisi ”unreasonable, indeed utopian, for a legal system to place *justice* always above *certainty*, but reasonableness, as usual, lies in the middle of the road”.⁴⁰

Oikeusvaltiollisuus on vahvasti läsnä niin EU:n kuin sen jäsenvaltioiden perustuslaillisessa aineksessa, ja tätä ilmentävät esimerkiksi vaatimukset

³⁸ Ks. esim. *Groussot – Minssen* 2007 s. 387; *Skouris* 2008 s. 675–676; *Kornezov* CMLR 2014 s. 825; C-249/11 *Byankov* ECLI:EU:C:2012:608, tuomion k. 77; *Cappelletti* 1989 s. 68; *Lindell* 2012 s. 422; *OM-komiteamietintö 2002:8* s. 6. – Laillisuusvaatimuksen ohella on mainittava myös tämän tutkimuksen kannalta sivurooliin jäävä *aineellisen totuuden tavoite*, joka liittyy lähinnä näyttökysymyksiin. Rajaus tämän kirjoituksen ulkopuolelle ei suinkaan tarkoita, ettei kysymys voisi olla EU-oikeudellisessa asiassa relevantti. Ks. esim. todistelun kertymisestä kilpailunrajoitusasioissa *uutta todistelua* koskevan purkuperusteen kannalta *Aine* 2013 s. 331–332; *Andersson* 1999 s. 370 ss. Ks. *Aine* 2013 s. 334 vaikeasta rajanvedosta kilpailunrajoitusasioissa sen välillä, onko kyse ilmeisesti väärästä *lainsoveltamisesta* (OK 31:7.1:n 4 kohdan mukainen purkuperuste) vai virheestä näytön arvioinnissa (joka ei ole purkuperuste).

³⁹ Yhdistetyt asiat 42/59 ja 49/59 *SNUPAT* [1961] ECR 53.

⁴⁰ *Cappelletti* 1989 s. 68. Kursivoinnit lisätty.

hallinto- ja lainkäyttötoiminnan laillisuudesta (lainmukaisuudesta) ja oikeussuojan tarjoamisesta loukkaustilanteissa. Laillisuusvaatimuksella on erityisen suuri merkitys tuomioistuinlaitoksen kohdalla. Jäsenvaltioiden tuomioistuinten tulee toiminnassaan turvata (EU-)oikeuden ja siitä johtuvien oikeussubjekteille kuuluvien oikeuksien tehokas ja yhdenmukainen toteutuminen. Näiden yleisten, periaatteellisen tason syiden lisäksi tuomion oikeellisuuden tavoitteen taustalla vaikuttavat kulloinkin soveltuvan aineellisen oikeuden tavoitteet, olipa kyse EU:n kilpailuoikeudesta, kuluttajaoikeudesta tai vaikkapa rikosoikeudesta. Virheellisen tuomion lopullisuutta *vastaan* puhuvia syitä on siis vähintään yhtä monia kuin on aineellisen oikeuden taustalla vaikuttavia tavoitteita.

Tässä yhteydessä ei ole mielekästä nostaa näyttämölle mitään erityistä aineellisen oikeuden aluetta. Sen sijaan voidaan yleisesti pohtia sitä prosessia, jossa tuomioistuimen EU-oikeudellinen virhe muuttuu lopulliseksi. Kansallisen tuomioistuimen annettua ratkaisun, jonka sisältö on ristiriidassa EU-oikeuden kanssa, on toivottavana lähtökohtana tietenkin, että tilanne korjautuu tavanomaisiin muutoksenhakukeinoihin turvautumalla. Käytännössä merkitystä on niin asianosaisten, heidän avustajiensa kuin tuomioistuimen toimilla.⁴¹ Tuomioistuimen kannalta keskeinen merkitys virhetulkintojen ehkäisyssä on ennakkoratkaisumenettelyllä: *kaikilla* kansallisilla tuomioistuimilla on *oikeus* esittää ennakkoratkaisupyynnö EU-tuomioistuimelle unionioikeuden oikean tulkinnan varmistamiseksi. Jäsenvaltion sellaisilla tuomioistuimilla, joiden päätöksiin ei voida kyseisessä asiassa hakea muutosta (jatkoa puhun yksinkertaistetusti ”ylimmistä tuomioistuimista” huolimatta tämän ilmaisun epätarkkuudesta)⁴², on *velvollisuus* pyytää ennakkoratkaisua. Velvollisuutta ei kuitenkaan ole, jos kyseinen tulkintaongelma on ratkaistavissa EUT:n aikaisemman oikeuskäytännön valossa (*acte éclairé*) tai jos asia on muutoin niin selvä ja yksiselitteinen, ettei kansallisella tuomioistuimella ole perusteltuja epäilyjä EU-oikeuden oikeasta tulkinnasta (*acte clair*).⁴³ Asianosainen voi tehdä aloitteen ennakkoratkaisun pyytämiseksi, mutta asiasta päättäminen kuuluu yksin kansalliselle tuomioistuimelle.⁴⁴

⁴¹ Ks. esim. *Koskelo* 2008.

⁴² Ks. SEUT 267(3) artikla, C-99/00 *Lyckeskog* [2002] Kok. I-4839 ja *Raitio* 2016 s. 170, jossa kiteytetään asia niin, että kyse on yksittäistapauksessa tosiasiaa viimesijaisesta tuomioistuimesta. Kun toisaalta Suomessa hovioikeuden ratkaisusta *voi* hakea muutosta KKO:lta, vaikka valituslupa myönnetään vain tietyillä tiukasti rajatuilla perusteilla, ei hovioikeus ole viimesijainen oikeusaste SEUT 267(3) artiklan mielessä.

⁴³ Ks. esim. 283/81 *CILFIT* [1982] ECR 3415, tuomion k. 21.

⁴⁴ Ks. esim. 283/81 *CILFIT*, tuomion k. 9.

Joskus kansallinen ratkaisu voi jäädä lainvoimaiseksi niin, että sitä jää rasittamaan EU-oikeudellinen virhe, ja syytä tähän voi olla monia. Yksilö ei ehkä ole tarttunut käytössään oleviin muutoksenhakukeinoihin, vaan ha- vahtuu ratkaisun virheellisyyteen vasta myöhemmin tai luopuu muutok- senhakuun ryhtymisestä havaitessaan kansallisessa oikeuskäytännössä va- kiintuneesta (virheellisestä) tulkintalinjasta, että muutoksenhaun menesty- mismahdollisuudet näyttävät hyvin pieniltä. Kyse voi olla myös siitä, että muutoksenhakutuomioistuimeltakin (esimerkiksi ennakkoratkaisun pyytä- misvelvollisuuden laiminlyöneeltä ylimmältä tuomioistuimelta) on jäänyt huomaamatta soveltuva EU-sääntely⁴⁵ tai että se on tulkinnut EU-oikeutta tavalla, joka viimeistään myöhemmän EUT:n oikeuskäytännön valossa osoittautuu virheelliseksi. EUT:n ratkaisuilla on niin sanottu *ex tunc* -vai- kutus eli niistä ilmenevien, EU-säädöksen pätemättömyyttä tai tulkintaa koskevien kannanottojen katsotaan olevan takautuvasti voimassa kyseisen EU-säädöksen voimaantulosta lähtien.⁴⁶ Niillä tunnustetaan yleisesti ole- van myös *erga omnes* -vaikutus eli ulottuvuus käsillä olevan oikeusriidan ulkopuolellekin siten, että kaikkien jäsenvaltioiden tuomioistuinten tulee

⁴⁵ Etenkin siviiliprosessissa on toisaalta huomattava määräämisperiaatteen merkitys (vrt. hallintoprosessiin *Paso ym.* 2015 s. 62–70). Kuvattua tilannetta relevantin EU-sääntelyn si- vuuttamisesta voidaan pitää vakavana silloin, kun asianosaiset ovat nostaneet tarvittavat oi- keustositteet esiin, mutta soveltuva EU-oikeus on kansallisen jura novit curia -periaatteen vastaisesti sivuutettu. Toisaalta voi olla niin, etteivät asianosaiset ole vedonneet sellaisiin seikkoihin, että kansallisella tuomioistuimella olisi edes ollut tilaisuutta pohtia EU-oikeu- den merkitystä ohi riidan kohteen. EUT:n oikeuskäytännön mukaan ”vaikka yhteisön oikeus *ei velvoita kansallisia tuomioistuimia ottamaan viran puolesta esille yhteisön säännösten rikkomista koskevaa perustetta silloin, kun niiden olisi tällaisen perusteen tutkimisessa yli- tettävä asianosaisten rajaaman riita-asian kohde*, näiden tuomioistuinten on viran puolesta tutkittava pakottavaa yhteisön oikeussääntöä koskevat perusteet, jos näillä tuomioistuimil- la on kansallisen oikeuden nojalla velvollisuus tai oikeus tehdä se pakottavaan kansalli- seen oikeussääntöön nähden” (C-2/06 *Kempter* [2008] Kok. I-411, tuomion k. 45, kursivoi- vointi lisätty; ks. myös C-430/93 *Van Schijndel* [1995] Kok. I-4705, tuomion k. 16–22). Väittämistäakka tai muu määräämisperiaatetta ilmentävä kansallinen normi voi syrjäytyä tai suhteellistua tiettyä alaa koskevien nimenomaisten EU:n harmonisointitoimien tai sitä koskevan EUT:n käytännön johdosta, mistä voidaan mainita esimerkkinä kuluttajansuojan alue (ks. esim. KKO 2015:60). Ks. aiheesta yleisesti ja kuluttajansuojaoikeuden kannalta *Lenaerts ym.* 2014 s. 131–136. Kilpailuoikeuden kannalta ks. *Andersson* 1999; *Aine* 2013 s. 291–296.

⁴⁶ C-453/00 *Kühne & Heitz*, tuomion k. 21; aiemmassa oikeuskäytännössä esim. 61/79 *Denkavit Italiana* [1980] ECR 1205, tuomion k. 16. Poikkeuksellisesti EUT voi rajata rat- kaisunsa vaikutukset ainoastaan ennakkoratkaisun jälkeiseen aikaan, ks. esim. 43/75 *Def- renne v. Sabena* [1976] ECR 455. *Ex tunc* -vaikutuksen kehityksestä ja taustasta ks. *Ward* 2007 s. 354–357. *Kühne & Heitz* -asian ratkaisuehdotuksessa (k. 39) taanheittavuuden taustaintressi kiteytetään seuraavasti: ”Mainitunlainen periaate estää sen, ettei yhteisön oikeus sovellettaessa ajan mittaan vääristy soveltamisen yhtenäisyyden ja täysimääräisen tehok- kuuden kustannuksella.” Samoin *Alexander YBEL* 1988 s. 25; *Raitio* 2003 s. 197.

ottaa tulkintaratkaisut huomioon.⁴⁷ Näiden vaikutusten kautta voi syntyä tilanteita, joissa suuri määrä kansallisia ratkaisuja osoittautuu lainvoimaiseksi tulonsa jälkeen EU-oikeuden valossa virheellisiksi.

Tutkimuksellisesti viimeksi mainittu ilmitulotilanne on kiinnostavin taustatyyppi, jota voidaan kotimaiseen perinteeseen nähden pitää myös uudehkona. Sellainen tilanne, jossa EU-säännöstä on sovellettu karkeasti väärin (esimerkiksi sen selvän sanamuodon vastaisesti) tai jossa soveltuva EU-säännöstä ei ole lainkaan sovellettu (vaikka mahdollinen väitämistäakka on täytetty), rinnastuu nimittäin helpommin tilanteeseen, joka Suomessa on perinteisestikin käsitetty purkunormistossa tarkoiteksi ilmeisesti vääräksi lainsoveltamiseksi.

Unionin oikeudessa *ei lähtökohtaisesti edellytetä* sitä, että jäsenvaltioiden tuomioistuimet jättävät soveltamatta lainvoimaa tai oikeusvoimaa koskevia menettelysääntöjä, vaikka näin voitaisiin lopettaa EU-oikeuden loukkaus.⁴⁸ Koruttomasti sanottuna ”[u]nionin oikeudessa oikeusvoima suojaa kyseistä virhettä”.⁴⁹ Kuten *Samuli Miettinen* on todennut – ottaen huomioon EU-oikeuden etusijaperiaatteen, välittömän vaikutuksen, tulkinta-vaikutuksen ja muiden EU-oikeuden tehokkuutta vahvistavien oppien huomattavan vaikutuksen – tuntuu yllättävältä, kuinka suvaitsevaisesti EUT on suhtautunut lopullisten mutta EU-oikeudellisesti virheellisten ratkaisujen pysyvyyteen.⁵⁰ Puutteen on todettu heikentävän paitsi EU-oikeuden tehokasta toteutumista, myös yksilöiden yhdenvertaisuutta, kun lopullisen ratkaisun uudelleen käsittelemisen mahdollisuus vaihtelee huomattavasti jäsenvaltioiden välillä.⁵¹ Tämä haitta voi toki koskea kaikkia prosessiautonomian alueelle jääviä kansallisia menettelykysymyksiä.⁵²

⁴⁷ *Lenaerts ym.* 2014 s. 244–245; *Ojanen* 2010 s. 171–172. Jos jokin kansallinen tuomioistuin katsoo, ettei EUT:n aiempi tulkintakannanotto ole esimerkiksi enää ajantasainen, se ei voi omin päin poiketa EUT:n oikeuskäytännöstä, vaan sen tulee pyytää uusi ennakkoratkaisu (*Ojanen* 2010 s. 175).

⁴⁸ Näin todetaan vakiintuneesti esim. tuomioissa C-126/97 *Eco Swiss* [1999] Kok. I-3055, k. 47; C-234/04 *Kapferer* [2006] Kok. I-2585, k. 21; C-2/08 *Fallimento Olimpiclub*, k. 23; C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones* [2009] Kok. I-9579, k. 37; C-213/13 *Impresa Pizzarotti* ECLI:EU:C:2014:2067, k. 59.

⁴⁹ Julkisasiamies Jääskisen ratkaisuehdotus asiassa C-69/14 *Târșia* ECLI:EU:C:2015:662, k. 20.

⁵⁰ *Miettinen* LM 2012 s. 419.

⁵¹ Ks. C-392/04 *i-21 Germany* [2006] Kok. I-8559, ratkaisuehdotuksen k. 67; *Tizzano – Gencarelli* 2011 s. 274.

⁵² Ks. *Dougan* 2004 s. 95 havainnollisena esimerkkinä siitä, miten valtioittain vaihtelevat prosessisäännöt voivat aiheuttaa epäyhdenvertaisuutta.

Ongelma on sijoitettavissa osaksi EU-oikeuden täytäntöönpanovajetta koskevaa debattia.⁵³

Voidaan myös kyseenalaistaa, riittääkö kahden muun lainkäyttötoimintaan soveltuvan korjausliikkeen – jäsenvaltion vahingonkorvausvastuun periaatteen ja komission rikkomusmenettelyn – olemassaolo kattavasti ratkaisemaan virheellisten kansallisten tuomioiden lopullisuutta koskevan ongelman. Sinänsä on erittäin tärkeää, että purkumahdollisuuksien ollessa rajalliset yksityisten käytössä on mahdollisuus vaatia valtiolta kanneteitse vahingonkorvausta EU-oikeuden loukkauksesta aiheutuneesta vahingosta. On esitetty, että vahingonkorvaus voidaan purkumahdollisuuteen nähden käsittää eräänlaisena varoventtiilinä, viimesijaisena kansallisissa tuomioistuimissa toteutettavana keinona korjata EU-oikeuden vastainen tila.⁵⁴ Vahingonkorvausvastuun syntymisen edellytykset ovat kuitenkin varsin tiukat. Perusedellytyksinä on, että a) rikotulla oikeusnormilla on oltava tarkoitus antaa oikeuksia yksityisille, b) rikkomisen on oltava riittävän ilmeistä ja c) yksityiselle aiheutuneen vahingon on oltava välittömässä syy-yhteydessä valtion velvoitteen rikkomiseen. Tuomioistuimen menettelystä aiheutuneen rikkomisen ilmeisyysarvioinnissa on Köbler-tuomion mukaan otettava huomioon tuomioistuintoiminnan erityinen luonne sekä oikeutetut oikeusvarmuuden vaatimukset: jäsenvaltio voi olla vastuussa näin tapahtuneesta EU-oikeuden loukkauksesta ainoastaan siinä poikkeustapauksessa, että tuomioistuin on selvällä tavalla rikkonut sovellettavaa oikeutta.⁵⁵

Vaikka vahingonkorvauskanne menestyisi, pelkkä rahallinen korvaus ei välttämättä tyydyttävästi korjaa tilannetta, jossa oikeudenloukkaus jää voimaan ja jatkuu. Näin on esimerkiksi, jos yksityisen oikeutta vapaaseen liikkuvuuteen tai hänen EU-oikeudesta johtuvia perhe-elämän oikeuksiaan rajoitetaan vielä rahakorvauksen jälkeenkin.⁵⁶ Aineellisen EU-oikeuden kattaman alan jatkuvasti laajentuessa näitä tilanteita on yhä vaikeampaa pitää pelkästään hypoteettisina. Yleisestikin voidaan Köbler-ratkaisuehdo-

⁵³ Ks. keskustelusta kootusti esim. *Dougan* 2004 s. 69 ss.

⁵⁴ *Groussot – Minssen* 2007 s. 416–417. Tällä kirjoittajat eivät tarkoita sitä, että yksilön olisi välttämättä yritettävä turvautua esimerkiksi ylimääräisiin muutoksenhakuineihin ennen vahingonkorvauskanteen nostamista (ks. tästä myös *Craig – de Búrca* 2015 s. 263).

⁵⁵ C-224/01 *Köbler*, tuomion k. 51–53. Lisäksi huomioon otettavia seikkoja ovat rikotun oikeusnormin selkeys ja täsmällisyys, rikkomisen tahallisuus, oikeudellisen virheen anteeksiannettavuus tai anteeksiantamattomuus ja EU-toimielimen mahdollinen kanta sekä se, että kyseinen tuomioistuin ei ole täyttänyt ennakkoratkaisun pyytämismahdollisuuttaan (k. 55). *Joka tapauksessa EU-oikeuden rikkominen on riittävän ilmeinen, jos kyseistä päätöstä tehtäessä on jätetty selvästi noudattamatta EUT:n asiaa koskevaa oikeuskäytäntöä* (k. 56).

⁵⁶ *Kornezov* CMLR 2014 s. 810 ja 840. Ongelma korostuu erityisesti ns. statustyyppisten oikeuksien kohdalla.

tusta lainaten todeta, että ”huolimatta huomattavista eduista, joita valtion vahingonkorvausvastuun syntyminen voi tarjota yksityisille, oikeuden taloudellisen sisällön saattaminen uudelleen voimaan on ainoastaan vähimmäisratkaisu; paras mahdollinen suojakeino on se, että aineellinen asiantila palautetaan täydellisesti”.⁵⁷ Tämä vastaa parhaiten myös tehokkaan oikeussuojan vaatimusta. Lisäksi voidaan todeta, että sellaisen käänteisen vertikaalitalanteen (valtio vs. yksityinen) oikaisuun, jossa kansallinen oikeusvoima estää esimerkiksi valtiota perimästä yksityiseltä laitonta valtiontukea takaisin komission päätöksessä edellytetyllä tavalla,⁵⁸ valtion vahingonkorvausvastuun ei voida ajatella soveltuvan.

Yksilönäkökulmasta voidaan vastaavin tavoin kyseenalaistaa komission rikkomusmenettelyn olemassaolon riittävyys kansallisessa lainkäyttötoiminnassa tapahtuvien virheiden oikaisuun. Käytännössä komissio käynnistää menettelyn jäsenvaltiossa systemaattisesti toistuvan loukkauksen eikä yksittäisen tuomioistuinratkaisun johdosta.⁵⁹ On myös vahvoja indisoita siitä, että komissio suhtautuu ylipäänsä pidättyväisesti rikkomusmenettelyn käynnistämiseen jäsenvaltion tuomioistuinten virheellisen menettelyn seurauksena.⁶⁰ Yksityisellä ei luonnollisesti myöskään ole kanne-oikeutta tällaisessa asiassa,⁶¹ eikä rikkomusmenettelyä kaiken kaikkiaan ole tarkoitettu yksityisen käytössä olevaksi oikeussuojakeinoksi⁶².

Edellä olevan perusteella havaitaan, että EU-oikeudesta aiheutuu kansallista oikeusvoimaa kohtaan painetta niin yksityisten tehokkaan oikeus-

⁵⁷ C-224/01 *Köbler*, ratkaisuehdotuksen k. 39.

⁵⁸ Tällainen oli asetelma esimerkiksi asiassa C-119/05 *Lucchini* [2007] Kok. I-6199 ja välillisesti (ennaltaehkäisevästi) myös asiassa C-505/14 *Klausner Holz Niedersachsen GmbH* ECLI:EU:C:2015:742, joissa EUT velvoitti siirtämään kansallisen oikeusvoimasäännön syrjään, jotta komission yksinomainen toimivalta valtiontukiasioissa saattoi toteutua. Viimeksi mainitun tapauksen nimi lyhennetään jatkossa muotoon *Klausner Holz*.

⁵⁹ Näin *Taborowski* CMLR 2012 s. 1889–1890, joissa viitataan virheellisen soveltamiskäytännön johdonmukaisuuteen (consistency), yleisyyteen (generality) ja ylimpien kansallisten tuomioistuinten rooliin soveltamiskäytännön virheellisyydessä. – Käytännössä taustalla on usein rinnakkainen EU-oikeuden loukkaus myös lainsäätäjän tai hallintoviranomaisten toiminnassa.

⁶⁰ *Taborowski* CMLR 2012 s. 1902–1911, jossa tätä lähestymistapaa ei kuitenkaan kannateta. Ks. ennakkoratkaisupyynnön esittämisen laiminlyöntiin puuttumisen osalta myös julkisasiamies Tizzanon ratkaisuehdotus asiassa C-99/00 *Lyckeskog*, k. 65: ”On näet yleisesti tunnettua, että komissio (eikä yksinomaan se) on perustellusti katsonut, että näissä tapauksissa [rikkomusmenettely] ei ole käytännöllinen eikä varsinkaan asianmukainen.” Ks. myös *Aalto* 2011 s. 189–190.

⁶¹ SEUT 258 artikla; oikeuskäytännössä esim. C-191/95 *komissio v. Saksa* [1998] Kok. I-5449. Toinen asia on, että komission käynnistämän rikkomusmenettelyn taustalla on usein jonkin yksityisen tahon kantelu komissiolle jäsenvaltion rikkomuksesta (ks. *Ojanen* 2010 s. 179).

⁶² *Hofstötter* 2005 s. 182; *Taborowski* CMLR 2012 s. 1901.

suojan turvaamisen suunnasta kuin kansallisten elinten *compliance*-näkökulmasta (EU-oikeuden *noudattaminen* tuomioistuimissa ja muissa kansallisissa elimissä⁶³) ja EU-oikeuden tehokkaan toteutumisen (*effet utile*) näkökulmasta. Jälkimmäinen näkökulma lienee erityisen vahvasti läsnä esimerkiksi kilpailuoikeudessa ja valtiontukisääntelyssä, joihin voi liittyä niin vahvoja yleisen edun intressejä, että EU-oikeutta loukkaavan tuomion oikeusvoima on sivuutettava yksityisen vahingoksikin.⁶⁴ Näin on tapahtunut myös arvonnäkökulman alueella.⁶⁵ Vaikka yksilötasolla korostuu ajatus asianosaisten oikeussuojasta ja kollektiivisella tasolla puolestaan enemmän ajatus siitä, että jäsenvaltion tuomioistuinten tulee soveltaa EU-oikeutta tehokkaasti ja tämän laiminlyömisestä varalta on oltava seuraamuksia, ovat oikeussuoja- ja *compliance/effet utile* -näkökulmat monessa suhteessa kuitenkin yhtenevät.⁶⁶ Kansallisten tuomioistuinten on ratkaistava asioita voimassa olevan (unioni)oikeuden mukaisesti ja tämän myötä turvattava sekä EU-oikeuden että siitä johtuvien yksityisten oikeuksien tehokas toteutuminen.

Kansalliseen oikeusvoimaan kohdistuva paine on näkynyt EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Vaikka lähtökohtana on kansallisen oikeusvoiman kunnioittaminen, on tämä lähtökohta suhteellistunut etenkin 2000-luvulla⁶⁷ kehittyneen oikeuskäytännön myötä. Oikeusvarmuuden periaate ja

⁶³ Ks. *compliance*-näkökulmasta kansainvälisoikeudellisesti esim. *Schermers – Blokker* 2003 s. 873 ss. Tämä näkökulma on läsnä myös esim. teoksissa *Hofstätter* 2005 (”Non-compliance of National Courts”) ja *Taborowski* CMLR 2012 (”Infringement Proceedings and Non-compliant Courts”).

⁶⁴ Näin kävi esim. em. asioissa C-119/05 *Lucchini* ja C-505/14 *Klausner Holz*, ks. ensin mainitun johdosta myös *Nebbia* ELR 2008 s. 432: ”In *Lucchini* – – dispute rather revolves around the extent to which an EC law obligation should be enforced as against the defaulting state (and, indirectly, against the individual), in spite of domestic procedural rules. These are not – – cases concerning judicial protection, but simply about compliance.” Kursoinnit lisätty. Taustalla vaikuttaa ennen kaikkea markkinavääristymien ehkäisemisen tarkeys (ibid. s. 433), jolloin toki EU-oikeuden vastaisen tilan oikaiseminen koituu viime kädessä kaikkien (yksityisten) markkinatoimijoiden hyväksi. Ks. myös *Aine* 2013 s. 321–326. Ks. kritiikistä EU-oikeuden tehokkuusargumentin ylikorostunutta tällaista käyttöä kohtaan *Ojanen* 2010 s. 62.

⁶⁵ Asia C-2/08 *Fallimento Olimpiclub*, jossa yksityisen vahingoksi tapahtuneen oikeusvoimasääntönsä sivuuttamisen on pannut merkille myös *Wall* (2014 s. 292).

⁶⁶ *Ojanen* (2010 s. 61) toteaa samansuuntaisesti arvioidessaan EU-oikeuden vaikutustapojen funktioita.

⁶⁷ Oikeusvarmuutta ja oikeusvoimaakin koskevat kysymykset ovat toki olleet läsnä EU-oikeudessa ja EUT:n oikeuskäytännössä läpi unionin historian, ks. esim. *Raitio* 2003 s. 187 ss. Varhaisesta oikeuskäytännöstä ks. esim. yhdistetyt asiat 7/56 ja 3–7/57 *Algera ym.* [1957] ECR 81, joissa kumottiin EHTY:n yleiskokouksen henkilöstöä koskevia sopimuksia vetoamalla jäsenvaltioiden lainsäädännölle yhteisiin lainvastaisten toimien peruuttamista koskeviin sääntöihin, joiden nojalla tällaisia toimia voitiin tarkastella uudelleen kohtuullisen ajan kuluessa. Sen sijaan lopullisten kansallisten ratkaisujen ongelmaan EUT tuntuu

oikeusvoiman periaate sen ilmentymänä nauttivat unionioikeudellisten periaatteiden asemasta – mikä ei ole ihme, kun kysymys on jäsenvaltioiden oikeuksiin vahvasti rakenteistuneista periaatteista – mutta samalla yhä useammassa EUT:n ratkaisussa on edellytetty lopullisuuden sivuuttamista tai ainakin ohjattu kansallista tuomioistuinta voimakkaasti tähän suuntaan. Eräissä ratkaisuissa näin on tapahtunut jopa siinä määrin, ettei kehitys ole jäänyt vaille kritiikkiä ja huolenilmauksia.⁶⁸

Uusia oikeudellisia instrumentteja tai EU-oikeuden vaikutustapoja ei ole tässä tarkoituksessa omaksuttu, vaan tyyppillisesti kyse on ollut tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteiden mukaisesta prosessisääntöjen arvioinnista sekä EU-oikeuden tulkintavaikutuksesta ja poikkeustapauksessa – silloin kun asia ei olisi kuulunut kansallisessa tuomioistuimessa ratkaistavaksi⁶⁹ – myös etusijaperiaatteesta. Tehokasta oikeussuojaa koskeva perusoikeuskirjan 47 artikla näyttää toistaiseksi saaneen merkitystä vain ensimmäisen oikeudenkäynnin olosuhteiden arvioinnissa, ei sen sijaan tuomion lopulliseksi tulemisen jälkeistä tilannetta arvioitaessa.⁷⁰ Kansallisen oikeuden näkökulmastakaan mitään täysin uusia oikeussuojakeinoja lopullisuuden sivuuttamiseksi ei ole edellytetty otettavaksi käyttöön. Jos esimerkiksi lainvoimaisesti tuomitun asian uudelleen käsittely ei ole lainkaan mahdollista, tällaisen oikeussuojakeinon luomista ei ole EU-oikeuden vastaiseenkaan tilan korjaamiseksi toistaiseksi edellytetty – kunhan ensimmäisessä menettelyssä on ollut mahdollisuus tehokkaasiin oikeussuojakeinoin ja esimerkiksi muutoksenhauulle varatut määräajat ovat olleet tehokkuusperiaatteen valossa hyväksyttävää.⁷¹ Jos kuitenkin ”kansallisiin menettelysääntöihin sisältyy mahdollisuus, että kansallinen tuomioistuin voi tietyin edellytyksin peruuttaa oikeusvoimaisen ratkaisun muuttaakseen tilanteen kansallisen oikeuden mukaiseksi, tätä mahdollisuutta on vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteiden mukaisesti käytettävä, jos kyseiset edellytykset täytyy-

toden teolla tarttuneen vasta vuosituhannen vaihteesta alkaen.

⁶⁸ Ks. esim. *Raiti* 2008 (“The crisis of civil res judicata in the EC legal system”); *Briza* 2008 (“Lucchini SpA – is there anything left of res judicata principle?”); *Van Meerbeeck* 2008 (“La fin de l’autorité...de chose jugée?”). Tässä viitattu kritiikki dramaattisine otsikoineen linkittyy ajallisesti EUT:n *Lucchini*-ratkaisuun.

⁶⁹ Asia C-119/05 *Lucchini*.

⁷⁰ Ks. asiassa C-249/11 *Byankov* annetun ratkaisuehdotuksen k. 32; C-69/14 *Târșia*, ratkaisuehdotuksen k. 27–43.

⁷¹ Ks. esim. välitystuomion kumoamiskanteen nostamiselle varatun määräajan arvioinnista tehokkuusperiaatteen valossa C-126/97 *Eco Swiss*, tuomion k. 44–47; C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones*, tuomion k. 40–46. Ks. yleisesti tehokasta oikeussuojaa koskevan vaatimuksen suhteesta täysin uusien oikeussuojakeinojen luomiseen C-583/11 P *Inuit Tapiriit Kanatami ym. v. parlamentti ja neuvosto* ECLI:EU:C:2013:625, tuomion k. 100–104.

vät, jotta kyseinen tilanne saatetaan jälleen yhdenmukaiseksi unionin säännösten kanssa”.⁷²

EU-oikeudesta johtuvia oikeusvoiman syrjäyttämistä puoltavia syitä arvioidessaan EUT on ottanut huomioon ratkaisun pysyttämistä puoltavat intressit. Näistä se on toistuvasti viitannut oikeusvarmuuden periaatteeseen sekä oikeusrauhan, oikeussuhteiden vakauden ja hyvän lainkäytön intresseihin, joita tutkitaan seuraavassa.

2.2 Intresseistä, jotka puoltavat ratkaisun pysyvyyttä virheistä huolimatta

2.2.1 Oikeusvarmuus

Oikeusvarmuus on periaatteena laaja-alainen ja tärkeä. Se on kiistatta tunnustettu yhdeksi EU:n peruseriaateista.⁷³ Periaatteen sisältö sen sijaan on jo huomattavasti monitahoisempi kysymys. Oikeusvarmuuden yhteydessä tuodaan vakiintuneesti esiin ajatuksia oikeuden ja oikeudellisten ratkaisujen ennakoitavuudesta ja hyväksyttävyydestä. *Ennakoitavuuden* ajatuksen *Tridimas* tiivistää niin, että oikeussubjektien on voitava tietää voimassa olevan oikeuden sisältö pystyäkseen suunnittelemaan toimintaansa sen mukaisesti.⁷⁴ Lainkäytön kontekstissa se tarkoittaa erityisesti mielivaltaisen ja ennakoimattoman lainkäytön kieltoa. Tätä voidaan pitää oikeusvarmuuden muodollisena, formaalina puolena. Aineellisen oikeusvarmuuden piiriin taas kuuluu ajatus ratkaisujen (tai normien) *hyväksyttävyydestä*, materiaalisesta oikeudenmukaisuudesta. *Aarnion* toteamin tavoin ”when [people] ask for legal certainty – – they presuppose that the decisions are not only *nonarbitrary* but also *substantially proper*”.⁷⁵ Siinä missä muodollisen oikeusvarmuuden näkökulma on oikeuspositivistinen, aineelliseen oikeusvarmuuteen liittyy luonnonoikeudellisia painotuksia. *Raition* tutkimuksessa esitetään muodollisen ja aineellisen oikeusvarmuuden ohella kolmanneksi ajatus oikeudelliseen realismiin linkittyvästä *faktuaalisesta oikeusvarmuudesta*, jossa oikeuselämän stabiliteetti, jatkuvuus ja oikeusnormien tehokkuus ovat keskeisessä roolissa.⁷⁶ Tuomioiden lopullisuuden

⁷² C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, tuomion k. 62; C-69/14 *Târșia*, tuomion k. 30.

⁷³ Ks. oikeusvarmuudesta EU-oikeuden yleisenä periaatteena esim. *Schermers – Waelbroeck* 2001 s. 64–87; *Tridimas* 2006 s. 242–297; *Dashwood ym.* 2011 s. 328–332.

⁷⁴ *Tridimas* 2006 s. 242.

⁷⁵ *Aarnio* 1987 s. 4 (kursivointi lisätty) ja laajemmin esim. s. 158 ss. Ks. oikeusvarmuuden samanlaisista peruslähtökohdista uudemmassa tutkimuksessa esim. *Paunio* 2011 s. 2 ja 51.

⁷⁶ *Raitio* 2003 erit. s. 368–387.

kontekstissa voidaan mielestäni väittää, että mitä enemmän oikeusvarmuuteen hyväksytään aineelliseen oikeusvarmuuteen ja ratkaisun hyväksyttävyyteen liittyviä näkökohtia, sitä epätarkempaa ja jopa harhaanjohtavampaa on puhua oikeusvarmuuden ja laillisuuden välisestä jännitteestä. Edistääkö täysin virheellisen, esimerkiksi oikeusjärjestyksen peruseriaatteiden vastaisen tuomion pysyttäminen (ainakaan aineellista) oikeusvarmuutta? Myös Tridimas on kiinnittänyt huomiota siihen, että oikeusvarmuus ohjaa vain harvoin jonkin yhden tietyn ratkaisuvaihtoehdon puoleen ja että sen avulla voidaan jopa perustella keskenään vastasuuntaisia ratkaisumalleja.⁷⁷ Mielestäni laajaa ja monikasvoista oikeusvarmuuden periaatetta ei ole oikeutettua käyttää yksiselitteisesti ratkaisun pysyttämistä puoltavana argumenttina. Vaikka se useimmiten puhuu ratkaisujen pysyttämisen puolesta, se saattaa joskus myös puhua sitä vastaan.⁷⁸ Vasta pureutumalla oikeusvarmuuden konkreettisiin osatekijöihin (tai korkeammalla abstraktiotasolla sen muodollisiin, faktuaalisiin ja aineellisiin puoliin) voidaan päästä käsiksi pysyvyyden arvioinnin kannalta hyödylliseen punnintaan.

Esimerkkeinä oikeusvarmuuden periaatteen saamista käytännön ilmentymistä EU-oikeudessa mainitaan usein taannehtivien oikeusvaikutusten kielto, oikeutettujen odotusten suoja, saavutettujen oikeuksien suoja, ymmärrettävän kielen vaatimus, oikeudellisten ratkaisujen perusteluvaatimus, lainkäyttö- ja hallintotoiminnan ennakoitavuus, EU-sääntelyn yksiselitteisyyden ja ennustettavan soveltamisen vaatimus ja EU-oikeuden tehokkaan täytäntöönpanon vaatimus.⁷⁹

Silloin kun puhutaan oikeusvoimasta, on oikeusvarmuuden pysyvyyttä puoltavista elementeistä mielestäni nostettava esiin lähinnä ennakoitavuuden vaatimus sekä oikeutettujen odotusten tai saavutettujen oikeuksien suoja. Myös Raitio on nostanut erityisesti *ennakoitavuuden* esiin ratkaisujen lopullisuuden kontekstissa.⁸⁰ Voidaan ajatella, että voimassa olevan oikeuden mukaisesti lainvoimaiseksi tulleiden ratkaisujen myöhempi ky-

⁷⁷ *Tridimas* 2006 s. 243. Esimerkkinä hän antaa tuomion asiassa 41/74 *Van Duyn* [1974] ECR 1337, jossa EUT perusteli oikeusvarmuuden periaatteen avulla direktiivien välitöntä oikeusvaikutusta, vaikka yhtä hyvin oikeusvarmuuden voitaisiin ajatella perustelevan sitä, että perussopimuksissa tehty selkeä ero asetusten ja direktiivien välillä johtaisi vastakkaiseen lopputulokseen.

⁷⁸ Hieman samansuuntaisesti *Skouris* 2008 s. 678, jossa muistutetaan, että yhteisön oikeuden yhtäläiseen soveltamiseen pyrkiminen on ymmärrettävä *välttämättömänä osana oikeusvarmuutta* Euroopan unionissa. – Tätä tavoitetta ei edistä esimerkiksi se, jos toisissa jäsenvaltioissa laittomia valtiontukia on mahdollista jättää palauttamatta oikeusvoimaan vetoamalla ja toisissa ei.

⁷⁹ Ks. esim. *Tridimas* 2006 s. 242 ss.; *Raitio* 2016 s. 296 ss. oikeuskäytäntö- ja kirjallisuusviitteineen.

⁸⁰ Ks. *Raitio* DL 2012 s. 412.

seenalaistaminen olisi ennakoimatonta ja siten oikeusvarmuutta loukkaava niiden näkökulmasta, jotka ovat luottaneet ratkaisun pysyvyyteen ja suunnitelleet toimintaansa sen varaan – etenkin oikeusjutun voittaneen ja mahdollisten sivullisten näkökulmasta. Ongelmaa kuitenkin pienentää, jos lopullisuuteen puuttumista koskee selkeä (ja riittävän suppea) sekä soveltamiskäytännöltään koherentti normisto.

Myös oikeutettujen odotusten ja saavutettujen oikeuksien suojalla on EU-oikeudessa selvä liityntä oikeussuhteiden pysyvyyteen ja esimerkiksi julkisvallan yksityiselle myöntämien etujen pysyvyyteen.⁸¹ Luontevimmin nämä näkökohdat nousevat arvioitavaksi julkiselin–yksityinen-relaatiossa luottamuksensuojaperiaatteen muodossa. Tällöin kysymyksenasetteluna on, tuleeko vilpittömässä mielessä olleen yksityisen luottamusta esimerkiksi virheelliseen päätökseen suojata. EUT on jo varhain myöntänyt asian merkityksen ratkaisujen pysyvyyttä koskevissa punninnoissa, vaikka luottamuksensuoja ei ole aina riittänyt suojaamaan pysyvyyttä.⁸² Luottamuksensuojaperiaate on eurooppalaisista juurista kotiutunut Suomenkin hallinto-oikeuteen 1990-luvulta alkaen.⁸³

2.2.2 Oikeusrauha ja oikeussuhteiden vakaus

Oikeusvarmuuden periaatteen ohessa EUT:n käytännössä on pysyvyyden tueksi toistuvasti viitattu seuraaviin osuvasti tiivistettyihin intresseihin:

”Itse asiassa sekä *oikeusrauhan* ja *oikeussuhteiden vakauden* että *hyvän lainkäytön* varmistamiseksi on tärkeää, että kaikkien käytettävissä olevien oikeussuojakeinojen käytön tai näitä oikeussuojakeinoja varten säädettyjen määräaikojen umpeenkuluminen jälkeen lopullisiksi tulleita tuomioistuinten päätöksiä ei voida enää saattaa kyseenalaisiksi.”⁸⁴

Oikeusrauhan ja oikeussuhteiden vakauden säilyttäminen on tärkeää niin oikeusjutun asianosaisten kuin yhteiskunnan tasolla: molempien kannalta

⁸¹ Ks. esim. *Raitio* 2016 s. 308; *Schermers – Waelbroeck* 2001 s. 80. Oikeutettujen odotusten suojan ja saavutettujen oikeuksien suojan eroista ja yhtymäkohdista ks. *Raitio* 2003 s. 252–256.

⁸² Ks. esim. em. tuomio yhdistetyissä asioissa 42/59 ja 49/59 *SNUPAT* sekä myöhemmäs-tä käytännöstä C-24/95 *Alcan* [1997] Kok. I-1591, k. 25

⁸³ *Suviranta* LM 2004 s. 1421 ja 1433–1434. Ks. myös *Hepola* 2005 esim. s. 373–383.

⁸⁴ Esim. C-224/01 *Köbler*, tuomion k. 38; C-234/04 *Kapferer*, tuomion k. 20; C-2/08 *Fal-limento Olimpclub*, tuomion k. 22; C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones*, tuomion k. 36; C-507/08 *komissio v. Slovakia* [2010] Kok. I-13489, tuomion k. 59; C-221/10 *P Artegoda*n v. *komissio* ECLI:EU:C:2012:216, tuomion k. 86; C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, tuomion k. 58. Kursivoinnit lisätty.

loputon prosessaaminen samassa asiassa olisi kestäväntöntä.⁸⁵ Asianosaisten on voitava luottaa siihen, että heidän välillään tuomiolla vahvistettu oikeustila pysyy, ellei käsillä ole aivan erityisiä syytä murtaa lopullisuutta.⁸⁶ Päinvastainen lähestymistapa vaarantaisi keskeisten oikeusprosessin tavoitteiden toteutumisen, erityisesti tavoitteet oikeussuojan antamisesta ja riitojen ratkaisemisesta.⁸⁷ *Tirkkonen* on jo 1930-luvulla maininnut lainlaattijan vaikeimmaksi tehtäväksi kultaisen keskitien löytämisen yhtäältä ehdottomasti oikean tuomion saamisen ja toisaalta pikaisen oikeusrauhan luomisen välillä sekä huomionut tässä suhteessa niin valtiovallan kuin asianosaisten edut.⁸⁸

Yhtä lailla on syytä vahvasti korostaa kolmansien osapuolten oikeutettuja odotuksia lopullisen ratkaisun pysyvyyteen.⁸⁹ Yhteiskunnassa yksityiset perustavat odotuksiaan vahvistettujen oikeussuhteiden varaan, ja laaja mahdollisuus puuttua lainvoimaisilla ratkaisuille vahvistettuihin oikeussuhteisiin ja niiden pohjalta muodostuvaan verkkoon voisi järkyttää oikeussuhteiden vakautta.⁹⁰ Antaessaan EIS:n loukkaustilanteiden oikaisua ja uudelleenkäsitteilyä koskevan suosituksensa Euroopan neuvoston ministerikomitea kiinnitti nimenomaista huomiota kolmansien asemaan.⁹¹ EIT:n käytännössä on arvioitu esimerkiksi asianomistajan asemaa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja omaisuudensuojan näkökulmasta tilanteessa, jossa rikostuomio ja siihen liitännäinen korvaussaatava on purettu.⁹²

Oikeussuhteiden vakauden merkitys korostuu käsitykseni mukaan siviili- ja rikosasioissa.⁹³ Hallintoprosessissa, joissa asetelmana ei useinkaan

⁸⁵ Ks. esim. *Cappelletti* 1989 s. 68; *Männistö* 2013 s. 41–59.

⁸⁶ *Lappalainen* 2001 s. 400–401; *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 125.

⁸⁷ Prosessioikeudellisessa keskustelussa keskeisinä prosessin funktioina pidetään vaihtelevin painotuksin oikeussuojan antamista, käyttäytymisen ohjaamista ja riitojen ratkaisemista. Oikeuden konstitutionalisoitumisen ja eurooppalaistumisen myötä on noussut aiempaa vahvemmin esiin ajatus lainkäytön roolista lainsäätäjän toimien kontrolloijana (kontrollifunktio) ja oikeustilan kehittäjänä (oikeutta luova funktio). Ks. *Virolainen* 2012 s. 72–83.

⁸⁸ *Tirkkonen* 1933 s. 36–37; *Tirkkonen* 1937 s. 3.

⁸⁹ Ks. C-453/00 *Kühne & Heitz*, tuomion k. 27; *Hofstötter* 2005 s. 103; *Kornezov* CMLR 2014 s. 148.

⁹⁰ *Aine* (2013 s. 320) puhuu oikeusrauhasta vaihdantasuhteissa.

⁹¹ Ks. *EN-suositus R(2000)2*, selitysmuiston k. 15.

⁹² *Asia* 24360/04 *Giuran v. Romania* (EIT:n tuomio 21.6.2011), erit. k. 46–48.

⁹³ Näin myös julkisasiamies Jääskinen asian C-69/14 *Târșia* ratkaisuehdotuksessa, k. 50. Rikosprosessissa vastaajan oikeusrauhalle annetaan korostunut merkitys, mitä Suomessa ilmentää esimerkiksi oikeusvoimaopin (*ne bis in idem*) soveltamisen ehdottomuus sekä se, että syytetyin vahingoksi tapahtuvaa purkamista koskevat säännökset ovat muita tapausryhmiä tiukemmat. Ks. myös *Rautio* 2012 s. 1197: ”– – ainakaan syytetyin vahingoksi purkutaikanteluperusteita ei tule laajentaa yli lain sanamuodon. Toisaalta yhteiskunnan kannalta käytännössä neutraaleissa dispositiivisissa riita-asioissa varovaisuutta puoltaa ennustetta-

siviiliprosessin tavoin ole kaksiasianosaisuhde, on sen sijaan tunnistettavissa tilanteita, joissa oikeussuhteiden vakautta ei ole tarpeen ylikorostaa. Jos esimerkiksi yksityinen vaatii valtiolta takaisin EU-oikeuden vastaisesti kannettua veroa, ei purkaminen tai uudelleenkäsitely yksityisen eduksi heikentäne oikeussuhteiden vakautta tai oikeusrauhaakaan, vaan lähinnä aiheuttaa hallinnolle lisätyötä ja luonnollisesti haittaa valtion fiskaalisille eduille. Silloin, kun kyse on puolestaan yksityisen kannalta myönteisen päätöksen muutettavuudesta, kysymykseksi nousee, tuleeko yksityisen saada jo edellä mainittua luottamuksensuojaa.

2.2.3 Hyvään lainkäyttöön liittyviä näkökohtia

Hyvä lainkäyttö on sekä tärkeä näkökulma. Monissa EU:n jäsenvaltioissa korostuu ylimääräisen muutoksenhaun rooli tiukkaan rajattuna poikkeuskeinona, jolla ei ole tarkoitus korvata tavallista muutoksenhakua tai vesittää sen merkitystä. Voidaan olettaa, että huomattavan laaja mahdollisuus tuomioiden purkamiseen vähentäisi asianosaisten intressiä huolelliseen prosessaamiseen, mukaan lukien huolellinen tavanomainen muutoksenhaku. Samaan suuntaan vaikuttaisi muulla tavoin heikko tai hyvin suppea oikeusvoimavaikutus.⁹⁴ *Koulu* on huomauttanut, että esimerkiksi purkuhakemuksen tekemiselle varattu lyhyt ja ehdoton määräaika kannustaa asianosaisia ajamaan asiaansa huolellisesti EU-oikeudellisin argumentein alusta pitäen, mikä edistää EU-oikeuden tehokasta soveltamista.⁹⁵

Myös EUT on todennut, ettei esimerkiksi tehokkuusperiaatteella ole tarkoitus korvata oikeudenkäynnin asianosaisen täydellistä passiivisuutta.⁹⁶ Se on antanut eri asiayhteyksissä merkitystä sille, onko yksilö käyttänyt käytettävissään olleet tavanomaiset kansalliset muutoksenhakekeinot.⁹⁷ Siinä missä kansallisesta näkökulmasta on lainkäyttöjärjestelmän toimivuussyistä toivottavaa, että asianosaisen voidaan edellyttää käyttävän ta-

vuus ja asianosaisten oikeusturva.”

⁹⁴ Ks. *Lappalainen* 2001 s. 400.

⁹⁵ Ks. *Koulu* 2007 s. 238. – Toisaalta silloin, kun tarvittaviin tosiseikkoihin on vedottu ja tuomioistuimen tehtävänä olisi jura novit curia -periaatteen mukaisesti ollut soveltaa (EU-)oikeutta oikein, on huomattava, että asianosaisella ei ole mahdollisuutta kansallista tuomioistuinta sitovasti vaatia ennakkoratkaisun pyytämistä EUT:lta, ajoipa hän asiaansa tehokkaasti EU-oikeudellisin argumentein tai ei.

⁹⁶ C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones*, tuomion k. 47.

⁹⁷ Tätä ajattelua heijastaa esim. *Kühne & Heitz* -kriteerien (C-453/00) vaatimus asian viemisestä ylimpään tuomioistuimeen saakka, samoin valtion vahingonkorvausvastuun osalta asiassa C-224/01 *Köbler* tehdyt toteamukset ylinten kansallisten tuomioistuinten asemasta (tuomion k. 34–35). Ks. asianosaisten omasta vastuusta myös C-119/05 *Lucchini*, ratkaisuehdotuksen k. 46.

vanomaiset muutoksenhakukeinot ja että purku on poikkeuskeino,⁹⁸ on tähän EU-näkökulmasta laajempiakin syitä. Yhtenä tausta-ajatuksena on se, että mitä ylempään kansalliseen instanssiin yksilö on asian vienyt, sitä suurempi ohjaava merkitys – ja haittavaikutus – lopulliseksi jäävällä virheellisellä ratkaisulla on kyseisessä valtiossa.⁹⁹ Ei olekaan sattumaa, että ennakkoratkaisun pyytäminen EU-oikeudellisesti oikean tulkinnan varmistamiseksi on nimenomaan ylimmälle oikeusasteelle velvollisuus ja alemmille mahdollisuus.¹⁰⁰ Alemman oikeusasteen ratkaisun varaan jäänyt asia voi olla yksilön kannalta periaatteessa yhtä harmillinen kuin ylimmän tuomioistuimen virheellinen ratkaisu, mutta oikeusyhteisön kannalta vähemmän haitallinen. Tämän vuoksi asian vieminen ylimpään mahdolliseen tuomioistuimeen ja asian ratkaiseminen siellä virheellisesti puoltaa purkamista selvästi. Kysymyksenasettelu on nähdäkseni rinnasteinen sen pohdinnan kanssa, voiko jäsenvaltion vahingonkorvausvastuu EU-oikeuden loukkauksesta syntyä myös alemman tuomioistuimen lainvoimaisen ratkaisun johdosta eikä vain ylimmän tuomioistuimen menettelystä.¹⁰¹

Hyvän lainkäytön yhteydessä voidaan pohtia myös tuomioistuinlaitoksen kuormituksen merkitystä. Se voi ainakin julkilausumattomana syynä – ja sinänsä ymmärrettävästi – vaikuttaa jäsenvaltioiden halukkuuteen laajentaa purkumahdollisuuksia.¹⁰² Vaikka argumentti ei olisi yksinään vahva, voisi laaja purkumahdollisuus johtaa siihen, että tuomioistuinlaitoksen kuormitus ja oikeusvarmuuteen liittyvä ennakoitavuus olisivat rinta rinnan vaakalaudalla, mikäli esimerkiksi oikeuskäytännön muutosten tai muissa asioissa annettujen tuomioiden perusteella olisi hyvin laajalti mahdollista menestyksekkäästi vaatia tuomion purkamista.¹⁰³ Tällöin olisi kyse oven

⁹⁸ Suomessa ks. esim. KHO 2010:45, ratkaisun kolmanneksi alin tekstikappale, jossa passiivisuus luettiin purkuhakemuksen tekijän vahingoksi. Ks. toisaalta KHO 2011:38, perustelujako 2.3.3, jossa perustellusti todettiin, ettei verovelvolliselta voida edellyttää sellaisista verotuspäätöksistä valittamista, jotka vastaavat samanlaisessa asiassa jo annettua KHO:n ratkaisua.

⁹⁹ Ks. *Taborowski* CMLR 2012 s. 1887, 1890 ja 1914; C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo* [2006] Kok. I-5177, tuomion k. 36.

¹⁰⁰ Ks. myös *Craig – de Búrca* 2015 s. 468.

¹⁰¹ Ks. tästä pohdinnasta *Hofstätter* 2005 s. 144–146; *Dashwood ym.* 2011 s. 314. Ks. myös C-224/01 *Köbler*, ratkaisuehdotuksen k. 15, 38 ja 51.

¹⁰² Ks. esimerkkejä juttumääristä esim. *Rihto* 2011 s. 440–442.

¹⁰³ *Lappalainen* tavoittaa tämän ajatuksen ratkaisun KKO 1998:30 kommentissaan: ”Jälkikäteiset analogiat myöhempiin ratkaisuihin eivät voi horjuttaa lainvoimaista tuomiota. Jos tällainen purkuperuste hyväksyttäisiin, jouduttaisiin mitä ilmeisimmin varsin laajaan purkuhakemusten tulvaan. Raja varsinaisen ja ylimääräisen muutoksenhaun välillä hämärtyisi eikä lainvoimaisten tuomioiden pysyvyyteen voitaisi enää luottaa.” (*Lappalainen* 1998 s. 192.) Tapauksessa ei tosin ollut kyse lainsoveltamisvirheestä tai oikeuskäytännön muutoksesta, vaan toisessa vastaavassa asiassa (kanssavastajan osalta) tehdystä näyttöratkaisusta

avaamisesta koko oikeusyhteisöä haittaavalle, niin oikeusvarmuuden kuin lainkäytön laadun vaarantavalle purkumahdollisuudelle. Ei olekaan ihme, että esimerkiksi Suomen ja Ruotsin prosessioikeustraditiossa perinteisesti torjuttiin oikeuskäytännöstä ilmenevien tulkintakannanottojen vastaisuus purkuperusteena.¹⁰⁴

Kuormitusnäkökohta ei systeemitasolla kuitenkaan yksinään kannanpitäjälle, sillä jäsenvaltiolla on käytössään monia keinoja laajasti tapahtuneiden EU-oikeuden loukkausten varalle. Tämä ei liity vain purkuinstansseja ja purkumenettelyä koskevaan prosessisääntelyyn, vaan esimerkiksi laittomasti kannettujen verojen takaisin maksamiseksi voidaan säätää palautuslakeja.¹⁰⁵ Voidaan myös ajatella, että siinä missä purkumahdollisuuden rajallisuuden väitetään kannustavan yksilöitä huolelliseen prosessaamiseen, voi purkumahdollisuuden olemassaolo – ja kenties jonkinlaisena uhkakuva väijyvää purkuhakemusten tulva – ainakin kehitys- ja oppimisprosessien myötä kannustaa¹⁰⁶ jäsenvaltioiden tuomioistuimia ja viranomaisia ottamaan EU-oikeuden vaatimukset vakavasti mahdollisimman aikaisin.

Erityisesti ylimmän tuomioistuimen linjauksesta, johon on päädytty esittämättä ennakkoratkaisua, aiheutunut laajakin virhetilanne tulisi korjata kuormituksen uhallakin. Esimerkiksi Suomessa voitaisiin pitää varsin ristiriitaisena seuraavaa tilannetta: ylin tuomioistuin vetoaa tulkinnallisesti tosiasiallisesti avoimessa kysymyksessä ensin *acte clair* -doktriiniin pitäessään vastausta (*ilmeisen*) selvänä ja jättäen tämän johdosta pyytämättä ennakkoratkaisua – ja myöhemmin, saman tulkinnan kuitenkin osoittautuessa EUT:n käytännön valossa vääräksi, vetoaa juuri tulkinnalliseen hankaluu-teen tai säännöksen monitulkintaisuuteen hylätessään purkuhakemuksen sillä perusteella, että ratkaisun lainvastaisuus *ei* ollut *ilmeinen*. Kun purku myönnetään EU-oikeuden vastaisuuden perusteella, voi taas yhdenvertai-

ja purkua hakeneen aiemmasta omasta passiivisuudesta tavallisen muutoksenhaun suhteen.

¹⁰⁴ Ks. esim. *Andersson JFT* 2001, jossa käsitellään tämän Ruotsissa perinteisesti valinnan lähtökohdan murrosta prejudikaattien oikeuslähdeaseman kasvaessa ja tuomioistuinlaitoksen yhä suuremman perustuslaillisen roolin aikakaudella sekä erityisesti EUT:n prejudikaattien *ex tunc* -vaikutuksen näkökulmasta.

¹⁰⁵ Ks. Suomessa esim. laki 822/2009 autoverolle kannetun arvonlisäveron suuruisen veron palauttamisesta eräissä tapauksissa. Tällöin tosin palautuslain ajallinen rajoittaminen voi poikia tuomioistuihin joukon vahingonkorvauskanteita, joissa joudutaan palaamaan ajalliseen ulottuvuuteen vahingonkorvauksen vanhentumiskysymyksen muodossa, ks. esim. KKO 2016:28. Ks. vertailevasti EIS:n kontekstissa myös *EN-suositus R(2000)2*, selitysmuiston k. 14: ”The recommendation does not address the special problem of ‘mass cases’, i.e. cases in which a certain structural deficiency leads to a great number of violations of the Convention. In such cases it is in principle best left to the State concerned to decide whether or not reopening or re-examination are realistic solutions or, whether other measures are appropriate.”

¹⁰⁶ Ks. myös *Rihto* 2010 s. 441.

suusperiaatteen kannalta olla ongelmallista rajata purun myöntäminen vain niille, jotka olivat aikanaan vieneet asiansa ylimpään tuomioistuimeen asti.¹⁰⁷

Lopuksi voidaan kysyä, onko EU-oikeuden vastaisen ratkaisun purkamatta jättäminen (jolla mahdollisesti samalla pyritään purkuhakemusten tulvan ”patoamiseen”) tuomioistuinlaitoksen *kokonaisuor*mituksen kannalta edullista, jos yksilöt kuitenkin tämän johdosta joutuvat nostamaan valtiota vastaan EU-oikeuden loukkaukseen perustuvia vahingonkorvauskanteita ja mahdollisesti kuljettamaan näitä riitoja läpi kaikkien oikeusasteiden.¹⁰⁸ Edelleen voidaan kysyä, eikö EU-oikeuden vastaisten ratkaisujen pysyttäminen hinnalla millä hyvänsä heikentäisi luottamusta lainkäyttöön ja koko EU:n oikeussuojajärjestelmän toimivuuteen.¹⁰⁹

2.3 Yhteenveto

EU-oikeuden vastaisten ja kansallisen oikeuden vastaisten ratkaisujen pysyvyyden arviointi käsittää pohjimmiltaan hyvin samankaltaisen intressikonfliktin. Oikeusvarmuuden, oikeusrauhan, oikeussuhteiden vakauden ja hyvän lainkäytön tavoitteiden jännite kulloisenkin aineellisen oikeuden taustalla olevien tavoitteiden ja laillisuusvaatimuksen kanssa kuvaa punninta-asetelmaa varsin onnistuneesti, vaikkakaan ei varmasti kaikenkattavasti. Se, että EU-tuomioistuimen vakiolausumassa on viitattu samoihin ratkaisun pysyvyyttä puoltaviin intresseihin kuin kansallisen tason oikeuskirjallisuudessa, osoittaa ongelman yhteisyyttä ja EUT:n ymmärrystä kyseisiä huolia kohtaan. Nimenomaan *EU:n* oikeuden tehokkaan toteutumisen ja jäsenvaltioiden kansallisen prosessioikeuden välinen jännite on puolestaan pikemminkin erityispiirre, joka tuo ylimääräistä haastetta siihen, miten ensiksi mainittuun punnintaan voidaan tai tulee EU-oikeuden näkökulmasta päästä käsiksi.

On myös tiedostettava, että pysyvyyden taustaintresseissä on kysymys pikemminkin reaaliin argumentteihin palautuvista, punnittavissa olevista

¹⁰⁷ Ks. yhdenvertaisuuspohdinnasta EIS:n kontekstissa (yksilövalituksen EIT:lle tehneen versus tekemättä jättäneen mutta samasta EIS:n loukkauksesta kärsineen henkilön asema) KKO 2014:94, k. 19–21. Ks. myös KHO 2016:33, jossa enemmistö ja vähemmistö ovat lähestyneet yhdenvertaisuuskysymystä eri tavoin.

¹⁰⁸ Ks. myös *Miettinen LM* 2012 s. 436. Toki myös purkaminen voi antaa aiheen asian palauttamiselle alioikeuteen tai viranomaiseen, jolloin prosessi joka tapauksessa pitkittyy.

¹⁰⁹ *Welamson* ja *Munck* toteavat, että aineellisesti väärin tuomioiden ehdoton pysyttäminen olisi omiaan loukkaamaan oikeudentuntoa ja *heikentämään luottamusta lainkäyttöön* (*Welamson – Munck* 2011 s. 169). Ks. myös *Rautio* 2012 s. 1193.

intresseistä kuin absoluuttisista pysyvyyden taustaperusteluista. Esimerkiksi vilpittömässä mielessä toimineen yksityisen luottamusta tulee suojata, muttei aina – ja oikeussuhteiden vakaus puoltaa erityisesti siviilituomioiden vahvaa pysyvyyttä, muttei rajattomuuteen asti. Kun tämä pidetään mielessä, on nämä intressit myös helpompi sovittaa yhteen pysyvyyttä vastaan puhuvien intressien kanssa, siis esimerkiksi kunkin (loukatun) aineellisen EU-oikeudenalan tavoitteiden kanssa. Kuten *Aine* on kilpailuoikeuden osalta todennut, kyse ei ole yksinomaan kilpailu- tai prosessioikeudellisesta pohdinnasta vaan niiden yhteisvaikutuksesta – vain tällä tavoin voidaan saavuttaa kestäviä tulkinta- ja soveltamisratkaisuja.¹¹⁰

3 OIKEUSVOIMASTA JA YLIMÄÄRÄISESTÄ MUUTOKSENHAUSTA KANSALLISISSA OIKEUSJÄRJESTYKSISSÄ

3.1 Aluksi

Ajatus tuomioistuinratkaisujen kyvystä saavuttaa lopullisuus, jolla on vaikutusta suhteessa tulevaan prosessaamiseen, on vahvasti rakenteistunut Euroopan ja sen ulkopuolisiinkin oikeusjärjestelmiin. Näin voidaan väittää huolimatta oikeusvoimaa koskevien käsitysten ja normien hajonnasta. Muun muassa British Institute of International and Comparative Law'n (BIICL) oikeusvertailevasta tutkimuksesta voidaan havaita lopulliseksi tulleen tuomion sitovan vaikutuksen tulevaisuuteen nähden olevan tutkituille maille yhteinen piirre, vaikka muun muassa tämän vaikutuksen ulottuvuus – se, missä laajuudessa vanha tuomio estää uuden menettelyn käynnistämistä – vaihtelee maiden välillä. Lähtökohtaisesti virheellinenkin tuomio saa oikeusvoimavaikutuksen viimeistään siinä vaiheessa, kun sitä vastaan ei enää voida ryhtyä tavanomaiseen muutoksenhakuun.¹¹¹

BIICL:n tutkimuksessa havaittiin kaikissa tutkittavissa maissa myös poikkeuskeinoja oikeusvoimavaikutuksen poistamiseen. Useimmiten kyse on jostakin erityisestä (”extraordinary”) oikeussuojakeinosta, jota voidaan käyttää lopullista tuomiota vastaan.¹¹² Niiden perusteiden kirjo, jotka täl-

¹¹⁰ *Aine* 2013 s. 344.

¹¹¹ *BIICL-tutkimusraportin* s. 12 ja oikeusvoiman ulottuvuuden oikeusvertailusta s. 14–35.

¹¹² Tällaisia keinoja löytyi kaikista tutkittavana olleista yhdeksästä maasta, jotka olivat Englanti, Ranska, Saksa, Alankomaat, Romania, Espanja, Ruotsi, Sveitsi ja Yhdysvallat (*BIICL-tutkimusraportin* s. 13 ja 18).

laiseen poikkeamiseen voivat oikeuttaa, tyypiteltiin tutkimuksessa 15 ryhmään. Luettelon alkupää muistuttaa Suomessakin tunnettuja ylimääräisen muutoksenhaun perusteita:

- ”(2) fraud by one of the parties in the course of the original proceedings leading to the judgment
- (3) prevention of a party – outside of his own fault – from appealing the judgment
- (4) the judgment is (clearly) erroneous
- (5) procedural deficiencies in the original proceedings leading to the judgment
- (6) new material factual evidence becomes available.”¹¹³

Tässä viitattujen perusteiden 2–6 osalta raportissa viitataan Saksan, Alankomaiden, Espanjan, Ruotsin, Englannin ja Romanian oikeuteen. Huomionarvoista on, että tuomion virheellisyyden osalta viitataan vain Ruotsin ja Saksan oikeuteen sekä Englannin oikeuden tietyissä olosuhteissa tarjoamiin mahdollisuuksiin.

Vaikka jo edellä esitetyn perusteella on alustavasti todettavissa, että yhtäältä oikeusvoimavaikutuksen ulottuvuutta ja toisaalta oikeusvoimaiseen tuomioon puuttumista ylimääräisin muutoksenhakukeinoin voidaan käsitellä erillisinä kysymyksinä, on samalla myönnettävä, että näillä kahdella ilmiöllä on selvä oikeushistoriallinen ja looginen yhteys. Ratkaisun lopullisuuteen puuttuvia ylimääräisiä muutoksenhakukeinoja ei nimittäin voida oikeusjärjestelmän kehityksessä tunnistaa – eikä ajatella tarvittavan – ennen kuin järjestelmässä on kehittynyt ajatus tuomioiden oikeusvoimaisuudesta eli siitä, ettei samasta asiasta voida toistuvasti prosessata.¹¹⁴ Poikkeuskeinon olemassaolo edellyttää loogisesti jonkin pääsäännön olemassaoloa.¹¹⁵ Niin oikeusvoimavaikutusta kuin siihen puuttumista ylimääräisen muutoksenhaun tietä koskee jo edellä käsitelty tasapainottelu yhtäältä oikeusvarmuuden, oikeusrauhan ylläpitämisen ja hyvän lainkäytön tavoitteiden ja toisaalta laillisuuden ja aineellisen totuuden tavoitteiden välillä.¹¹⁶

¹¹³ *BIICL-tutkimusraportin* s. 18–19.

¹¹⁴ Ks. *Tirkkonen* 1937 s. 54–55; *Männistö* LM 2004 s. 328.

¹¹⁵ Ylimääräistä muutoksenhakua käsitellään poikkeuskeinona tuomion oikeusvoimaa vastaan esim. teoksissa *Tirkkonen* 1933 s. 509; *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 125; *Lappalainen* 2001 s. 401; *Welamson – Munck* 2011 s. 169–170; *Pohlmann* 2014 s. 321.

¹¹⁶ Siviiliprosessin kannalta oikeusvoimavaikutuksen ulottuvuus tiettyssä oikeusjärjestelmässä tasapainottaa ja muotoaa tosin myös käytännöllisemmällä tasolla asianosaisten asemaa ja prosessiekonomiaa. Suppea oikeusvoimavaikutus maksimoi kantajan pääsyä tuomioistuimeen, mutta rasittaa vastaajaa, kun hän voi altistua usealle samaa asiakokonaisuutta koskevalle kanteelle. Laaja oikeusvoimavaikutus vaikuttaa päinvastoin. Prosessieko-

Normatiivisella tasolla oikeusvoiman ja ylimääräisen muutoksenhaun yhteys ilmenee muun muassa siinä, ettei purun hakijalla ole mahdollisuutta saada tuomiotaan puretuksi siltä osin, kuin kyse ei ole oikeusvoimaisesti ratkaistusta – ”samasta” – asiasta.¹¹⁷

Lähemmässä normatiivisessa tarkastelussa voidaan havaita oikeusvoimavaikutuksen ja ylimääräisen muutoksenhaun eriparisuus. Oikeusvoimavaikutuksen arviointi vastaa kysymykseen, mikä vaikutus aiemmassa oikeudenkäynnissä (ensiprosessi) annetulla tuomiolla on suhteessa *uuteen menettelyyn* (jälkiprosessiin) esimerkiksi sen käynnistämisen esteenä tai sitovan lähtökohdan asettajana. Tällöin uudessa menettelyssä arvioidaan vanhan tuomion vaikutuksia. Vanha tuomio jää voimaan, olipa sillä konkreettinen vaikutus johonkin uuteen menettelyyn tai ei. Ylimääräistä muutoksenhakua koskeva arviointi taas vastaa kysymykseen, milloin aiemmallä tuomiolla ratkaistu *yksi ja sama* asia voidaan ottaa käsiteltäväksi toistamiseen (tai mahdollisesti vain poistaa maailmankartalta). Tutkittaessa purkuhakemusta ei pohdita oikeusvoimaoppeja – paitsi siltä osin, että kyseessä on oltava oikeusvoimaisesti ratkaistu asia – vaan sitä, täytyvätkö laissa purkamiselle säädetyt edellytykset: Suomen oikeudessa esimerkiksi sitä, perustuuko tuomio ilmeisesti väärään lainsoveltamiseen. Purkuhakemuksen hyväksyminen poistaa lainvoimaiselta tuomiolta kaikki preklusiiviset ja muut vaikutukset samassa asiassa.¹¹⁸

Vaikka kysymyksenasettelu, joka koskee EU-oikeuden vastaisen lainvoimaisen tuomion kohtaloa, herättää perustellusti mielikuvan lähinnä yli-

nomian kannalta asia voidaan ilmaista niin, että suppea oikeusvoimavaikutus keskittää ja nopeuttaa yksittäistä oikeusprosessia, mutta voi lisätä oikeudenkäyntien lukumäärää. Laaja oikeusvoimavaikutus taas voi paisuttaa yksittäistä oikeudenkäyntiä mutta toisaalta ehkäistä toistuvaa prosessaamista. (Ks. esim. *Linna* LM 2015 s. 362.) Mielestäni tämä siviiliprosessin oikeusvoiman ulottuvuuteen liittyvä diskurssi on liitettävissä osaksi edellä käsiteltyä arviointia oikeussuhteiden vakaudesta ja (erityisesti vastaajan) oikeusrauhasta sekä hyvästä lainkäytöstä (esim. keskityksen ja joutuisuuden kannalta).

¹¹⁷ Ainoastaan mikäli asianosainen ei oikeusvoiman vuoksi voi nostaa asiasta enää uutta kannetta, voi hän yleensä turvautua tuomion purkamiseen, ja päinvastoin (*Leppänen – Välimaa* 1998 s. 126). Ks. myös *Jokela* 2009 s. 343; *Welamson – Munck* 2011 s. 170; KKO 2013:54. Hallintoprosessissa ks. purkuhakemuksen kohdentumisesta lainvoimaisesti ratkaistuun asiaan *Mäenpää* 2007 s. 597 sekä lähtökohtaisesti puuttuvasta purkuintressistä, kun käytössä on muu tehokas oikeussuojakeino, *ibid.* s. 609.

¹¹⁸ *Tirkkosen* mukaan ylimääräinen muutoksenhaku poistaa tuomiolta oikeusvoiman mutta ei lainvoimaa (ks. *Tirkkonen* 1937 s. 156). Mielestäni nykyisin asia voidaan nähdä pikemminkin päinvastoin, siis siten, että purkaminen poistaa tuomiolta lainvoiman ja *sen myötä* oikeusvoimavaikutuksen. Lainvoimaiseksihan määritellään nimenomaan sellainen ratkaisu, jota vastaan ei enää ole säännönmukaisia muutoksenhakukeinoja vaan vain ylimääräisiä. Ks. myös *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 173–174, jossa todetaan, että siltä osin kuin tuomio puretaan tai poistetaan, myös tuomion lainvoima kumoutuu.

määräisen muutoksenhaun relevanssista – virheellisyysuhan ei lähtökohtaisesti ole peruste kaventaa oikeusvoiman ulottuvuutta vaan mahdollinen purkuperuste – voi sillä olla vaikutusta oikeusvoiman ulottuvuuteenkin. EUT:n käytäntöä koskevassa jaksossa 4 havaitaan useita esimerkkejä tästä. Esimerkiksi asiassa C-505/14 Klausner Holz oli kysymys ensiprosessissa annetun tuomion, jolla vahvistettiin erään siviilioikeudellisen sopimuksen pätevyys tuolloin vedottujen seikkojen valossa, mahdollisesta oikeusvoimavaikutuksesta suhteessa jälkiprosessiin. Jälkimmäisessä menettelyssä toinen asianosaisista väitti ensi kertaa, että sopimus loukkaisi EU:n valtioneuvoston päätöksiä. Saksalainen tuomioistuin piti käsiään aiemman tuomion oikeusvoimavaikutuksen sitomina ja esitti EUT:lle kysymyksen EU-oikeuden mahdollisesta vaikutuksesta oikeusvoimaan. Vaikka olemassa ei olisi tarvetta purkaa ensiprosessissa annettua tuomiota tai kyseenalaistaa siinä tehtyjä päätelmiä sinänsä, voi syntyä sellainen EU-oikeuden vastainen tila, jonka oikaisemiseksi ensiprosessissa annetun tuomion oikeusvoimavaikutusta on kansallisen prosessioikeuden tasolla kavennettava. Klausner Holz -tapauksessa EUT:lla ei ollut mitään sitä vastaan, että ensiprosessissa annettu tuomio siinä tehtyine päätelmineen jätettiin voimaan, mutta ajatus oikeusvoiman ulottumisesta sellaisiinkin perusteisiin (EU:n valtioneuvoston vastaisuus), joita ensiprosessissa ei ollut käsitelty, oli EUT:lle tapauksen olosuhteissa liikaa.

Arvioitaessa lainvoimaisen ratkaisun asemaa tulevaisuuteen nähden voidaan oikeusvoiman ulottuvuutta koskevien oppien ja oikeusvoimaista ratkaisua vastaan käytettävien poikkeuskeinojen (ylimääräinen muutoksenhaku) ohella tunnistaa kolmantena prosessinormien kokonaisuutena sellaiset säännökset, jotka koskevat ratkaisun tehneen elimen mahdollisuutta itse oikaista tekemänsä ratkaisua, vaikka se olisi jo tullut lopulliseksi. Tällöin ei varsinaisesti ole kyse oikeusvoimaisuuteen puuttumisesta¹¹⁹ eikä ylimääräisen muutoksenhakukeinon käyttämisestä¹²⁰. Suomessa nämä itseoikaisukeinot ovat tuomioistuintoiminnassa hyvin rajoitettuja.¹²¹ Jatkossa

¹¹⁹ *Hepola* 2005 s. 372.

¹²⁰ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 7. Suomessa tosin poikkeuksena ovat käsillä olevan tutkimusteeman kannalta ei-relevantit, vuonna 2005 säädetyt OK 31:14a:n mukaiset tilanteet, joissa purkamista haetaan ratkaisun tehneeltä tuomioistuimelta, joka voi itse oikaista ratkaisuaan.

¹²¹ Yleisissä tuomioistuimissa kysymykseen tulee vain tiettyjen teknisluonteisten virheiden korjaaminen (OK 24:10, ROL 11:9) taikka tuomion täydentäminen siltä osin kuin siinä on jätetty lausumatta asianosaisen yksityisoikeudellisesta vaatimuksesta (OK 24:11–12, ROL 11:10–11). Hallintolainkäytössäkin voidaan korjata vain teknisluonteisia virheitä (HLL 56–57 §). Harkintavirheisiin tuomion oikaiseminen ei sovellu, vaan lähtökohtana on ankara itseoikaisukielto (*Lappalainen* 2001 s. 394; *Mäenpää* 2007 s. 576).

keskitytäänkin oikeusvoimaan ja ylimääräiseen muutoksenhakuun. Ratkaisun antaneen elimen omista oikaisumahdollisuuksista otetaan esiin vain hallintoviranomaisen mahdollisuus hallintopäätöksessään olevan asiavirheen korjaamiseen (hallintolain 50 §, jolla on relevanssia arvioitaessa Kühne & Heitz -kriteeristön vaikutusta).

3.2 Oikeusvoimasta Suomessa

Oikeusvoima kuuluu prosessioikeuden yleisiin oppeihin.¹²² Sitä koskevat normit ovat lainsäädännön puuttuessa kehittyneet Suomessa oikeustieteen ja oikeuskäytännön varassa.¹²³ Rikostuomion negatiivinen oikeusvoimavaikutus tosin esiintyy Suomea sitoviin kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin kirjattuna *ne bis in idem* -kieltona.¹²⁴ Tutkittaessa oikeusvoimaa eli tuomion sitovaa vaikutusta tulevaisuuteen nähden voidaan tarkastelussa erottaa yhtäältä oikeusvoiman *negatiivinen* (preklusiivinen) vaikutus eli este asian ottamiselle uudelleen tutkittavaksi sekä toisaalta oikeusvoiman *positiivinen* (prejudisiaalinen) vaikutus. Positiivinen vaikutus tarkoittaa velvollisuutta asettaa lopullisessa tuomiossa vahvistettu seikka sitovana uuden tuomion perustaksi silloin, kun kyseinen seikka on uudessa oikeudenkäynnissä esikysymyksen luonteinen. Jos esimerkiksi sopimuksen pätevyys on jo vahvistettu lainvoimaisella vahvistustuomiolla, ei sitä voida enää menestyksellä riitauttaa uudessa riita-asiassa, jossa vaaditaan sopimuksen perusteella myöhemmin syntyneen saamisen suorittamista. Positiivinen oikeusvoimavaikutus on tyypillisimmin siviiliprosessuaalinen ilmiö. Rikostuomiolla katsotaan yleisesti voivan olla siviiliprosessiin nähden todistusvaikutus, jonka vahvuus riippuu tapauskohtaisesta harkinnasta, ja päinvastoin.¹²⁵ Kategorisia sääntöjä ei voida antaa todistusvaikutuksesta tai positiivisesta oikeusvoimavaikutuksesta myöskään hallintoprosessin ja

¹²² Ks. esim. *Hepola* 2005 s. 47.

¹²³ Ks. esim. *Lappalainen* 2001 s. 406; *Linna* LM 2015 s. 366.

¹²⁴ EIS 7 lisäpöytäkirjan 4 artikla ja YK:n kansalaisyhteisöä ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen 14(7) artikla. Unionioikeuden alaan kuuluvissa asioissa on sovellettava EU:n perusoikeuskirjan 50 artiklaa. – Rikostuomion oikeusvoiman ulottuvuutta ei tässä lähemmin käsitellä, ks. tältä osin esim. *Jokela* 2015 s. 595 ss.

¹²⁵ *Jokela* 2015 s. 599–604; KKO 2011:58, k. 7–8; KKO 2014:72, k. 16. Tapauksessa KKO 2013:90 arvioitiin lainvoimaisessa rikostuomiossa tehdyn toteamuksen vaikutusta toisessa rikosasiassa. Toteamus koski erään ryhmittymän luonnehtimista järjestäytyneeksi rikollisryhmäksi rikoslain koventamisperusteen tarkoittamalla tavalla. Toteamukselle annettiin todistusvaikutus mutta ei positiivista oikeusvoimavaikutusta (k. 21).

rikosprosessin välisessä suhteessa, jossa kysymys voi niin ikään ajankoh-
taistua.¹²⁶

Oikeusvoimavaikutuksen laajuuden eli ulottuvuuden tarkastelussa voi-
daan erottaa kysymys siitä, *keitä tahoja* aiemman tuomion oikeusvoima
sitoo (*subjektiivinen ulottuvuus*), ja toisaalta kysymys siitä, missä laajuu-
dessa *tuomion sisältö* tulee sitovaksi uudessa oikeudenkäynnissä (*objektii-
vinen ulottuvuus*).¹²⁷ Näistä lähempään tarkasteluun otetaan
siviiliprosessuaalisen oikeusvoiman objektiivinen ulottuvuus, joka on
2000-luvun kuluessa kehittynyt laajaksi. Vallalla on KKO:n käytännössä
muotoutunut formaaliksi luonnehdittu oikeusvoimaoppi¹²⁸, jossa tuomion
oikeusvoima lähtökohtaisesti niputetaan kanteen muuttamismahdollisuuk-
siin ensimmäisessä oikeudenkäyntimenettelyssä.

Tässä mallissa keskeisenä lähtökohtana on, että kanteenmuutoksena
kielletty uusi vaatimus tai peruste on voitava saattaa uudella kanteella tut-
kittavaksi oikeusvoiman estämättä, kun taas kanteenmuutoksena sallitut
muutokset edellytetään prekludoitumisen uhalla tehtäviksi jo ensiproses-
sissa. Kun kanteenmuutoskielto esimerkiksi mahdollistaa laajalti uusien
seikkojen esittämisen kesken oikeudenkäynnin saman oikeusseuraamus-
vaatimuksen tueksi (OK 14:2.3), ei kantaja voi saada uutta, (asiallisesti)
samaa vaatimusta koskevaa kannetta tutkituksi perustamalla sitä uusiin
oikeustositseikkoihin.¹²⁹ Vastaajakaan ei luonnollisesti voi nostaa vasta-
suuntaista kannetta uusiin seikkoihin nojautumalla tehdäkseen tyhjäksi
vastapuolelle edullisen tuomion vaikutuksen.¹³⁰ Uudessa KKO:n käytän-
nössä vastaavanlainen ankara oikeusvoimaleikkuri näytetään omaksutun
suhteessa siihen kysymykseen, onko uutta oikeusseuraamusvaatimusta
koskeva kanne mahdollista nostaa nojautumalla samoihin oikeustositseik-
koihin kuin ensiprosessissa on tehty (esimerkiksi vaatimus hinnanalennuk-
sesta samojen kaupan kohteen virheiden perusteella, kun ensiprosessissa
vaatimus kaupan purusta ei menestynyt). Kun kanteenmuutoskielto mah-
dollistaa laajalti samoihin – tai vain olennaisesti samoihin (OK 14:2.1:n 3

¹²⁶ Ks. *Paso ym.* 2015 s. 234–236 ja siinä viitattu oikeuskäytäntö.

¹²⁷ *Lappalainen* 2001 s. 401–402 ja 405; *Jokela* 2015 s. 572–573 ja 580–613.

¹²⁸ Ks. *Linna* LM 2015 s. 356, jossa ilmaisulla viitataan oikeusvoiman ulottuvuuden
määrittelyyn formaalein säännöin vastakohtana esimerkiksi punnitsevalle tai tilanne-
herkälle lähestymistavalle.

¹²⁹ Oikeusvoiman kannalta KKO 2001:136 ja KKO 2008:43, kanteenmuutoskiellon kan-
nalta jo esim. KKO 1990:83, jota on pidetty linjanmuutosratkaisuna. Toisaalta ratkaisussa
KKO 2014:101 ei oikeusvoimapreklusiota katsottu syntyneeksi, vaikka oikeusseuraamuk-
sia voitaisiin pitää asiallisesti samoina, minkä johdosta ratkaisun ei ole katsottu systemaati-
sesti täysin istuvan KKO:n muutoin ankaraksi muotoilemaan formaaliin oikeusvoimaop-
piin (ks. *Linna* LM 2015 s. 358 ja 362).

¹³⁰ Näin jo esim. KKO 1992:91 ja KKO 1999:96.

kohta) – oikeustositseikkoihin nojautuvien vaihtoehtoisten tai kumulatiivisten vaatimusten esittämisen kesken prosessin, näytetään kantajalta lähtökohtaisesti edellytettävän, että hän esittää haluamansa vaatimukset ensiprosessissa oikeusvoimapreklusion uhalla.¹³¹

Vallitsevissa tulkinnoissa korostuu näin ollen vastaajan oikeusrauhan sekä oikeussuhteiden vakauden kunnioittaminen, ja prosessiekonomian kannalta oikeusjuttujen lukumäärän minimoiminen kenties yksittäisen prosessin keskityksen kustannuksella. Kantajan tuomioistuimeen pääsy taas rajoittuu, ja yksittäinen prosessi voi olla altis paisumiselle.

Toisaalta etenkin oikeustieteessä voidaan tunnistaa kehityssuunta kohti *tilanneherkäsi* luonnehdittua tapaa lähestyä tuomion preklusiovaikutusta. Tässä mallissa voitaisiin formaalia oikeusvoimaoppia paremmin ottaa huomioon myös kantajan oikeusturva ja pääsy tuomioistuimeen. Ajatuksen merkittävän kehittäjän *Jarkko Männistön* väitöstutkimuksessa painotetaan aiemman tuomioistuinkäsittelyn olosuhteiden huomioimista ja sen arvioimista, tuleeko toistuva prosessaaminen kussakin yksittäisessä tapauksessa estää kanneoikeuden väärinkäyttönä vai ei. Paitsi että ensiprosessissa muodollisesti (”formally litigated”) tai tosiasiallisesti käsitelty asia (”actually litigated”) voitaisiin jättää toisessa menettelyssä tutkimatta, voitaisiin myös aikaisempaan asiaan nähden erillinen kysymys jättää tutkimatta, jos se olisi pitänyt saattaa ratkaistavaksi jo ensimmäistä asiaa käsiteltäessä (laiminlyöntiperiaate, ”should have been litigated”). Tuomion preklusiovaikutus ei tällöin saisi ylittää sitä, mikä on tarpeellista sen tavoitteiden saavuttamiseksi eli haitallisesti toistuvan prosessaamisen ehkäisemiseksi: ”Only what is abusive enough should be precluded.”¹³² Tarvetta joustolle ja tapauskohtaiselle harkinnalle ovat pohtineet myös *Linna* ja *Jokela*.¹³³ Mielestäni KKO:n uuden käytännön perusteluissakin on viitteitä siitä, ettei oikeusvoimakysymystä ole tarkoitettu ratkaistavaksi yksinomaan täysin muodollisten, mekaanisten sääntöjen perusteella.¹³⁴

Suomen oikeudessa oikeusvoima nauttii tuomioiden pysyvyyden selityksperusteena ja pysyvyyssominaisuuksien määrittäjänä vahvaa asemaa si-

¹³¹ KKO 2013:23 (vaihtoehtoisen vaatimuksen prekludoituminen) ja KKO 2013:72 (lisävaatimuksen prekludoituminen).

¹³² Ks. *Männistö* 2013 esim. s. 156–157, 161–162, 175–188 ja 209–211.

¹³³ *Linna* LM 2015 s. 356 ja 365–366; *Jokela* 2015 s. 584–585.

¹³⁴ KKO 2013:72, k. 12: ”oikeusvoimavaikutus ulottuu yleensä...”; k. 16: ”Asiassa ei ole ilmennyt, että A:lla olisi ollut mitään *perusteltua* syytä olla esittämättä – – ensimmäisessä oikeudenkäynnissä”); KKO 2014:101, k. 11: ”*Nordealla ei ole ollut aikaisemmassa oikeudenkäynnissä syytä vedota* vaatimuksensa tueksi – – *oikeusvoiman tueksi esitetyt perusteet eivät puolla* sitä, että Nordean olisi jo tuolloin tullut oikeutensa säilyttämiseksi vedota lisäperusteena sanottuun A:n menettelyyn.” Kursivoinnit lisätty.

viili- ja rikosasioissa. Hallintoprosessissa oikeusvoimavaikutuksen ole-massaolo ja laajuus on ensinnäkin sidonnaisempi kunkin hallinnonalan lainsäädäntöön ja päätöksen luonteeseen.¹³⁵ Toiseksi Suomen hallinto- ja hallintoprosessioikeudessa voidaan tunnistaa murrosvaihe, jossa oikeusvoi-man merkitys päätösten pysyvyyden selittäjänä on ylipäätään vähenemässä. *Hepola* on väitöstutkimuksessaan esittänyt, että hallinto-oikeuden ja hallin-toprosessioikeuden yleisissä opeissa olisi aika luopua oikeusvoimaopista hallintopäätöksen pysyvyyden selityspäätteenä. Hänen mukaansa niin oi-keuskirjallisuudessa, valmistelutöissä kuin hallintolainkäytössä negatiivi-nen oikeusvoimavaikutus näyttää painuvan taustalle. Sen sijaan hän on esittänyt luottamuksensuojaperiaatteen vahvempaa omaksumista hallinto-päätösten pysyvyyden arviointiin. Samalla hän on todennut, ettei luotta-muksensuoja toisaalta tunnu soveltuvan kovin hyvin hallintopäätöksen *si-tovuuden* arviointiin (suhteessa toiseen menettelyyn tai eri viranomaisre-laatioon).¹³⁶ *Suvirannan* tutkimus ilmentää samaa kehitystä. Suviranta to-sin toteaa, että luottamuksensuojan periaate kantaa vain osan pysyvyyden ja muutoksen problematiikan kannalta merkittävistä näkökohdista, lähinnä vain pysyvyyttä tukevia näkökohtia, kun taas oikeusvoiman käsite kokoaa yhteen oikeastaan kaikki näkökohdat, joita punnitsemalla problematiikkaa voidaan arvioida.¹³⁷

Edeltävistä seikoista huolimatta voidaan pohtia, onko hallintoprosessis-sakin tehtävissä väljä jaottelu oikeusvoimavaikutuksen (tai muun pysy-vyysperusteen, sikäli kuin pysyvyys syntyy) ja ylimääräisen muutoksen-haun välille. Roolien erittely ei tunnu yhtä mielekkäältä kuin siviiliasiois-sa, mutta se on mielestäni mahdollinen. Ylimääräinen muutoksenhaku on nimittäin hallintoasioissakin tarkoitettu toissijaiseksi oikeussuojakeinoksi, joka on lähtökohtaisesti käytettävissä vain, kun käytössä ei ole muuta teho-kasta oikeusturvatiötä, kuten säännönmukaista muutoksenhakekokeina tai mahdollisuutta uuden hakemuksen tekemiseen lainvoiman saavuttaneen ratkaisun estämättä.¹³⁸

¹³⁵ *Suviranta* LM 2004 s. 1424–1425. Ks. myös *Hepola* 2005 esim. s. 371. Monet päätök-set eivät saa lainkaan pysyvyyttä (ks. esim. *Mäenpää* 2007 s. 581).

¹³⁶ *Hepola* 2005 s. 371–373 ja 376.

¹³⁷ *Suviranta* LM 2004 erit. s. 1435–1436.

¹³⁸ *Mäenpää* 2007 s. 599 ja 609.

3.3 Ylimääräisestä muutoksenhausta Suomessa

Ylimääräisellä muutoksenhaustalla on historiallinen taustansa kuninkaan oikeudessa purkaa vääräperusteiset ja liian ankarat tuomiot. Vuoden 1734 laista lähtien ylimääräisestä muutoksenhausta on säädetty oikeudenkäymiskaaren 31 luvussa, nykyisen sääntelyn ollessa pääosin vuodelta 1960.¹³⁹ Ylimääräiset muutoksenhakukeinot ovat *purku*, *kantelu* ja *menetetyn määrääjän palauttaminen*. Koska kirjoitukseni teema liittyy aineellisesti väärin tuomioihin, jätän menetetyn määrääjän palauttamisen tarkastelematta ja nostan menettelyvirheisiin liittyvästä tuomiovirhekantelustakin (OK 31:1–6) esiin vain yhden huomion.¹⁴⁰ Tuomiovirhekantelusuunnoksissa tarkoitettuihin menettelyvirheisiin tulee mielestäni katsoa kuuluvaksi tilanne, joissa ylin kansallinen tuomioistuin on EU-oikeuden vastaisesti laiminlyönyt velvollisuutensa ennakkoratkaisupyynnön esittämiseen EUT:lle silloin, kun tämän voidaan säännöksen mukaisesti otaksua vaikuttaneen lopputulokseen (eli etenkin kun lopputulos on ollut EU-oikeuden vastainen). EU-oikeudesta johtuvaa menettelyllistä velvollisuutta ei tule asettaa heikompaan asemaan kuin kansallisesta lainsäädännöstä johtuvaa.¹⁴¹ Hakemuksen tekemiselle varattu tiukahko kuuden kuukauden määräaika kansallisen ratkaisun *lainvoimaiseksi tulosta lukien* (OK 31:2.2) tosin estänee käytännössä useimpien sellaisten kanteluiden ajoissa tekemisen, jotka saavat pontimensa myöhemmästä EUT:n oikeuskäytännöstä.¹⁴² Luonnollisesti hakija voi perustaa vaatimuksensa myös ilmeisesti väärään EU-lainsäädännön soveltamiseen ja saada tältä osin edukseen pidemmän (purku)määräajan.¹⁴³

¹³⁹ Ks. kehityksestä (Ruotsi-)Suomessa lähemmin *Tirkkonen* 1937 s. 50–84; *Jokela* 2009 s. 439.

¹⁴⁰ Ks. muista kantelua koskevista kysymyksistä kilpailuoikeudellisissa asioissa *Aine* 2013 s. 340–341 ja *Andersson* 1999 s. 344–351. Näissä pohditaan erityisesti sitä, voiko tuomioistuimen laiminlyönti nostaa EU-kilpailuoikeudellinen aspekti esiin viran puolesta muodostaa kanteluperusteen.

¹⁴¹ Ks. myös *Pellonpää* 2010 s. 391.

¹⁴² Kun EIT tai vastaava ihmisoikeuksien valvontaelin on todennut oikeudenkäyntivirheen asian käsittelyssä, kantelu voidaan tehdä kuuden kuukauden kuluessa kyseisen *valvontaelimen lopulliseksi jääneen ratkaisun antamisesta* (OK 31:2.3).

¹⁴³ Mikään ei estä vetoamasta ylimääräisen muutoksenhaun yhteydessä useaan perusteeseen. Joissakin tilanteissa tuomioistuimella itselläänkin voi olla mahdollisuus tutkia hakemus viran puolesta jopa vedottuja perusteita laajemmin, ks. tämän epäselvän kysymyksen osalta *Rautio* 2012 s. 1239 ja *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 170. Oikeuskäytännössä esiintyneestä joustavuudesta purku- ja kanteluperusteiden välillä ja näiden muutoksenhakukeinojen soveltamisalojen osittaisesta päällekkäisyydestä ks. *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 162–164. Ks. EIS:een liittyvää tulkintakysymystä käsitellyt KKO 2014:93, jossa kohdat 4–6 ilmentävät hyvin joustavuutta purun ja kantelun välillä. Ks. hallintolainkäytön

Aineellisten virheiden osalta kysymykseen tulee tuomion *purkaminen*. Lainvoimainen tuomio voidaan riita-asiassa purkaa muun ohessa silloin, kun tuomio perustuu ilmeisesti väärään lainsoveltamiseen (OK 31:7.1:n 4 kohta). Purkua on tässä tapauksessa haettava KKO:lta *yhden vuoden* kuluessa purettavaksi haetun ratkaisun *lainvoimaiseksi tulosta* (OK 31:10.1:n viimeinen virke). Muiden purkuperusteiden tapauksissa (oikeuden jäsenen tms. rikollinen menettely; väärät asiakirjat tai lausumat; vetoaminen ”seikkaan tai todisteeseen, jota ei ole aiemmin esitetty ja sen esittäminen todennäköisesti olisi johtanut toiseen lopputulokseen”¹⁴⁴) vuoden määräaika laskeaan (vasta) siitä, kun hakija *sai tiedon* purkuperusteesta. Tämä määräaika ei kuitenkaan ala juosta ennen ratkaisun lainvoimaiseksi tuloa, vaikka tieto olisi käynyt ilmi ennen sitä (OK 31:10.1:n toinen virke). Purkua ei saa missään tapausryhmässä hakea yli viiden vuoden kuluttua ratkaisun lainvoimaiseksi tulosta, ellei hakemuksen tueksi esitetä erittäin painavia syitä (OK 31:10.2). Tämä ”viiden vuoden kattosääntö” ei pidennä ilmeisesti väärää lainsoveltamista koskevaa yhden vuoden määräaika lainvoimaiseksi tulosta lukien – ratkaisun KKO 1994:111 mukaan ei siis edes ”erittäin painavia syitä”-poikkeuksen osalta.

Rikosasioissa tuomion purku syytetyn eduksi ei ole lainkaan määräaikaan sidottu (OK 31:10). Purkua syytetyn vahingoksi koskee yhden vuoden määräaika ilman mahdollisuutta viiden vuoden kattosääntöön. Syytetyn vahingoksi tapahtuva purku ei voi perustua ilmeisesti väärään lainsoveltamiseen (OK 31:9 vrt. OK 31:8), mikä ilmentää osaltaan syytetyn oikeusrauhan ja oikeusvarmuuden painottamista.

Hallintoasiassa päätös voidaan hallintolainkäyttölain (HLL, 586/1996) 63.1 §:n mukaan purkaa,

- 1) jos asiassa on tapahtunut menettelyvirhe, joka on voinut olennaisesti vaikuttaa päätökseen;
- 2) jos päätös perustuu ilmeisesti väärään lain soveltamiseen tai erehdykseen, joka on voinut olennaisesti vaikuttaa päätökseen; tai
- 3) jos asiaan on tullut sellaista uutta selvitystä, joka olisi olennaisesti voinut vaikuttaa päätökseen, eikä hakijasta johdu, että uutta selvitystä ei ole aikanaan esitetty.

puolella KHO 2010:44 esimerkkinä sellaisesta ylimääräisestä muutoksenhakemuksesta, jossa hakija vetosi sekä aineellisen EU-lainsäädännön ilmeisesti väärään soveltamiseen että menettelyvirheeseen, kun EUT:lta oli laiminlyöty pyytää ennakkoratkaisua.

¹⁴⁴ Viimeksi mainitussa tilanteessa edellytetään OK 31:7.2:n mukaan, että asianosainen saattaa todennäköiseksi, ettei hän ole voinut vedota kyseiseen seikkaan tai todisteeseen siinä oikeudessa, joka on antanut tuomion, tai hakemalla muutosta tuomioon taikka että hän muutoin on pätevästä syystä ollut vetoamatta siihen.

Tämän lisäksi ns. purkukynnyksen on ylityttävä, toisin sanoen päätöksen on loukattava yksityisen oikeutta tai julkisen edun on katsottava vaativan sen purkamista (HLL 63.2 §). Purkua on haettava KHO:lta viiden vuoden kuluessa päätöksen lainvoimaiseksi tulemisesta tai erityisen painavasta syystä tämän jälkeenkin (HLL 64 §). Purkamisen ohella hallintolainkäyttölaissakin säädetään menettelyvirheisiin liittyvästä kantelusta (HLL 59–60 §). Määräaika on kuusi kuukautta päätöksen lainvoimaiseksi tulosta lukien, kun perusteena on muu menettelyvirhe, joka on voinut olennaisesti vaikuttaa päätökseen. Sama määräaika lasketaan siitä, kun kantelija sai tiedon päätöksestä, jos hakemus perustetaan kuulematta jättämiseen. Koska hallintolainkäytössä menettelyvirheen perusteella voidaan hakea myös purkua, HLL 63.3 §:ään on otettu purun ja kantelun suhdetta selventävä säännös. Sen mukaan purkua ei saa hakea, jos päätöksestä voidaan samalla perusteella tehdä perustevalitus tai kantelu. Purun tai kantelun kohteena voi olla niin viranomaisen hallintopäätös kuin hallintotuomioistuimen lainkäyttöpäätös.¹⁴⁵

Purkamisesta on pidettävä erillään viranomaisen mahdollisuus asiavirheen korjaamiseen hallintolain 50 §:n mukaan. Viranomainen voi esimerkiksi ilmeisesti väärän lainsoveltamisen tai menettelyvirheen johdosta poistaa päätöksensä ja ratkaista asian uudelleen pykälässä säädetyn edellytyksin. Päätöksen korjaaminen ei ole mahdollista, jos päätöstä koskeva muutoksenhaku on lainvoimaisesti ratkaistu.¹⁴⁶

Edellä olevia purkunormeja tarkasteltaessa havaitaan erityisesti kahden kysymyksen nousevan hakijan kannalta ratkaisevaan rooliin: ovatko purulle säädetyt aineelliset edellytykset käsillä ja onko purkuhakemus tehty määräajan puitteissa. Molemmat kysymykset ovat tutkittavana olevan teeman, EU-oikeuden vastaisen tuomion lopullisuuden, kannalta keskeisiä.

Mitä tulee *aineellisiin purkuedellytyksiin*, relevantein normi (OK 31:7.1:n 4 kohta) edellyttää sen arvioimista, onko lakia sovellettu ilmeisesti väärin. Ilmeisyysarviointi voi toisinaan olla hankalaa. Ilmeisyys viittaa virheen selvyyteen eli ei-tulkinnanvaraisuuteen,¹⁴⁷ eikä se siis muodosta esimerkiksi virheen vakavuutta koskevaa korotettua kynnystä. Edellytys ”lain” soveltamisesta ei taas itsessään ole kovin ongelmallinen, sillä lain ymmärretään nyttemmin merkitsevän ylipäänsä tuomion normatiivista pe-

¹⁴⁵ Mäenpää 2007 s. 597.

¹⁴⁶ Kulla 2012 s. 300.

¹⁴⁷ Leppänen – Välimaa 1998 s. 148. Oikeuskäytännössä on katsottu, että siinä tarkoitetaan tilannetta, jossa lakia on sovellettu selvästi ja kiistattomasti väärin (KKO 2009:80, k. 6; KKO 2011:43, k. 13).

rustaa: ”tähän periaatteessa kuuluu kaikkien normaalien oikeuslähteiden käyttö hyväksyttävien laintulkintasääntöjen edellyttämällä tavalla”.¹⁴⁸ EU-oikeuden vastaisuutta onkin meillä jo useita kertoja arvioitu ilmeisesti väärää lainsoveltamista koskevaa purkusäännöstä vasten, olipa välittömänä vaikuttimena EU-säädöksen sanamuodon tai EUT:n sille vahvistaman tulkinnan vastaisuus.¹⁴⁹ Varsinaista erityiskohtelua EU-oikeuden vastaisuudelle ei tässä suhteessa kuitenkaan näytetä annetun.¹⁵⁰

Purkuedellytysten osalta myös esittämättä jäänyttä uutta seikkaa¹⁵¹ koskeva OK 31:7.1:n 3 kohta voi olla relevantti, vaikka se ei laintulkintaan tai esimerkiksi soveltamiskäytäntöä muuttaviin oikeustapauksiin sovellukaan. Jos päätöksenteossa on esimerkiksi sivuutettu jokin käsillä olevaa tapausta koskeva ratkaisu, kuten komission tai kansallisen kilpailuviranomaisen päätös – eikä vain tulkintakäytäntöä yleisesti muuttava tai kehittävä päätös

¹⁴⁸ Näin *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 147. Ks. Ruotsissa samansuuntaisesti *Andersson JFT* 2001 s. 165–166, jossa asia linkitetään oikeuslähdeopin ja laintulkinnan kehitykseen yhteiskunnassa. Vrt. *Rautio* 2012 s. 1222–1223 sekä *HE 46/2014* s. 93, jossa hyödyntämiskieltojen yhteydessä lausutaan OK 31 luvun purkuperusteen tulkinnasta ja katsotaan (vain) vahvan ja vakiintuneen (kansallisen) oikeuskäytännön vastaisuuden voivan sisältyä käsitteen piiriin, ”jos sitä voidaan pitää vahvuudeltaan tavanomaisena oikeutena” (samanlaisesti asiaa lähestyy *Lager* 1972 s. 174–175). En itse pidä mielekkäänä sitä, että ”lain” soveltamisen virheellisyys purkusäännöksen valossa pääteltäisiin tiukasti sen perusteella, mikä on sivuutetun oikeuslähteen muodollinen status, vaan pidän Leppäsen ja Välimaan toteamusta osuvimpana. Sen sijaan selvää lienee, että mitä heikommin velvoittavan oikeuslähteen perusteella virheen olemassaolo ylipäänsä kyetään päättelemään, sitä epätodennäköisemmäksi lähtökohtaisesti jää virheen *ilmeisyyttä* koskevan kriteerin täyttyminen.

¹⁴⁹ Keskeisinä esimerkkeinä voidaan mainita KKO:n käytännöstä ennakkoratkaisut 2007:34 ja 2007:35 ja KHO:n käytännöstä 2006:68, 2009:99, 2010:44, 2010:45, 2011:38, 2013:199 ja 2014:183. *Kannisen* (2014 s. 197) mukaan KHO 2011:38 oli ensimmäinen ratkaisu, jolla KHO purki oman ratkaisunsa ennakkoratkaisupyynnön esittämisen laiminlyönnin perusteella.

¹⁵⁰ Tässä artikkelissa ei analysoida Suomessa tehtyjä purkuratkaisuja, ks. väitteen tueksi *Miettinen LM* 2012 s. 430 ja 433; *Pellonpää* 2010 s. 388. Varsinaisena erityiskohteluna ei voitane pitää sitä, että EUT:n prejudikaatti, toisin kuin uusi tai muuttunut kansallinen oikeuskäytäntö (ks. esim. KKO 2011:43, k. 13 *in fine*), kykenee tuottamaan *taannehtivan* purkuvaikutuksen. Tämä johtuu jo EUT:n ratkaisujen oikeuslähdeopillisesta asemasta ja vaikutuksista: EUT vahvistaa (”toteaa”), miten EU-lainsäädäntöä olisi tullut tulkita sen voimaantulosta lähtien. – Ks. vertailevasti EIS:n puolella *varauksellisesta* suhtautumisesta EIT:n käytännön taannehtivan purkuvaikutukseen KKO 2014:93, jossa lähestymistapaa perustellaan muun muassa ihmisoikeusnormien tulkinnan evolutiivis-dynaamisella kehityksellä ja sillä, että taannehtivan purkuvaikutuksen myöntäminen voisi olla omiaan ehkäisemään tällaista kehitystä (k. 20).

¹⁵¹ Seikka ei voi olla siinä mielessä ”uusi”, että se olisi syntynyt vasta tuomion antohetken jälkeen (*Leppänen – Välimaa* 1998 s. 143). Tällöin se olisi nimittäin *jälkisattumus*, joka oikeuttaa uuden kanteen nostamiseen.

(esim. EUT:n tulkintakannanotto) – käsillä voi olla purkumääräajaltaan edullisempi 3 kohdan mukainen ”uusi seikka”.¹⁵²

Purkuhakemuksen tekeminen *määräajassa* on usein ratkaiseva kohta-lonkysymys etenkin haettaessa purkua EUT:n käytännön kautta ilmenneiden virheiden perusteella. Siviiliprosessin ja hallintoprosessin välillä valitsee ilmeisesti väärän lainsoveltamisen tapauksessa silmiinpistävä ero (yksi vuosi vs. viisi vuotta lainvoimaiseksi tulosta). Hallintoprosessin pitkä määräaika kompensoi pysyvyyttä puoltavien intressien näkökulmasta toisaalta HLL 63.2 §:n purkukynnyssäännös. Siviiliprosessissa oikeusvarmuutta taas pyritään turvaamaan tiukan määräajan avulla. Eräänä perusteluna siviiliprosessin lyhyelle määräajalle voitaneen pitää sitä, että siviiliprosessissa käsitellään tyypillisesti yksityisten välisiä riitoja, joissa oikeussuhteiden vakauden ja oikeusvarmuuden turvaamiseen voidaan ajatella olevan painavampi syy kuin yksityinen–valtio-relaatioissa. Rikosprosessissa purku vastaajan eduksi voi tapahtua ilman aikarajaa. Jos esimerkiksi langettava rikostuomio on perustunut myöhemmän EUT:n oikeuskäytännön valossa ei-hyväksyttävään kansalliseen kriminalisointiin,¹⁵³ rikoksesta tuomittu henkilö voi määräajan estämättä vedota EUT:n ratkaisun *ex tunc*-vaikutukseen.

Siviiliprosessin sisäisesti vallitsee silmiinpistävä ero ilmeisesti väärää lainsoveltamista koskevan purkumääräajan suhteessa muihin tapauksiin, joita koskee ”viiden vuoden kattosääntö”. Kattosäännöksen piiriin voitaisiinkin EU-oikeuden loukkaustilanteissa päästä vain, jos EU-oikeuden loukkauksen yhteydessä olisi syyllistytty OK 31:7.1:n 1 kohdassa tarkoitettuun (virka)rikokseen, tai sellaisessa siviiliprosessuaalisten oppien kannalta ongelmallisena pidetyssä tulkinnassa, että EUT:n myöhempi tulkintakannanotto rinnastettaisiin OK 31:7.1:n 3 kohdassa tarkoitettuun uuteen seikkaan tai todisteeseen.¹⁵⁴ Korkein oikeus on ratkaisussaan KKO 2007:35

¹⁵² Ks. *Aine* 2013 s. 332–333. Kansallisella tuomioistuimella on velvollisuus ottaa huomioon komission kilpailuoikeudelliset soveltamispäätökset (asetuksen (EY) 1/2003 16 artikla). – Ks. kansallisella tasolla KKO 2006:3, jossa pidettiin ”uutena seikkana” sellaista KKO:n omaa purkuratkaisua KKO 2004:56, joka koski samaa vastaajaa ja jonka myötä putosi pohja pois myös nyt purettavaksi haetulta langettavalta rikostuomiolta. Kyse ei ollut laintulkintakäytännön muuttumisesta, vaan siitä, että vastaajan menettelyä koskeva ensimmäinen ratkaisu (ratkaisussa 2004:56 purettavaksi haettu hovioikeuden tuomio) sisälsi välittömästi relevantin kannanoton jälkimmäisen asian (ratkaisussa 2006:3 purettavaksi haettu hovioikeuden tuomio) syyksilukemisen kannalta.

¹⁵³ Ks. esim. KKO 2007:11, tapauksen otsikko.

¹⁵⁴ Ks. *Koulu* 2007 s. 238. Siitä ongelmallisuudesta, joka koskee EUT:n ratkaisun rinnastamista uuteen (oikeustosi)seikkaan tai todisteeseen, ks. *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 141–142; Ruotsissa *Andersson* JFT 2001 s. 177. Tapauksessa KKO 2008:24 torjuttiin uutena seikkana jopa EIT:n *samassa asiassa* antama tuomio, jossa todettiin purkua hakeneen

pitäytynyt tiukasti yhden vuoden määräajassa myös sellaisissa tilanteissa, joissa purkuhakemus perustetaan EU-oikeuden ja EUT:n käytännön¹⁵⁵ vastaisuuteen. Toisaalta KKO on *Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen samassa asiassa antaman ratkaisun* vaikutuksen osalta joutanut toisella tapaa: se sivuutti purun määräaikaan koskevan säännöksen ja totesi sivuuttamisen ehtona olevan, että purkuhakemus on tehty ”ilman aiheetonta viivytystä sen jälkeen, kun [EIT] on lopullisessa ratkaisussaan todennut tuomioon sisältyneen ihmisoikeusloukkauksen”.¹⁵⁶

EU-oikeudessa on vahvana lähtökohtana tehokkuusperiaatteen valossa kohtuullisina pidettävien preklusiivisten määräaikaisten hyväksyttävyyden, kunhan ne eivät vastaavuusperiaatteen vastaisesti kohtele EU-oikeudesta johtuvia oikeuksia kansallisia huonommin.¹⁵⁷ Vastaavuusperiaate ei edellytä vastaavuutta kahden erilaisen *kansallisen* prosessilinjan välille, kuten äskettäin *Târşia*-tuomiossakin muistutettiin.¹⁵⁸ Julkisasiamies Jääskinen taustoitti *Târşian* ratkaisuehdotuksessa erinomaisesti syitä eri prosessilajien lopullisuusnormien erilaisuuteen:

”Lainvoimaisiksi tulleissa siviili-, rikos- ja hallinto-oikeudellisissa tuomioissa on joka tapauksessa perusteltua soveltaa eri perusteita oikeusvoiman periaatteesta poikkeamiselle. Näillä tuomioillahan on eri oikeusvaikutukset, ja myös oikeusvoiman periaatteesta sallittujen poikkeuksien (jos niitä on) määrittelyyn liittyvät oikeuspoliittiset näkökohdat ovat kunkin tapauksessa erilaiset. Siviilituomioissa oikeusvarmuudella ja lainvoiman saaneella tuomiolla vahvistettujen oikeussuhteiden vakaudella on ensisijaisen tärkeä merkitys. Rikostuomion purkamiselle väärin tuomitun henkilön eduksi ei sitä vastoin saisi asettaa liian tiukkoja edellytyksiä. Hallinto-oikeudessa yksityisten oikeuksien suojaan ja laillisuusperiaatteeseen liittyvät intressit voivat oikeuttaa suhtautumaan lainvoiman saaneiden tuomioiden purkamiseen joustavammin kuin siviilituomioiden tapauksessa.”¹⁵⁹

henkilön rikoksesta tuomitsemisen merkinneen EIS:n loukkausta.

¹⁵⁵ Tapauksessa KKO 2007:35 purun hakija vetosi asian KKO 2005:145 yhteydessä saatun EUT:n tuomioon asiassa C-537/03 *Candolin ym.* [2005] Kok. I-5745.

¹⁵⁶ KKO 2011:100, k. 21. Ks. tämän johdosta *Linna* LM 2012.

¹⁵⁷ Ks. esim. *Lenaerts ym.* 2014 s. 121. Oikeuskäytännössä esim. 33/76 *Rewe*, tuomion k. 5; C-208/90 *Emmott* [1991] ECR I-4269, tuomion k. 16; C-2/06 *Kempter*, tuomion k. 58 ja 60. Kokonaiskuvasta, jossa EUT suvaitsee melko pitkälle meneviä kansallisia preklusio-, vanhentumis- ja oikeusvoimasääntöjä vastapainona oikeuskäytäntönsä taannehtiville vaikutukselle, ks. *Andersson* JFT 2001 s. 164 ja 176.

¹⁵⁸ C-69/14 *Târşia*, tuomion k. 34.

¹⁵⁹ C-69/14 *Târşia*, ratkaisuehdotuksen k. 50.

3.4 Ruotsin, Saksan ja Ranskan oikeudesta

Ruotsin, Saksan ja Ranskan oikeudesta voidaan lukuisista pintatason eroavaisuuksista huolimatta tunnistaa ainakin siviiliprosessin osalta samanlaiset perusrakenteet kuin Suomen oikeudesta. Esimerkiksi sekä lainvoima että oikeusvoima löytävät näistä oikeusjärjestyksistä vaivatta vastinparinsa.¹⁶⁰ Oikeusvoiman ulottuvuuden tarkastelussa löydetään niin objektiivinen (asiallinen) kuin subjektiivinen (henkilöllinen) puoli, ja toisaalta oikeusvoimaoppeihin liittyy ajatus niin oikeusvoiman negatiivisesta (preklusiivisesta) kuin positiivisesta (prejudisiaalisesta) vaikutuksesta.¹⁶¹

Kaikkien edellä mainittujen maiden oikeusjärjestyksistä löytyy myös *ylimääräisiä muutoksenhakukeinoja* koskevia säännöksiä. *Ruotsalaiset* normistot muistuttavat suomalaisia hyvin läheisesti. *Saksassa* tunnetaan useita mahdollisuuksia ratkaisun lopullisuuteen puuttumiseksi.¹⁶² EU-oikeuden vastaisuuden korjaamiseen sopivaa keinoa ei periaatteessa ole,¹⁶³ mutta myöhemmän EUT:n tuomion *ex tunc* -vaikutuksen kannalta voidaan nostaa esiin kaksi kiinnostavaa vertailukohtaa.

Perustuslakituomioistuimen todettua perustuslakivalituksen (Verfassungsbeschwerde) johdosta tietyn tuomion perustuslain vastaiseksi, se voi kumota ratkaisun ja palauttaa asian toimivaltaiseen tuomioistuimeen (Bundesverfassungsgerichts-Gesetz 95.2 §). Mikäli vastaavuusperiaatteen katsotaan EU-oikeudessa edellyttävän EU-oikeuden vastaisuuden ja kansallisen perustuslain vastaisuuden rinnastamista, tarkoittaisi tämä mahdollisesti perustuslakivalituksen käyttöalan laajenemista EU-oikeuden vastaisiin tuomioihin.¹⁶⁴ Jo nykyisellään Saksassa vakava EUT:n ennakkoratkaisun pyytämistä koskeva laiminlyönti voi loukata perustuslain (Grundgesetz) 101 §:ssä turvattua oikeutta lailliseen tuomioistuin-käsittelyyn.¹⁶⁵ Toinen huomio koskee tilannetta, jossa kansallisen ratkaisun ristiriitä EIS:n kanssa ilmenee myöhemmästä EIT:n ratkaisusta. Tässä tilanteessa EIS:n loukkaukseen perustuva lainvoimainen kansallinen tuomio voidaan Zivilprozessordnung 580.8 §:n mukaisen Restituti-

¹⁶⁰ Ruotsissa laga kraft / rättskraft, Saksassa formelle Rechtskraft / materielle Rechtskraft, Ranskassa force de chose jugée / autorité de la chose jugée.

¹⁶¹ Ruotsissa ks. Lindell 2012 s. 341–364; Saksassa Pohlmann 2014 s. 307–317; Ranskassa Guinchard – Vincent 2003 s. 230–232.

¹⁶² Näitä ovat ainakin Abänderungsklage; Wiederaufnahme des Verfahrens; Nichtigkeitsklage, Restitutionsklage; vorsätzliche sittenwidrige Schädigung; Verfassungsbeschwerde.

¹⁶³ Näin Dittert 2014 s. 67.

¹⁶⁴ Juuri tällaista rinnastusta ehdotetaan asian C-69/14 *Târșia* ratkaisuehdotuksen kohdassa 53.

¹⁶⁵ Ks. Dittert 2014 s. 62 ja siinä viitattu oikeuskäytäntö.

onsklage-oikeuskeinon avulla poistaa. Saksalaisessa oikeuskäytännössä tätä ei kuitenkaan sovelleta analogisesti EUT:n myöhemmän tuomion myötä ilmi käyviin virheisiin.¹⁶⁶

Ranskassakin tunnetaan ylimääräisenä muutoksenhakuna pidettäviä keinoja,¹⁶⁷ mutta yksikään niistä ei tunnu soveltuvan sellaisen lainvoimaisen tuomion korjaamiseen, jota on jäänyt rasittamaan EU-oikeudellinen virhetulkinta.¹⁶⁸ Tällainen lausuma – yhdistettynä havaintoon, ettei lainsoveltamisvirhettä mitenkään ”yleiseurooppalaisesti” tunnusteta suoraksi purkuperusteeksi¹⁶⁹ – havahduttaa huomaamaan suomalaisen tilanteen vahvuudet: meillä tunnetaan EU-oikeuden(kin) loukkauksen korjaamiseen soveltuvia ylimääräisiä muutoksenhakukeinoja kaikissa prosessilajeissa, vaikka EU-oikeuden vastaisuus ei erityiskohtelua saisikaan. Ranskan korkeimmalle oikeudelle (Cour de cassation) tehtävä kassaatiovalitus voidaan toki perustaa yhtä hyvin EU:n kuin kansallisen oikeuden vastaisuuteen. Kun kassaatiovalitus on kuitenkin tehtävä kahden kuukauden kuluessa valituksenalaisen tuomion tiedoksiannosta,¹⁷⁰ tämä oikeuskeino rinnastuu pikemminkin tavanomaiseen kuin ylimääräiseen muutoksenhakuun. EIT:n toteaman ihmisoikeussopimuksen loukkauksen varalta Ranskan rikosprosessilaisissa on sen sijaan erityinen purkusäännös (Code de procédure pénale 626 §). Vastaavaan tapaan EIS:n loukkaustilanteiden varalta on otettu erityinen purkusäännös rikosprosessilakiin myös esimerkiksi Belgiassa (Code d’instruction criminelle 442 bis §) ja Alankomaissa (Wetboek van Strafvordering 457 §).

Ratkaisun tehneessä viranomaisessa tapahtuvan *uudelleenkäsittelyn* mahdollisuudesta, joka on pidettävä erillään purkumahdollisuudesta, on *Ruotsin* hallintolaisissa Suomen hallintolain 50 §:n tapaan säännös (Ruotsin förvaltningslagen 27 §). *Saksassa* lopullinen hallintopäätös voidaan käsitellä uudelleen harkinnanvaraisesti hallintomenettelylain (Verwaltungsverfahrgesetz) 48 §:n perusteella. Uudelleenkäsittelyyn on velvollisuus saman lain 51 §:n mukaisissa tilanteissa, joiden joukossa mainitaan viittaussäännöksenä Zivilprozessordnung 580 §:n mukaiset tilanteet. EU-oi-

¹⁶⁶ Dittert 2014 s. 68.

¹⁶⁷ Ks. siviiliprosessissa *Guinchard – Vincent* 2003 s. 1048 ss.

¹⁶⁸ Näin *Dubos ym.* 2014 s. 211 ja 216–218. Ainoana poikkeuksena kirjoittajat mainitsevat oikeuskäytännössä kehittyneen oikeuskeinon *recours dans l’intérêt de la loi*, jota vain asianomaisen toimialan ministeri voi käyttää oikeuskäytännön yhtenäisyyden nimissä (oikeuskeinon hyväksymisellä ei poisteta kyseisen ratkaisun konkreettisia oikeusvaikutuksia, joten se ei rinnastu tämän artikkelin kohteena oleviin oikeuskeinoihin).

¹⁶⁹ *BIICL-tutkimusraportin* s. 18 alaviite 66.

¹⁷⁰ *Guinchard – Vincent* 2003 s.1073; Code de procédure civile 528 ja 612 §.

keuden loukkauksen korjaaminen voi tulla kysymykseen lähinnä harkinnanvaraisen uudelleen käsittelyn kautta, eikä subjektiivista oikeutta uudelleen käsittelyyn siten ole.¹⁷¹ *Ranskassa* hallintopäätösten oikeusvoimaa (autorité de chose décidée) pidetään heikompana kuin tuomioiden oikeusvoimaa.¹⁷² Hallinnolla on erityisen laajat mahdollisuudet käsitellä uudelleen sellainen hallintopäätös, jota ei ole riitautettu tuomioistuimessa ja joka ei luo yksityiselle oikeuksia.¹⁷³

Suomen, Saksan, Ranskan ja Benelux-maiden prosessilait eivät ole ainoita esimerkkejä siitä, että kansallisen ratkaisun pysyvyydestä EIS:n loukkaustilanteissa on erityissäännöksiä. Tällaisten säännösten taustalla voidaan arvioida olevan erityisesti Euroopan neuvoston ministerikomitean suositus R(2000)2. On todettu, että harvassa ovat vastaavat esimerkit EUT:n tuomioihin liittyvistä purkusäännöksistä.¹⁷⁴ Tällaisia esimerkkejä löytyy kuitenkin ainakin Romanian hallintoprosessista¹⁷⁵ ja Slovakian siviiliprosessista¹⁷⁶, ja ne menevät siis ”unionin oikeudessa edellytettyä pidemmälle”¹⁷⁷.

4 EU-TUOMIOISTUIMEN OIKEUSKÄYTÄNTÖ

4.1 Aluksi

Edellä on tarkasteltu virheellisen ratkaisun pysyvyyttä koskevaa intressikonfliktia (jakso 2) ja sen käsittelyssä käytettävää prosessuaalista viitekehystä kansallisen oikeuden tasolla (jakso 3). Seuraavaksi tarkastellaan EU-oikeuden tässä viitekehyksessä asettamia vaatimuksia EUT:n keskeisimpien ennakkoratkaisujen avulla. Ratkaisut on ryhmitelty prosessuaalisiin perustein, siis yhtäältä oikeusvoiman ulottuvuutta ja toisaalta purkua

¹⁷¹ *Dittert* 2014 s. 70–72 ja 75. Uudelleen käsittelyä koskevista saksalaisista säännöksistä ks. myös C-2/06 *Kempter*, tuomion k. 5–7.

¹⁷² *Dubos ym.* 2014 s. 202.

¹⁷³ *Dubos ym.* 2014 s. 208–209.

¹⁷⁴ *Kornezovin* (CMLR 2014 s. 830 ja 835) mukaan yhdessäkään EU:n jäsenvaltiossa ei olisi säädetty myöhempään EUT:n tuomioon liittyvästä purkumahdollisuudesta.

¹⁷⁵ Romanian hallintolainkäytöstä annetun lain (554/2004) 21 §:n mukaan purkuperusteena voi olla EU-oikeuden ensisijaisuuden periaatteen loukkaus lainvoimaisella tuomiolla (ks. C-69/14 *Târșia*, ratkaisuehdotuksen k. 9).

¹⁷⁶ Slovakian siviiliprosessilakiin (99/1963) otettiin vuonna 2008 uusi 228 §:n e-kohta, jonka mukaan lainvoimainen tuomio voidaan purkaa, jos se on EUT:n tuomion tai muun EU-elimen päätöksen vastainen (ks. C-507/08 *Komissio v. Slovakia*, ratkaisuehdotuksen k. 54).

¹⁷⁷ C-69/14 *Târșia*, ratkaisuehdotuksen k. 33.

tai uudelleenkäsitteilyä eri prosessilajeissa koskeviin ryhmiin. Välitystuomioiden lopullisuutta koskevat ratkaisut *Eco Swiss* ja *Asturcom Telecomunicaciones* jätetään erikseen tarkastelematta niiden tarjoaman rajallisen lisäarvon vuoksi.¹⁷⁸ Oikeuskäytäntöä tarkastellaan erityisesti sen valossa, millaisiin seikkoihin EUT on kiinnittänyt huomiota arvioidessaan ratkaisujen lopullisuuteen puuttumista muodossa tai toisessa.

4.2 Oikeusvoiman ulottuvuus

4.2.1 Oikeuskäytäntöä

A) *Köbler*-tuomion (2003) mukaan ensiprosessissa annetun EU-oikeuden vastaisen tuomion oikeusvoima ei saa estää valtiota vastaan nostetun, EU-oikeuden loukkaukseen perustuvan vahingonkorvauskanteen tutkimista. EUT:n perustelujen mukaan ”[m]enettelyllä, jossa vaaditaan valtion vahingonkorvausvastuun toteamista, ei ole sama kohde eikä välttämättä samat asianosaiset kuin menettelyssä, joka on johtanut oikeusvoiman saaneeseen lopulliseen päätökseen”.¹⁷⁹ Juuri tämä argumentti oli keskeinen perustelu oikeusvoiman sivuuttamiselle, eikä EUT pitänyt tarpeellisena tukeutua mihinkään tiettyyn EU-oikeuden vaikutustapaan. Mielestäni lopputulos on väistämätön – päinvastainen tulkinta tekisi mahdottomaksi vahingonkorvauksen vaatimisen kansallisen tuomioistuimen menettelystä aiheutuneesta vahingosta. Suomessakin näitä linjauksia on sovellettu.¹⁸⁰ Asia on ollut esillä myös EUT:n myöhemmässä oikeuskäytännössä.¹⁸¹

B) *Lucchini*-tapauksessa (2007) kyseessä oli valtioneuvosto, jonka EU-komissio oli päätöksellään todennut unionioikeuden vastaiseksi. *Lucchini*-yritys vaati tukea kansallisessa tuomioistuimessa kanteella, joka hyväksyttiin lainvoimaisella tuomiolla komission aiemmasta päätöksestä huoli-

¹⁷⁸ Ks. C-126/97 *Eco Swiss*, tuomion k. 43–48, jossa todetaan kumoamiskanteen nostamiselle varattu määräaika tehokkuusperiaatteen mukaiseksi ja puolletaan ratkaisujen pysyvyyttä oikeusvarmuuden ja oikeusvoiman periaatteisiin viittaamalla. Ks. C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones*, samankaltaisesta tehokkuusperiaatteen mukaisesta arvioinnista tuomion k. 39–48 sekä vastaavuusperiaatteesta k. 49–59.

¹⁷⁹ C-224/01 *Köbler*, tuomion k. 39

¹⁸⁰ Ks. esim. KKO 2013:58, jossa korkein oikeus hylkäsi Suomen valtion oikeusvoimaväitteet (k. 11–13). Vaikka KKO viittasi *Köbler*-tuomioon, kansallinen oikeusvoimaoppiin tuskain olisi estänyt kanteen tutkimista, kun oikeudenkäyntiasiat, osin asianosaistahokin, erosivat jutuissa toisistaan.

¹⁸¹ Asiassa C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo* Italian valtion muiden väitteidensä ohessa esittämä oikeusvoimaväite ei menestynyt (tuomion k. 18). Ks. myös C-160/14 *Ferreira da Silva e Brito* ECLI:EU:C:2015:565, tuomion k. 55.

matta. Myöhemmin kansallinen viranomaisen joutui tekemään takaisinperintäpäätöksen, jonka Lucchini riitautti kansallisella kumoamiskanteella. Italian siviililain (codice civile) 2909 §:n sisältämä oikeusvoimasääntö nousi ongelmaksi, sillä oikeusvoiman tulkittiin Italiassa kattavan ”asianomaisessa oikeudenkäynnissä esitettyjen perusteiden lisäksi sellaiset perusteet, jotka siinä *olisi voitu esittää*”.¹⁸² EU-tuomioistuimien totesi tämän menettelyn yhteydessä tehdyn ennakkoratkaisupyynnön johdosta, että kansallisen oikeusvoiman oli väistytävä pois tieltä.

EUT kiinnitti perusteluissaan erityistä huomiota siihen, että valtiontukien yhteismarkkinoille soveltuvuuden arviointi kuului komission yksinomaisten toimivallan piiriin ja että kansallinen tuomioistuin ei siten olisi ollut ylipäänsä toimivaltainen käsittelemään asiaa.¹⁸³ Kansallisella tuomioistuimella ei myöskään ollut toimivaltaa tutkia EU:n toimielimen kuten komission päätöksen pätevyyttä: Lucchinin olisi tullut halutessaan määräjässä riitauttaa sille vastainen komission päätös EU:n tuomioistuimesa.¹⁸⁴ Koska EU-oikeuden tulkintavaikutus ei riittänyt korjaamaan tilannetta, tuomioistuin viittasi varsin suoraan EU-oikeuden etusijaperiaatteeseen.¹⁸⁵ Se, ettei prosessiautonomiaan tai tehokkuusperiaatteeseen viitattu vaan kysymykseen tuli etusijaperiaate, johtunee siitä, että tapauksessa liikuttiin unionin yksinomaisen toimivallan piiriin kuuluvalla alueella, jota koskeva menettelykin oli loukatuilta osin säädetty EU-toimielimille kuuluvaksi. Kysymyksen ratkaisu ei siten olisi kuulunut lainkaan kansallisen prosessin piiriin.¹⁸⁶

Lucchini-tuomio herätti oikeustieteen piirissä tuoreeltaan huolta.¹⁸⁷ Sen pohjalta on myös pohdittu, muodostavatko valtiontukia koskevat asiat erillislueen, jolla oikeusvoiman painoarvo on heikompi.¹⁸⁸ *Tizzano* ja *Genca-*

¹⁸² C-119/05 *Lucchini*, tuomion k. 15 ja 59. Kursivointi lisätty.

¹⁸³ C-119/05 *Lucchini*, tuomion k. 50–52 ja 57.

¹⁸⁴ C-119/05 *Lucchini*, tuomion k. 53–56.

¹⁸⁵ C-119/05 *Lucchini*, tuomion k. 60–62.

¹⁸⁶ Ks. myös *Miettinen* LM 2012 s. 436, jossa todetaan oikeusvoimaa koskevan EUT:n käytännön viittaavan eroon prosessiautonomian piirissä tapahtuvan kansallisen prosessin ja unionin toimivallassa toteutettavan oikeustoimen välillä. Ks. edelleen *Tizzano – Genca-* 2011 s. 274. – Edes kansalliselle tasolle kuuluvaa menettelyä ei koske ”prosessiautonomia” rajoituksineen siltä osin kuin tietty menettelykysymys on EU-lainsäädännöllä säännelty, vaan tällöin on luonnollisesti noudatettava kyseistä EU-menettelysäännöstä (*Lenaerts ym.* 2014 s. 107).

¹⁸⁷ Ks. esim. *Briza* 2008; kriittisesti myös *Raiti* 2008.

¹⁸⁸ *Nebbia* ELR 2008, ks. kirjoituksen otsikko ja esim. s. 437: ”– the nonchalant approach to res judicata taken by the Court is not limited to this exceptional instance, but embraces all cases on state aid: in spite of the ‘individual rights’ rhetoric that has permeated the Court’s jurisprudence over the last few decades, where simple compliance of EC obligations is at risk, clear cut answers appear to come more promptly to the Court.”

relli ovat kiinnittäneet huomiota siihen, että Lucchinissa ei vain valtio vaan myös laittoman tuen saaja itse toimi anteeksiantamattoman passiivisesti, kun se ei riittänyt komission kielteistä valtioneuvoston päätöstä EU:n tuomioistuimessa, vaan sen sijaan vaati tukea kansallisessa tuomioistuimessa. Lopputulos ei siten ollut vastoin vain valtioneuvoston järjestelmän vaan koko EU:n oikeusjärjestelmän perusperiaatteita, jolloin ”desperate times call for desperate measures”.¹⁸⁹

Valtioneuvoston liittyvät kysymykset muodostavat yhden esimerkin alueesta, jolla kansallisen oikeusvoiman – ja esimerkiksi luottamuksensuojan¹⁹⁰ – painoarvo on heikompi. Voidaan pohtia sitä, millaisia muita vastaavia tapausryhmiä voisi esiintyä,¹⁹¹ ja yleisemmällä tasolla sitäkin, tulisiko Lucchinin oikeusohjeen olla yleistettävissä kaikkiin tilanteisiin, joissa kansalliselta tuomioistuimelta on selvästi puuttunut toimivalta. Kornezov on huomauttanut, että Lucchinissa ratkaisevaa tuntuu olleen se, että alkuperäisen tuomion antaneelta kansalliselta tuomioistuimelta puuttui selvästi toimivalta koko asian käsittelyyn.¹⁹²

Itse pitäisin perusteltuna sellaista lukutapaa, jossa ei kytkettäisi Lucchini-tapausten ohjetta vain yhteen EU-oikeuden aineelliseen lohkoon tai leimattaisi sitä vain äärimmäiseksi erikoistapaukseksi – eikä toisaalta yleistettäisi kaikkiin tilanteisiin, joissa kansallisen tuomioistuimen toimivallan puuttuminen johtuu EU-oikeudesta. Kyse on mielestäni ennen kaikkea siitä, loukkaako kansallisen ratkaisun oikeusvoima EU-jäsenvaltio-relaatiassa (tai tarkemmin EU:n toimielin – kansallinen tuomioistuin -relaatiassa) EU-tason yksinomaista toimivaltaa. Lucchini-tapauksessa loukkaus tapahtui suhteessa valtioneuvoston laittomuustoteamukseen, jossa toimivalta

¹⁸⁹ Tizzano – Gencarelli 2011 s. 275–276.

¹⁹⁰ *Lucchinia* voidaan lukea suhteessa *Alcan*-tuomioon. Siinä todettiin, ettei yksityisen luottamuksensuoja suhteessa kansallisen viranomaisen päätökseen estänyt valtioneuvoston takaisinperintää, vaikka viranomaista voitaisiin pitää vastuullisena virheistä, koska tuensaajalla oli velvollisuus varmistua siitä, että [nykyisen SEUT 108(3) artiklan mukaista] tukien ennakkovalvontamenettelyä oli noudatettu (C-24/95 *Alcan*, esim. tuomion k. 41).

¹⁹¹ Ks. esim. *Couronne* 2015 s. 480, jossa pohditaan esimerkinomaisesti yrityskauppa-valvonnan, kartellien lopettamispäätösten ja asetuksen (EY) 2003/1 9 artiklan mukaisten sitoumuspäätösten rinnastettavuutta valtioneuvoston päätöksiin. *Raitti* (2008 s. 26) on sillä kannalla, että Lucchini-tapausten tulkinta pitäisi joka tapauksessa rajoittaa tilanteisiin, joissa jonkin EU:n toimielimen yksinomaista toimivaltaa on loukattu. Ks. myös *Wall* 2014 s. 323.

¹⁹² *Kornezov* CMLR 2014 s. 821, jossa asiaa pohditaan tuomio-oppien kannalta oikeushistoriallisesti ja oikeusvertailevasti. Vrt. kansallisten oikeusvoimaoppien osalta esim. *Lindell* 2012 s. 369, jossa todetaan, ettei tuomio saa oikeusvoimaa tuomioistuimen toimivallan ylittäviltä osin. Suomessa taas on yleensä katsottu, että ylimääräistä muutoksenhakua koskevista säännöksistä ilmenee välillisesti, etteivät vakavatkaan toimivallan ylitykset aiheuta tuomion mitättömyyttä. Ks. tästä käsityksestä ja mahdollisista poikkeuksista *Tirkkonen* 1966 s. 322–323; *Lappalainen* 2001 s. 418; *Jokela* 2015 s. 568–569.

on komissiolla,¹⁹³ ja toisaalta suhteessa EUT:n toimivaltaan valvoa komission päätösten lainmukaisuutta. Vertailun vuoksi todettakoon, että kansallisen tuomioistuimen EU-oikeudesta johtuva toimivallan puuttuminen voi ilmetä muussakin relaatiossa kuin EU-toimielimen toimivaltaa loukkaavassa vertikaalisessa suhteessa. Esimerkiksi jäljempänä käsiteltävässä Kapferer-tuomioissa kyse oli kansallisen tuomioistuimen toimivallan (väitetyistä) puuttumisesta horisontaalisessa suhteessa, siis väärin valitusta jäsenvaltioiden tason foorumista, mikä ei suinkaan saanut EUT:ta syrjäyttämään ratkaisun lopullisuutta. En siten näe Lucchinin ja Kapfererin välillä mitään ristiriitaa, vaikka molemmat liittyvät käsitteellisesti kansallisen tuomioistuimen toimivaltaan.

C) *Komissio v. Slovakia* -tapauksessa (2010) EUT näytti rajoittavan Lucchini-tapauksen vaikutuksia. Se totesi, ettei Lucchini-tuomio ollut välittömästi merkityksellinen käsillä olleessa tilanteessa, koska nyt lainvoimainen kansallinen tuomio oli annettu Slovakiassa *ennen* komission päätöstä valtiontuen sisämarkkinoille soveltumattomuudesta ja takaisinperinnästä.¹⁹⁴ Tapauksessa oli kysymys keskeisesti siitä, että eräälle yritykselle myönnetyn velkasaneerauksen myötä anteeksiannetut verovelat muodostivat komission näkemyksen mukaan valtiontuen, joka oli komission päätöksellä määrätty perittäväksi takaisin. Yritys nosti komission päätöksestä kanteen unionin yleisessä tuomioistuimessa mutta ei vaatinut täytäntöönpanon lykkäämistä. Takaisinperintä epäonnistui Slovakiassa, kun sen tuomioistuimet kieltäytyivät velkasaneerauspäätöksen oikeusvoiman vuoksi suostumasta veroviranomaisen vaatimukseen tuen palauttamisesta. Komissio nosti tämän johdosta rikkomuskanteen Slovakiaa vastaan.¹⁹⁵ Vaikka rikkomuskanteeseen annetun ratkaisun yhteydessä oikeusvoimakysymyksessä irrottauduttiin Lucchini-ratkaisusta, Slovakia joutui jäsenvaltiona vastuuseen rikkomuksestaan, kun se ei näyttänyt toteuttaneensa kaikkia mahdollisia toimia tukien takaisin perimiseksi.¹⁹⁶

¹⁹³ Tässä ei ole mahdollisuutta paneutua valtiontukia koskevaan aineelliseen tai menettelylliseen EU-sääntelyyn. Valtiontukien ennakkovalvontamenettely, jossa kansallisilla tuomioistuimilla toisaalta on eräitä EU-oikeudesta johtuvia tärkeitäkin tehtäviä, tulee lyhyesti käsiteltäväksi tapausta C-505/14 *Klausner Holz* kommentoitaessa.

¹⁹⁴ C-507/08 *Komissio v. Slovakia*, tuomion k. 58–59. *Lucchini*-tapauksen leimaamisesta erityistapaukseksi ks. myös C-2/08 *Fallimento Olimpiclub*, tuomion k. 25, ja C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, tuomion k. 61.

¹⁹⁵ C-507/08 *Komissio v. Slovakia*, tuomion k. 5–13.

¹⁹⁶ C-507/08 *Komissio v. Slovakia*, tuomion k. 61–65. Erityistä huomiota EUT kiinnitti siihen, ettei Slovakia ollut yksilöinyt, minkälainen vastaus oli saatu veroviranomaisen pyyntöön siitä, että tapauksessa ongelmana ollutta lainvoimaista tuomiota vastaan olisi ryhdytty kansallisen oikeuden mahdollistamaan ylimääräiseen muutoksenhakuun (k. 63).

Miettinen on esittänyt, että Lucchinin asetelmassa oli kyse kahden hierarkkisesti eritasoisen oikeusvoiman periaatteen punninnasta: ”Kansallinen prosessi ei enää kykene vaikuttamaan komission kielteiseen päätökseen, jonka oikeusvoima perustuu eurooppaoikeuteen.”¹⁹⁷ Ajatus hierarkiatasoista on sinänsä perusteltu. Sana ”enää” heijastaa sitä pulmallisuutta, joka komissio v. Slovakia -tapaukseen sisältyy. Pulma piilee siinä, että kansallisen tuomioistuimen ajoissa tekemän ratkaisun ei pitäisi pystyä luomaan suojakilpeä komission päätöksiä vastaan silloin, kun komissio on näistä kahdesta ainut toimivaltainen taho.¹⁹⁸ Toisaalta aineelliselta kannalta emme voi vielääkään tietää varmuudella, oliko komissio v. Slovakia -asiassa kyseessä ollut yritys todella edes saanut laittomasti valtioneuvon tukea vai ei, vaan kyse oli täytäntöönpanon turvaamista koskevien säännösten noudattamisesta siihen saakka, kunnes asia on lopullisesti ratkaistu. Komission päätös nimittäin riitautettiin unionin yleisessä tuomioistuimessa niin, että asia on edelleen vireillä.¹⁹⁹ Jäljempänä käsiteltävä Klausner Holz -ratkaisu näyttää joka tapauksessa menevän kansallista oikeusvoimaa heikentävään suuntaan. Siinä komissio ei nimittäin ollut ehtinyt antaa minkäänlaista – lopullista tai valituksen alle joutunutta – päätöstä valtioneuvon tuomiossa siihen mennessä, kun EUT edellytti ennakkoratkaisussaan kansallisen oikeusvoiman sivuuttamista. Lucchini- ja komissio v. Slovakia -tapauksen suhteen pohtiminen ei muodostakaan enää ajantasaista kuvaa oikeusvoiman merkityksestä valtioneuvon tuomioistuimissa.

D) *Fallimento Olimpclub* -asiassa (2009) nousi Lucchinin tavoin esiin Italian siviililain 2909 §. Italiassa tulkittiin säännöksen estävän tosiseikkoja tai oikeudellisia seikkoja koskevien lainvoimaisten toteamusten uudelleen tutkimisen, vaikka myöhemmillä oikeudenkäynneillä pyrittiäisiin eri päämääriin kuin ensiprosessissa, kunhan asianosaiset ovat samat ja kyse on samasta oikeussuhteesta.²⁰⁰ Tapauksen aineellisoikeudellinen puoli liittyi väitettyihin arvonlisäverotuksellisiin väärinkäytöksiin. Olimpclub vetosi siihen, että sen toiminnasta oli aiemmassa lainvoimaisessa tuomiossa tehty sen kannalta edullisia päätelmiä eräiltä aiemmilta verovuosilta. Kansalli-

¹⁹⁷ Miettinen LM 2012 s. 425.

¹⁹⁸ Myös *Taborowski* (2012 s. 1893) on todennut, että muunlainen ajatus tuntuu liiallisesti heikentävän laittomien valtioneuvon takaisinerinnän tehokkuutta.

¹⁹⁹ Ks. T-11/07, palautuspäätös C-73/11 P *Frucona Kosice v. komissio* ECLI:EU:C:2013:32, ja edelleen T-103/14 asian T-11/07 rauettua tarkoituksettomana, kun komissio oli korvanut vanhan päätöksensä uudella päätöksellä, jossa samaa valtioneuvon tukea pidettiin kuitenkin edelleen laittomana. – Tapaus on hyvä esimerkki käsittelyjen pitkästä kestosta, ja se havainnollistaa myös takaisinerinnäpäätösten täytäntöönpanovelvoitteen ankaruutta silloin, kun täytäntöönpanoa ei valituksen käsittelyn yhteydessä keskeytetä.

²⁰⁰ Ks. tarkemmin C-2/08 *Fallimento Olimpclub*, tuomion k. 4.

sen oikeusvoimatulkinnan mukaan vanhaan tuomioon voitiin tehokkaasti vedota uudessa oikeudenkäynnissä myös silloin, kun aiemmat toteamukset koskevat *samanlaisia* kysymyksiä, *vaikka kyseinen tuomio ei koskisi sitä verokautta, josta uudessa menettelyssä on kyse.*²⁰¹ EUT ei hyväksynyt näin laajaa tulkintaa, vaan totesi:

”Oikeusvoiman periaatteen tällainen tulkinta johtaisi näin ollen siihen, että tilanteessa, jossa lopullinen tuomioistuinratkaisu perustuu arvonlisäveroon liittyviä väärinkäytöksiä koskevien yhteisön sääntöjen yhteisön oikeuden vastaiseen tulkintaan, näiden sääntöjen virheellinen tulkinta *toistuisi kaikkien tulevien verokausien osalta, eikä tätä virheellistä tulkintaa olisi mahdollista korjata.*

Näissä olosuhteissa on katsottava, että *näin merkittäviä esteitä* arvonlisäveroa koskevien yhteisön sääntöjen tehokkaalle soveltamiselle *ei voida perustellusti pitää oikeutettuina* oikeusvarmuuden periaatteen johdosta ja että niiden on täten katsottava olevan *tehokkuusperiaatteen vastaisia.*”²⁰²

Mielestäni huomiota kannattaa kiinnittää muutamaankin seikkaan. Ensimmäkin, prosessuaaliselta kannalta kyse on vanhan tuomion oikeusvoiman *positiivisesta (prejudisiaalisesta) vaikutuksesta*, joka oli tilanteessa liian laaja. Tämän vuoksi ei mielestäni voida sanoa, että jokin ratkaiseva ero löytyisi siitä, että kyse olisi ollut vireillä olevasta asiasta eikä oikeusvoimaisesti ratkaistusta asiasta.²⁰³ Tapausta voidaan sen sijaan tutkia osana EUT:n oikeusvoimaa koskevaa käytäntöä siinä missä vaikkapa Lucchinia (aiemman tuomion preklusiovaikutus) tai Klausner Holzia (aiemman tuomion prejudisiaalinen vaikutus). Toiseksi voidaan havaita EUT:n kiinnittäneen huomiota siihen, että italialainen oikeusvoimatulkinta saattoi mahdollistaa unionin oikeuden periaatteessa kestoltaan rajoittamattoman loukkauksen.

Kolmanneksi voidaan Kornezovin tavoin huomauttaa, että EUT näyttää implisiittisesti turvautuneen omaan käsitykseensä oikeusvoiman hyväksyttävistä ulottuvuudesta: unionioikeuden loukkaaminen *tuomion perusteissa tehdyn toteamuksen* oikeusvoimavaikutuksella muodosti suhteettoman esteen.²⁰⁴ Neljänneksi voidaan tarkastella EUT:n retoriikkaa suhteessa

²⁰¹ C-2/08 *Fallimento Olimpiclub*, tuomion k. 13.

²⁰² C-2/08 *Fallimento Olimpiclub*, tuomion k. 30–31. Kursivoinnit lisätty.

²⁰³ Vrt. toisin *Miettinen LM 2012 s. 425.*

²⁰⁴ *Kornezov CMLR 2014 s. 826.* Suomessa ja useissa muissa maissa vain tuomiolauselma saa oikeusvoiman, eivät siis esimerkiksi tuomion perustelut, ks. *Tirkkonen 1966 s. 344–346; Mäenpää 2007 s. 583; KKO 2015:59, k. 11.* Samoin Ranskan siviiliprosessissa eräin pienin varauksin, ks. *Vincent – Guinchard 2003 s. 224–228.*

sen oikeusvoimaa koskevan oikeuskäytännön kronologiseen kehittymiseen. Tapauksessa nostettiin aiempaa vahvemmin esiin se, että oikeusvoimaisuus tosin kykenee mahdollistamaan unionioikeuden loukkauksen, mutta ei silloin kun oikeusvoimaestettä ”ei voida *perustellusti pitää oikeutettu[i]na* [reasonably justified] oikeusvarmuuden periaatteen johdosta”. Toisin sanoen tehokkuusperiaatteeeseen liittyvä suhteellisuusarviointi nostettiin aiempaa rohkeammin esiin, mikä on sittemmin useassa oikeustapauksessa toistunut.²⁰⁵ Aiemmassa oikeuskäytännössä taas oli taipumuksena pääosin pitäytyä kansallisen oikeuden ja vastaavuusperiaatteen²⁰⁶ tarjoamien mahdollisuuksien puitteissa.²⁰⁷

E) *Impresa Pizzarotti* -tapauksessa (2014) oli kyse julkisia rakennusurakoita koskevan EU-sääntelyn vastaisessa tilanteessa vallinneesta täytäntöönpano-ongelmasta, joka ennakkoratkaisua pyytäneen kansallisen tuomioistuimen mukaan saattoi olla ratkaistavissa täydentämällä saman tuomioistuimen antaman tuomion alkuperäistä tuomiolauselmaa täytäntöönpanopäätöksin. EUT katsoi, että edellä mainittua mahdollisuutta oli vastaavuusperiaate huomioon ottaen sovellettava,²⁰⁸ tai, mikäli tämä ei kuitenkaan olisi mahdollista, tuomioistuimen tuli *vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteiden* mukaisesti silti syrjäyttää oikeusvoima, jos kansallisiin menettelysääntöihin sisältyi sellainen mahdollisuus.²⁰⁹ Tapauksen prosessuaalinen anti on vaikeasti erotettavissa. Tutkittavan teeman kannalta on kiinnostavampaa nostaa esiin se, että oikeusvoiman syrjäyttämiseen ohjatessaan EUT painotti runsaasti aineellisia tekijöitä, kuten kyseisen EU-sääntelyn ”olennaisuutta” ja sen tavoitteita (tarjoajien tasapuolisen kohtelun varmistaminen, avoimuusperiaatteen soveltaminen hankintojen avaamiseksi vääristymättömälle kilpailulle).²¹⁰ Merkille voidaan panna myös, että EUT sisällytti vastaukseensa nimenomaisen maininnan ylimmän kansallisen tuo-

²⁰⁵ C-249/11 *Byankov* (vuodelta 2012), tuomion k. 81; C-505/14 *Klausner Holz* (2015), tuomion k. 45; C-160/14 *Ferreira da Silva e Brito* (2015), tuomion k. 59.

²⁰⁶ Tällainen kansallisen oikeuden mahdollisuuksiin pidättäytyvän linjan edustajina voidaan pitää esimerkiksi asioita C-126/97 *Eco Swiss* (1999), C-453/00 *Kühne & Heitz* (2004), C-392/04 *i-21 Germany* (2006), C-234/04 *Kapferer* (2006) ja C-2/06 *Kempter* (2008). Asia C-119/05 *Lucchini* (2007) ei ole näiden tapausten kanssa vertailukelpoinen, kun siinä loukattiin EU:n toimielimen yksinomaista toimivaltaa.

²⁰⁷ Kehityksestä samansuuntaisesti *Tizzano – Gencarelli* 2011 s. 278; *Couronne* 2015 s. 482 (k. 633).

²⁰⁸ C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, tuomion k. 55–57.

²⁰⁹ C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, tuomion k. 62.

²¹⁰ C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, tuomion k. 63. Ks. myös C-392/04 *i-21 Germany*, tuomion k. 70, jossa ohjattiin kansallisen tuomioistuimen harkintaa viittaamalla direktiivin tavoitteisiin ja merkitykseen sekä direktiivin vääran tulkinnan mahdollisiin seurauksiin markkinoilla.

mioistuimen laiminlyönnistä pyytää EUT:n ennakkoratkaisua lainvoimaisuuteen johtaneessa prosessissa.²¹¹

F) *Klausner Holz* -asiassa (2015) oli kysymys saksalaisen osavaltion ja yksityisen yrityksen välisestä siviilioikeudellisesta riidasta.

Osapuolten välillä oli vuonna 2007 solmittu kaksi sopimusta, joissa osavaltio sitoutui myymään kyseiselle yritykselle puuta vuosina 2007–2014 tietyillä ennalta määritellyillä hinnoilla ja olemaan muutoin myymättä puuta sopimuksessa vahvistettuja hintoja halvemmalla. Vuonna 2008 Klausner Holz -yritys oli ajautunut maksuvaikeuksiin, minkä johdosta osavaltio oli vuonna 2009 irtisanonut sopimukset ja lopettanut puuntoimitukset. Klausner Holz vaati ensimmäisessä prosessissa sen vahvistamista, että sopimukset olivat irtisanomisesta huolimatta edelleen voimassa. Yritys sai tämän lainvoimaisesti vahvistetuksi joulukuussa 2012. Klausner Holz vaati toisessa prosessissa osavaltiolta vahingonkorvausta ja eräitä muita oikeusseuraamuksia nojautuen sopimukset päteviksi vahvistaneeseen tuomioon. Osavaltio esitti tähän kanteeseen vastatessaan ensimmäistä kertaa väitteen siitä, että sopimuksia ei voitu täyttää, koska ne merkitsivät SEUT 107(1) artiklassa tarkoitettua valtiontukea, joka oli toteutettu SEUT 108(3) artiklan vastaisesti. Saksa ilmoitti heinäkuussa 2013 komissiolle ilmoittamatta jätetystä tuesta, joka Saksan näkemyksen mukaan ei soveltunut sisämarkkinoille. Myös ennakkoratkaisua pyytäneen saksalaisen tuomioistuimen käsityksen mukaan kyseessä oli valtiontuki, joka oli pantu täytäntöön SEUT 108(3) artiklan vastaisesti.

Ennakkoratkaisupyynnössään tuomioistuin teki selväksi, että Saksan oikeuden mukaan ensiprosessissa annetun vahvistustuomion oikeusvoimavaikutus esti millään tavoin vastustamasta päteväksi todettujen sopimusten täytäntöönpanoa jälkiprosessissa. Näin oli siitäkkin huolimatta, ettei valtiontukiaspektia ollut käsitelty ensimmäisessä menettelyssä.²¹²

EUT muistutti vastauksessaan aluksi SEUT 108(3) artiklan mukaisesta uusien tukisuunnitelmien ennakkovalvonnasta, jolla pyritään siihen, että vain sisämarkkinoille soveltuvat valtiontuet toteutetaan. Tavoitteen saavuttamiseksi tukisuunnitelman toteuttamista lykätään siihen saakka, kunnes epäily sen soveltuvuudesta sisämarkkinoille poistetaan komission lopullisella päätöksellä. Komission yksinomaiseen toimivaltaan kuuluu sen arvioiminen, soveltuvatko tukitoimet sisämarkkinoille. Kansalliset tuomioistuimet taas huolehtivat komission lopulliseen päätökseen saakka yksityisten oikeuksien suojaamisesta silloin, kun valtion viranomaiset ovat mahdolli-

²¹¹ C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, tuomion k. 64 ja tuomiolauselma.

²¹² C-505/14 *Klausner Holz*, tuomion k. 3–15.

sesti rikkoneet SEUT 108(3) artiklan mukaista kieltoa.²¹³ Kansallisten tuomioistuinten tehtävänä on siis toteuttaa toimenpiteet, joilla tukien toteuttamisen sääntöjenvastaisuus voidaan korjata. Tämä voi tarkoittaa toimenpiteen täytäntöönpanon keskeyttämistä ja jo maksettujen määrien takaisin perittäväksi määräämistä taikka väliaikaisten toimenpiteiden määräämistä.²¹⁴

Oikeusvoimaa koskevan ongelman osalta EUT painotti ensin useaan kertaan, että kansallisen tuomioistuimen tuli tulkita oikeusvoimanormeja mahdollisimman pitkälti unionioikeuden täytäntöönpanoa edistävällä tavalla ottaen erityisesti huomioon, ettei ensiprosessi ollut lainkaan koskenut riidanalaiisten sopimusten mahdollista valtioneuvoston tukea.²¹⁵ Siltä varalta, ettei tulkintavaikutus kuitenkaan ylittäisi tarvittavaan lopputulokseen *contra legem*-tilanteeseen päättymisen vuoksi, EUT toisti vakiolausumansa oikeusvoiman periaatteen tärkeydestä ja siirtyi arvioimaan, johtaisiko tehokkuusperiaate kansallisen oikeusvoiman syrjäyttämiseen. Tehokkuusperiaatteen mukaisessa arvioinnissa EUT kiinnitti huomiota erityisesti seuraaviin seikkoihin:²¹⁶

- saksalaisen tuomioistuimen esittämästä oikeusvoimatulkinnasta voi seurata se, että kansallisten tuomioistuinten on mahdotonta noudattaa velvollisuuttaan varmistaa SEUT 108(3) artiklan kolmannen virkkeen noudattaminen
- valtion viranomaiset ja valtiontuen saajat voisivat *kiertää* SEUT 108(3) artiklan kieltoa ”hankkimalla unionin oikeuden valtioneuvoston sääntöihin vetoamatta vahvistustuomion”²¹⁷
- tällainen menettely mahdollistaisi tuen täytäntöönpanon jatkamisen useiden vuosien ajan jokaisen uuden puutoimituksen yhteydessä ilman mahdollisuutta lopettaa sitä
- saksalainen oikeusvoimatulkinta on omiaan poistamaan tehokkaan vaikutuksen komission yksinomaiselta toimivallalta arvioida tukitoimenpiteiden soveltuvuutta sisämarkkinoille, koska komission päätöksen täytäntöönpanoa ei voitaisi toteuttaa, jos sitä vastaan voitaisiin vedota kansalliseen tuomioon.

²¹³ C-505/14 *Klausner Holz*, tuomion k. 18–21.

²¹⁴ C-505/14 *Klausner Holz*, tuomion k. 25–26.

²¹⁵ C-505/14 *Klausner Holz*, tuomion k. 28–37.

²¹⁶ C-505/14 *Klausner Holz*, tuomion k. 38–45.

²¹⁷ Sama pelko on hauskasti näkyvässä asiassa C-119/05 *Lucchini* annetun ratkaisuehdotuksen ilmaisussa ”kansalliselta tuomioistuimelta *houkuteltu päätös*” (k. 83). Alkuperäiskielessä (hollanti) *ontlokte<ontlokken*.

Näillä perustein EUT syrjäytti kansallisen oikeusvoiman todeten, ettei näin merkittävää estettä voitu ”perustellusti pitää oikeutettuna oikeusvarmuuden periaatteen johdosta”.²¹⁸

4.2.2 Arviointia

Ilmeisenä johtopäätöksenä voidaan ensinnäkin todeta, että EUT on ollut valmis kaventamaan kansallista oikeusvoiman ulottuvuutta EU-oikeuden tehokkaan toteutumisen nimissä, olipa kyse negatiiviseksi tai positiiviseksi luonnehdittavasta oikeusvoimavaikutuksesta. Erityisesti tapaukset *Lucchini*, *Klausner Holz* ja *Fallimento Olimpiclub* saattavat lopputulostensa perusteella vaikuttaa radikaaleiltakin kavennuksilta. Kahden ensin mainitun osalta oikeusvoimaan puuttuminen vaikuttaa perustellulta niiden *Lucchini*-tapauksen yhteydessä käsiteltyjen seikkojen johdosta, jotka liittyvät toimivallanjakoon EU-jäsenvaltio-relaatioissa ja valtiontukia koskevaan nimenomaiseen EU-menettelysäätelyyn. Jossain määrin epäjohtonmukaisena voidaan tosin pitää sitä, miksi *Klausner Holz* -asiassa ei tukeuduttu *Lucchinin* tavoin etusijaperiaatteeseen. *Fallimento Olimpiclub* -tapauksen merkitystä heikentää se, että siinä vaikuttaa olleen kysymys aiemman tuomion perusteluissa tehdyn toteamuksen sitovasta vaikutuksesta myöhemmässä prosessissa (eri ajankohtaa koskevan perustelulausuman positiivinen oikeusvoimavaikutus).²¹⁹ Mielestäni voidaan perustellusti väittää, että ennakoitavuuden, oikeutettujen odotusten suojan, oikeusrauhan, oikeussuhteiden vakauden ja hyvän lainkäytön näkökulmasta ei ole yhtä painavaa intressiä suojata aiemman tuomion perustelulausumissa tehdyn toteamuksen (ehdotonta) positiivista oikeusvoimaa (etenkään eri ajanjaksoa koskevan asian yhteydessä) kuin negatiivista oikeusvoimavaikutusta.²²⁰

Klausner Holz -ratkaisu edustaa monessa mielessä verrattain arkipäiväistä ja Suomenkin kannalta kiinnostavaa asetelmaa, jossa siviilijutun yhteydessä pimentoon jäänyt valtiontukiaspekti on tullut kansallisen oikeusvoimavaikutuksen kattamaksi. Tilanteen syntyolosuhteisiin ei liity erityistä dramatiikkaa, esimerkiksi vaikutelmaa ”kapinasta” komission päätöksiä tai unionin oikeutta vastaan, vaan korkeintaan laiminlyönti ottaa viran puo-

²¹⁸ C-505/14 *Klausner Holz*, tuomion k. 45, johon myös otettiin vielä kerran huomautus siitä, että EUT:n mielestä ensiprosessin ”kohde ei ollut sama” kuin nyt vireillä olevassa menettelyssä.

²¹⁹ *Simon* on luonnehtinut tätä italialaisen oikeusvoiman ominaisuutta ”epätypilliseksi” (*atypique*) (*Simon* 2009, kommentti 393).

²²⁰ Suomalaisena osoituksena tästä voitaneen pitää sitä, että meilläkin positiivisen oikeusvoimavaikutuksen ja aiemman tuomion pelkän todistusvaikutuksen välinen raja on toisinaan häilyvä (näin *Lappalainen* 2001 s. 403; ks. myös edellä jakso 3.2).

lesta esiin²²¹ sopimuksen EU-valtiontukisääntelystä johtuva mitättömyys. Ottaen huomioon ratkaisun tärkeyden ja sen, että sillä jyrkennettiin komissio v. Slovakia -ratkaisun lausumia ja että sen tapausolosuhteissa oli kysymys huomattavasti Lucchinin olosuhteita ”miedommasta” loukkauksesta unionin oikeusjärjestelmää kohtaan, voi tuntua yllättävältä, että se annettiin viiden tuomarin jaostossa ilman istutokäsittelyä ja julkisasiamiehen ratkaisuehdotusta. Samana syksynä annettu, jäljempänä käsiteltävä Tärşia-ennakkoratkaisu, jossa unionioikeuden *purkuvaikutusta* lainvoimaiseen siviilituomioon ei syntynyt, käsiteltiin suuressa jaostossa istutokäsittelyin ja julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksin.

Kornezov on systematisoinut unionioikeuden vaikutuksia oikeusvoiman ulottuvuuteen esittämällä, että EU on ollut valmis puuttumaan seuraaviin ”liiallisiin” oikeusvoiman elementteihin EU-oikeuden tehokkaan toteutumisen nimissä:

- oikeusvoiman ulottuminen tuomiolauselman ulkopuolelle perustelulausumiin,²²²
- oikeusvoiman ulottuminen seikkoihin, joihin olisi voitu vedota mutta ei ole vedottu,²²³
- oikeusvoiman ulottuminen riitaan, jossa on ”eri kohde tai eri asianosaiset”.²²⁴

²²¹ Oman mielenkiintoisen kysymyksensä – jonka tutkiminen ei ole tässä artikkelissa ollut mahdollista – muodostaa se, kuinka pitkälle meneviin toimenpiteisiin tuomioistuimen velvollisuus soveltaa unionin oikeutta viran puolesta voi ulottua esimerkiksi kilpailuoikeudellisissa asioissa. *Aine* on kilpailua rajoittavien sopimusten pätemättömyyden osalta todennut, että pätemättömyyden viran puolesta huomioon ottaminen asettaa tuomioistuimelle korostetun velvollisuuden yhdessä asianosaisten kanssa selvittää, rajoittaako tarkasteltavana oleva sopimus kilpailua vai ei. Tuomioistuimen tulee materiaalisen prosessinjohdon keinoin saattaa asianosaiset selvittämään sopimuksen ja kilpailunormiston välistä suhdetta. (*Aine* 2013 s. 292.) Jos asianosaiset eivät ole vedonneet asiaan, lähtökohtana voidaan hänen mukaansa pitää sitä, että tuomioistuin voi ryhtyä tutkimaan viran puolesta huomioon otettavaa seikkaa vain, jos tällainen seikka ilmenee jollakin tavalla oikeudenkäyntiaineistosta. Käytännössä voitaisiin katsoa, että puhdas kilpailua rajoittava ehto saattaisi olla sellainen seikka, joka kävisi merkityksellisellä tavalla ilmi oikeudenkäyntiaineistosta. (Ibid. s. 295.)

²²² C-2/08 *Fallimento Olimpiclub* -tuomio; *Kornezov* CMLR 2014 s. 826.

²²³ C-119/05 *Lucchini*, tuomion k. 59; *Kornezov* CMLR 2014 s. 822.

²²⁴ C-224/01 *Köbler*, tuomion k. 39; *Kornezov* CMLR 2014 s. 822; sittemmin myös C-505/14 *Klausner Holz*, jossa oikeudenkäyntiasioiden eriyvyys oli yhtenä perustelujen punaisena lankana (erityisesti tuomion k. 28–30, 36–37 ja 45). *Kornezov* menee itse asiassa vieläkin pidemmälle katsoen, että EUT suojaisi vain ranskalaisen tradition mukaista ja kansainvälisessä julkisoikeudessaakin ilmenevää ”triple identity test”-opin mukaista oikeusvoimaa, muiden elementtien joutuessa tarvittaessa väistymään EU-oikeuden toteutumisen tieltä (ibid. s. 826). Ks. myös *Raition* (2016 s. 638–640) pohdintaa valtiontukia ja oikeusvoimaa koskevasta EUT:n oikeuskäytännöstä. – Ks. vertailun vuoksi EUT:n oikeusvoimakäsityksistä sen itse käsittelemien rikkomuskanneasioiden kontekstissa esim. C-529/09 *komissio v.*

On sinänsä totta, että EUT:n voidaan lukea esittäneen – osana muuta perustelujen kokonaisuutta – *omia käsityksiään* siitä, milloin kansallisen oikeusvoimavaikutuksen ei tulisi tietyissä tapausolosuhteissa ulottua jälkiprosessiin.²²⁵ Periaatteessa voidaan pitää hyväksyttävänä, jos EUT kykenee antamaan painoarvoa sellaisille tuomion vaikutuksille, joiden se katsoo kuuluvan oikeusvoiman ”ydinalueelle”. Toisaalta sitä, että EUT esimerkiksi ottaa kantaa siihen, mikä on ”eri” tai ”sama” asia, voidaan pitää varsin uskaliaana. EUT:n toimivaltaan ei nimittäin kuulu tulkita kansallista (prosessi) oikeutta ennakkoratkaisumenettelyn yhteydessä,²²⁶ vaikka tulkintavaikutuksen tai tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteiden mukaisen arvioinnin yhteydessä voi käytännössä tulla lausutuksi myös kansallisen oikeuden tulkintaa koskevista seikoista.

Omasta mielestäni on kuitenkin liian aikaista päätellä tähänastisesta EUT:n käytännöstä, *mitkä tai millaiset oikeusvoimasäännöt* jäisivät EU-oikeuden mukaan ikään kuin ulkokehälle, siis herkästi väistymisvelloiksi EU-oikeuden loukkaustilanteissa. En ole myöskään vakuuttunut, voidaanko tällaisella lähestymistavalla ratkaista oikeusvoimaongelmaa kestävästi, ottaen erityisesti huomioon EUT:n edellä kuvatuin tavoin rajalliset mahdollisuudet puuttua kansallisen prosessioikeuden tulkintaan. Kiinnostavampana pidän sitä, *milloin* (millaisissa tilanteissa ja erityisesti millaisin perustein) kansallisen oikeusvoiman on tullut väistyä. Vaikka EUT:n oikeuskäytännössä tätä koskeva punninta ei ole ollut kovin avointa, voidaan esimerkiksi seuraaville tekijöille havaita annettua selvää painoarvoa:

- loukkaako tai vaarantaako kansallinen tuomio EU:n (toimielimen) yksinomaista toimivaltaa (Lucchini, komissio v. Slovakia, Klausner Holz),

Espanja ECLI:EU:C:2013:31, tuomion k. 66–67.

²²⁵ *Kornezovin* näkemys on itse asiassa, ettei oikeusvoimaongelmaa, toisin kuin ylimääräistä muutoksenhakua koskevaa kysymystä, pystytä tyydyttävästi käsittelemään tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteiden avulla. Käsitteensä tueksi hän viittaa siihen, että oikeusvoima on *materiaalinen* doktriini, jonka avulla käsitellään sitä, mitä oikeusriidan päätteeksi on pidettävä totena. (*Kornezov* CMLR 2014 s. 813 ja 824.) On totta, että oikeusvoiman juuret ovat aineellisessa siviilioikeudessa eivätkä prosessioikeudessa (ks. esim. *Hepola* 2005 s. 47 ja 56). Toisenlaiseen päätelmään johtaa kuitenkin ensinnäkin EUT:n oikeuskäytäntö, jossa vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteiden on nimenomaan todettu soveltuvan myös oikeusvoimaan (C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, tuomion k. 54; C-2/08 *Fallimento Olimpiclub*, tuomion k. 24; yhdistetyt asiat C-29/13 ja C-30/13 *Global Trans Lodzhistik* ECLI:EU:C:2014:140, tuomion k. 38). Tässä yhteydessä voidaan muistuttaa myös siitä, että menettelysäännöllä on unionin oikeudessa kansallisista oikeuksista riippumaton autonominen merkitys (ks. *Haapaniemi* 2009 s. 94–95).

²²⁶ *Lenaerts ym.* 2014 s. 233–234; oikeuskäytännöstä ks. esim. C-69/14 *Târșia*, tuomion k. 13.

- ovatko loukatut EU-säännökset unionin toiminnan kannalta olennaisia, EU-sääntelyn tavoitteet ja merkitys (Lucchini ja muut valtiontukitapaukset, Impresa Pizzarotti, rivien välistä myös Fallimento Olimpiclub²²⁷),
- mahdollistaako oikeusvoima EU-oikeuden toistuvan tai kestoaltaan periaatteessa rajoittamattoman loukkauksen (Fallimento Olimpiclub, Klausner Holz, ks. seuraavassa alajaksossa myös Byankov),
- kyseenalaistaako oikeusvoima EU-oikeudessa turvatuun oikeussuojakeinon käyttämisen (Köbler: jäsenvaltion vahingonkorvausvastuun toteuttaminen olisi estynyt; Lucchini: komission päätös kyseenalaistettiin EUT:n sijasta virheellisesti kansallisessa tuomioistuimessa) tai onko lainvoimaisen ratkaisun taustalla ylimmän tuomioistuimen laiminlyönti pyytää ennakkoratkaisua (Impresa Pizzarotti, analogisesti hallintopäätösten yhteydessä Kühne & Heitz ja vahingonkorvausvastuun syntymisen osalta Köbler).

Mielestäni EUT:n tuomioissa kaikkein suurin huomio jompaankumpaan lopputulokseen johtavassa harkinnassa (puututaanko oikeusvoimaan vai ei) on kiinnitetty oikeusvoiman kunnioittamisesta aiheutuviin haitallisiin seurauksiin ja vaikutuksiin, ei niinkään kansallisten oikeusvoimasääntöjen olemukseen sinänsä. Hyvin niukasti EUT:n käytännössä on arvioitu, millainen konkreettinen merkitys yksittäistapauksessa sen vakiolausumaan sisältyvillä intresseillä (oikeusrauha, oikeussuhteiden vakaus jne.) on pysyvyyttä puoltavina vastasyinä. Erityisen valitettavaa tämä puute on sellaisten ennakkoratkaisuvastausten osalta, joissa kansalliselle tuomioistuimelle annetaan oikeusvoimakysymyksestä valmis lopputulos eikä lopullista tehokkuus- tai vastaavuusperiaatteen mukaista arviointia uskota kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi.

²²⁷ Arvonlisäverotusta koskeviin yhteisön sääntöihin ja niiden tehokkaaseen soveltamiseen viitattiin ennakkoratkaisussa useamman kerran. EUT vaikuttaa oikeuskäytäntöä laajemminkin tarkasteltaessa suhtautuvan varsin tiukasti arvonlisäveropetoksiin, joiden aiheuttamasta vahingosta osa kohdistuu suoraan EU:n budjettiin. Tuoreena esimerkkinä voidaan pitää asiassa C-105/14 *Taricco ym.* ECLI:EU:C:2015:555 annettua suuren jaoston tuomiota. Siinä EUT ohjasi rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen ja taannehtivuuskiellon estämättä (k. 53–58) kansallista tuomioistuinta sivuuttamaan rikosprosessissa eräitä kansallisia vanhentumisaikoja, jos ne ennakkoratkaisupyynnössä esitetyin tavoin johtivat siihen, että arvonlisäveropetoksista syytetyt vapautuivat Italiassa systemaattisesti vastuusta.

4.3 Hallintopäätöksen purkaminen tai uudelleenkäsittely

4.3.1 Oikeuskäytäntöä

A) *Kühne & Heitz* -tapauksessa (2004) muodostettiin vilpittömän yhteistyön periaatteen tuella kriteeristö, jonka täytyessä lopullisen *hallintopäätöksen* uudelleenkäsittelyyn²²⁸ on velvollisuus ilman, että tämä velvollisuus olisi riippuvainen esimerkiksi tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteiden mukaisesta arvioinnista. Onkin heti alkuun huomautettava, että tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteiden mukainen kontrolli koskee kaikkia niitäkin tilanteita, joissa *Kühne & Heitz* -kriteeristö ei täyty, ja toisaalta että *Kühne & Heitz* -kriteeristö ei suinkaan *estä* kansallisia elimiä käsittelemästä lopullisia päätöksiä uudelleen myös muissa tilanteissa. Kriteerien mukaan hallintoelimen on tutkittava päätös uudelleen, jos:

1. sillä on kansallisen lainsäädännön mukaan toimivalta muuttaa tätä päätöstä,
2. kyseisestä päätöksestä on tullut lopullinen sitä viimeisenä oikeusasteena käsitelleen kansallisen tuomioistuimen tuomion takia,
3. tämä tuomio perustui EUT:n tämän tuomion jälkeen antama oikeuskäytäntö huomioon ottaen virheelliseen EU-oikeuden tulkintaan, johon päädyttiin esittämättä yhteisöjen tuomioistuimelle ennakkoratkaisukysymystä, vaikka [EY 234] artiklan kolmannessa kohdassa määrätyt edellytykset täytyivät, ja
4. kyseessä oleva henkilö on kääntynyt hallintoelimen puoleen välittömästi saatuaan tietää kyseisestä oikeuskäytännöstä.

On korostettava ensimmäistä edellytystä, jonka mukaan *kansallisen lainsäädännön* on mahdollistettava lopullisen hallintopäätöksen muuttaminen.²²⁹ Tapauksessa ei siten luotu kansallisesta oikeudesta irrallisia velvollisuuksia, vaan se on nähtävä ennen kaikkea *vastaavuusperiaatteen* ilmen-

²²⁸ EUT:n entinen presidentti *Skouris* (2008 s. 666) on todennut, että hiuksenhieno erotte-
lu voidaan tehdä sen suhteen, a) onko kyse velvollisuudesta ottaa asia (vain) uudelleen tut-
kittavaksi, mikä voi johtaa joko ratkaisun pysyttämiseen tai poistamiseen, vai b) siitä, mihin
ratkaisuun uudelleentarkastelun perusteella todella päädytään. Ks. myös C-453/00 *Kühne
& Heitz*, tuomion k. 27. Vrt. julkisasiamies Botin ratkaisuehdotus asiassa C-2/06 *Kempter*
(k. 51–55), jossa torjutaan ajatus siitä, että velvollisuus uudelleentutkimiseen rajoittuisi ka-
tegorisesti vain uudelleenkäsittelyyn sisältämättä milloinkaan velvollisuutta myös virheel-
lisen päätöksen poistamiseen.

²²⁹ *Skourisin* (2008 s. 676) mukaan tämä on yksi *Kühne & Heitz* -tuomion tärkeimmistä
opeista.

tymänä.²³⁰ Toinen ja kolmas kriteeri heijastelevat *ylinten* kansallisten tuomioistuinten erityistä vastuuta ja roolia unionioikeuden yhdenmukaisen toteutumisen turvaamisessa. Neljäs kriteeri osoittaa *yksilön* oman vastuun merkitystä, ja samaa voidaan sanoa kolmannesta kriteeristä: onhan käytännössä juuri yksilön itsensä tullut viedä asia ylimpään mahdolliseen tuomioistuimeen ensimmäisen menettelyn kuluessa.

B) *Kempter*-tapauksessa (2008) oli Kühne & Heitzin tavoin kyse yksityiseltä yritykseltä EU-oikeuden vastaisesti saamatta jääneestä vientituesta. *Kempter*issä vahvistettiin Kühne & Heitz -kriteeristö. Siinä täsmennettiin, ettei yksilön ollut tarvinnut itse vedota EU-oikeuteen, jotta ennakkoratkaisupyynnön laiminlyöntiin liittyvä kolmas kriteeri voisi täytyä. Riittävää oli, että ylin tuomioistuin on tutkinut tai se olisi voinut viran puolesta tutkia EU-oikeuden kysymyksen.²³¹ Lisäksi neljännen (aika)kriteerin tulkitaa täsmennettiin: ”Jäsenvaltiot voivat oikeusvarmuuden periaatteen nimissä vaatia, että lopulliseksi tulleen, yhteisön oikeuden vastaisen – – hallintopäätöksen uudelleen tutkimista ja oikaisua koskeva pyyntö on esitettävä toimivaltaiselle hallintoviranomaiselle kohtuullisen ajan kuluessa.”²³²

Asioissa *i-21 Germany* ja *Byankov* oli kysymys hallintopäätöksistä, jotka olivat jääneet suoraan lainvoimaisiksi ilman, että käytettävissä olleisiin muutoksenhakukeinoihin oli turvauduttu. Tähän viitaten EUT katsoi, etteivät Kühne & Heitz -kriteerit soveltuneet.²³³ Tästä huolimatta EUT tutki molemmissa tapauksissa mahdollista velvollisuutta uudelleen käsittelyyn *tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteiden* näkökulmasta.

C) *i2 Germany* -tapauksessa (2006) todettuaan, etteivät saksalaiset muutoksenhakusäännökset sisältäneet tehokkuusperiaatteen vastaisia säännöksiä, esimerkiksi kohtuuttoman lyhyitä määräaikoja, EUT otti tarkastelun keskiöön vastaavuusperiaatteen suhteessa saksalaisen hallintomenettelylain 48 §:ään. Kyse oli harkinnanvaraisesta lopullisen hallintotoimen poistamisesta, jota oli Saksassa vakiintuneesti tulkittu seuraavasti: ”– – lähtökohtaisesti vapaa harkintavalta [, joka] voi kuitenkin supistua olemattomiin, jos kysymyksessä olevan toimen voimassa pitäminen on yleistä järjestystä, vilpittömää mieltä, kohtuullisuutta, yhdenvertaista kohtelua tai ilmeistä lainvastaisuutta koskevien käsitteiden kannalta ’täysin kestävä-

²³⁰ Samoin *Raitio* DL 2012 s. 414 ja *Kornezov* CMLR 2014 s. 832.

²³¹ C-2/06 *Kempter*, tuomion k. 44–46.

²³² C-2/06 *Kempter*, tuomion k. 56–60. EU-oikeuden näkökulmasta katsottuna ei luonnollisesti olisikaan intressiä vaatia, että yksityisen olisi tullut kääntyä hallintoelimen puoleen ”välittömästi”. Näkökulma oli perusteltua kääntää siihen, miten paljon kansalliselle oikeudelle voidaan sallia määrääjän suhteen liikkumavaraa.

²³³ C-392/04 *i-21 Germany*, tuomion k. 53; C-249/11 *Byankov*, tuomion k. 51.

töntä’.”²³⁴ EUT otti suurennuslasin alle ilmeistä lainvastaisuutta koskevan edellytyksen ja totesi vastaavuusperiaatteeseen viitaten: ”Silloin kun viranomaisilla on kansallisen oikeuden sääntöjen perusteella velvollisuus poistaa hallintopäätös, josta on tullut lopullinen, jos kyseinen päätös on ilmeisen yhteensoveltumaton kansallisen oikeuden kanssa, saman velvollisuuden on oltava olemassa, jos kyseinen päätös on ilmeisen yhteensoveltumaton yhteisön oikeuden kanssa.”²³⁵

Annettuaan muutaman ilmeisyyden arviointia ohjaavan aineellisen kriteerin (erityisesti direktiivin *tavoitteet* sekä virheellisen tulkinnan mahdollisen kilpailua vakavasti rajoittavan *vaikutuksen*) EUT jätti kansallisen tuomioistuimen arvioitavaksi, onko ”sellaisen lainsäädännön, johon pääasiassa kyseessä olevat maksupäätökset perustuvat, kaltaista lainsäädäntöä, joka on selvästi ristiriidassa yhteisön oikeuden kanssa, pidettävä asianomaisessa kansallisessa oikeudessa tarkoitettuna ilmeisenä lainvastaisuutena. – – Jos näin on, kyseisen tuomioistuimen on tehtävä tästä kaikki päätelmät, jotka siitä seuraavat kansallisen oikeuden mukaan kyseisten päätösten poistamisen osalta.”²³⁶ Kansallinen tuomioistuin totesi myöhemmin EUT:n tuomion johdattelevista lausumista huolimatta, ettei ilmeistä lainvastaisuutta koskeva kriteeri täyttynyt kansallisen oikeuden valossa.²³⁷ Tapaus onkin hyvä osoitus vastaavuusperiaatteen rajallisesta tehosta.

D) *Byankov*-tapauksessa (2012) kyseessä oli suoraan lainvoimaiseksi jäänyt kansallinen hallintopäätös, jolla Byankov-niminen henkilö asetettiin yksityisoikeudellisten velkojensa takia rajoittamattomaksi ajaksi maastapoistumiskieltoon ilman mahdollisuutta saattaa tätä päätöstä uudelleen tarkasteltavaksi. Byankov tuli EUT:n myöhemmin eri asiassa antaman tuomion perusteella siihen tulokseen, että poistumiskielto oli EU-oikeuden vastainen, ja vaati sen kumoamista. EUT:n arvion mukaan vastaavuusperiaatteen näkökulmasta kansallisessa sääntelyssä ei ollut ongelmaa.²³⁸ Sen sijaan Byankovin kohtelu loukkasi tehokkuusperiaatetta ja vilpittömän yhteistyön periaatetta.

Punninnassaan EUT totesi erityisesti, ettei oikeusvarmuuden periaate edellyttänyt poistumiskielton jatkamista rajoittamattomasti ottaen ”huomioon se merkitys, joka primaarioikeudessa annetaan unionin kansalaisen asemalle” (erityisesti SEUT 21 artikla). Loukkauksen laadun lisäksi EUT

²³⁴ C-392/04 *i-21 Germany*, tuomion k. 8.

²³⁵ C-392/04 *i-21 Germany*, tuomion k. 69.

²³⁶ C-392/04 *i-21 Germany*, tuomion k. 71–72.

²³⁷ *Dittert* 2014 s. 74.

²³⁸ C-249/11 *Byankov*, tuomion k. 70–71.

huomioiden rajoittamattoman keston.²³⁹ EUT kiinnitti huomiota myös siihen, että vapaata liikkuvuutta koskevan direktiivin 2004/38/EY maahan-
lokieltojen voimassaoloa koskevan 32 artiklan mukaan jäsenvaltioilla on
velvollisuus taata lainvoimaisten poistumiskieltojen uudelleen käsittely,
kun kiellot on asetettu (toisin kuin tässä tapauksessa) laillisesti. Tilanne oli
siis siinä mielessä nurinkurinen, että laillisen päätöksen kohteena Byankovilla
olisi ollut suoraan EU-säädökseen perustuva oikeus päätöksen uudelleen-
käsittelyyn (jolloin ei olisi ”pudottu” kansallisen prosessiautonomian
ja sen rajoitusten arvioinnin pariin), mutta nyt näin ei ollut: ”Sitäkin suu-
remmalla syyllä samalla [direktiivin 32 artiklassa tarkoitettu] tavoin olisi
meneteltävä pääasiassa kyseessä olevien alueellisten kieltojen suhteen, joi-
ta ei ole toteutettu unionin oikeuteen nähden pätevästi ja joilla poistetaan
SEUT 21 artiklan 1 kohdassa vahvistettu vapaus. Tällaisessa tilanteessa
oikeusvarmuuden periaate ei välttämättä edellytä, että tällaisen kiellon si-
sältävän toimen oikeusvaikutukset jatkuvat rajoittamattoman ajan.”²⁴⁰

4.3.2 Arviointia

Kühne & Heitz ja Kempter -oikeuskäytännössä EU-oikeudesta johdettiin
erityinen kriteeristö, jossa hallintopäätöksen uudelleen käsittelyyn on vel-
vollisuus. Kriteeristö on vain eräänlainen jäävuoren huippu, sillä tehok-
kuus- ja vastaavuusperiaatteiden mukainen arviointi koskee myös sen ul-
kopuolelle jääviä tilanteita.

Myöhempään Kapferer-tuomioon sisältyvästä laveasta muotoilusta joh-
tuva spekulointi siitä, voisivatko Kühne & Heitz -kriteerit soveltua (rikos-
ja) siviilituomioihin (judicial decisions),²⁴¹ ei ehkä lopulta ole kysymyk-
senasetteluna kovin hyödyllinen. Tämä käy ilmi, kun tarkastellaan a) vaa-
timusta asian viemisestä ylimpään tuomioistuimeen asti yhdessä sen b)
vaatimuksen kanssa, jonka mukaan hallintoviranomaisella tulee olla kan-
sallisen oikeuden mukaan oikeus uudelleen käsittelyyn ylimmän tuomiois-
tuimen tuomiosta huolimatta. Voidaan arvioida, että monessakaan valtios-
sa korkeimman oikeusasteen tuomioon päättyneen siviiliasian uudelleen-

²³⁹ C-249/11 *Byankov*, tuomion k. 73 ja 79–81.

²⁴⁰ C-249/11 *Byankov*, tuomion k. 68 ja 80.

²⁴¹ Ks. C-234/04 *Kapferer*, tuomion k. 23, jossa väisteltiin kysymystä toteamalla, että jos kriteerit *olisivat* sovellettavissa tuomioistuinasioihin, ne eivät tapauksen olosuhteissa ainakaan täytyisi. Tämä epätarkkuus on tuotu esiin useissa myöhemmissä yhteyksissä, ks. esim. *Tizzano – Gencarelli* 2011 s. 273; *Raitio* DL 2012 s. 415; C-2/08 *Fallimento Olimpiclub*, ratkaisuehdotuksen k. 51. Torjuva kanta tällaisesta sovellettavuudesta ilmenee esim. ratkaisuehdotuksista asioissa C-234/04 *Kapferer*, k. 25, ja C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, k. 98.

käsittely alioikeudessa paremman *laintulkintaratkaisun* löytämiseksi ei joka tapauksessa kävisi pänsä, tai jos kävisi, voidaan kysyä, jäisikö instanssijärjestyksen periaatteesta mitään jäljelle. Eri asia ovat uusiin seikkoihin tai uuteen näyttöön liittyvät tilanteet. Suomessakin uudelleen käsittely tuomion *jälkeen syntyvän uuden olosuhteen (oikeustositseikan) perusteella* on mahdollista oikeusvoimaan liittyvän jälkisattumusopin perusteella,²⁴² ja myös näyttökysymysten suhteen on toisinaan pohdittu uudelleen käsittelymahdollisuuksien laajentamista²⁴³. Lainsoveltamisvirheisiin liittyvät Kühne & Heitz -kriteerit on kuitenkin siviilituomioiden osalta syytä unohtaa; oleellisempaa on pohtia tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteiden ulottuvuutta ja purevuutta suhteessa lopullisiin tuomioistuinratkaisuihin.

Suomessa Kühne & Heitz -kriteerit lienevät hallintopäätösten tapauksessakin hyödyttömiä. Kuten Mäenpää on todennut, kriteerit eivät Suomessa täyty, koska hallintolain 50 §:n mukainen hallintopäätöksen asiasisältöinen korjaaminen ei ole mahdollista, jos asiaa koskeva muutoksenhaku on ratkaistu lainvoimaisesti.²⁴⁴ Olennaista on ymmärtää Kühne & Heitz -oikeuskäytännön konteksti: hollantilaisessa järjestelmässä hallintopäätösten oikeusvoimaisuus on heikkoa ja viranomaisissa tapahtuvaan uudelleen käsittelyyn on laajat mahdollisuudet. Suomessa puolestaan hallintoviranomaisten päätökset (pois lukien mm. kielteiset etusja lupapäätökset²⁴⁵) ovat lähtökohtaisesti oikeusvoimakykyisiä, eikä hallintolainkäyttö rajoitu olemaan vain kassaatioluonteista viranomaispäätösten laillisuusvalvontaa, vaan selvästi sisällöllisempää muutoksenhakua, jossa voidaan antaa lopullisia asiaratkaisuja.²⁴⁶ Edellä selostetul-

²⁴² Oikeusvoima ei estä jälkisattumustilanteiden tutkimista uudessa menettelyssä, kunhan kyse on lainvoimaisen tuomion *jälkeen* syntyneestä, kokonaan uudesta olosuhteesta (ks. *Lappalainen* 2001 s. 456 ss.). Seikka, joka on jo ensimmäisen menettelyn aikaan ollut olemassa, voi taas tulla arvioitavaksi tuomionpurkusäänöksiä vasten. Monissa muissakin maissa jälkisattumustilanteet voivat oikeuttaa poikkeamaan oikeusvoimasta joko uuden menettelyn sallimisen tai ylimääräisen muutoksenhaun tietä (ks. *BIICL-tutkimusraportin* s. 18 alaviite 63).

²⁴³ Ks. *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 126–127.

²⁴⁴ *Mäenpää* 2007 s. 607; *Mäenpää* 2011 s. 276. Ks. myös *Kulla* 2012 s. 300; *Kanninen* 2014 s. 191–192. Toisaalta muutoksenhaun rinnakkainen vireilläolo ei vielä estä asiavirheen korjaamista viranomaisessa, ks. *HE 226/2009 vp* s. 61. – Ruotsin hallintolain 27 §:ssä on säädetty aikarajaksi asiakirjojen toimittaminen muutoksenhakuinstanssiin (ks. *RP 1985:86/80* s. 77; *Wall* 2014 s. 142).

²⁴⁵ Niissä hallintoasioissa, jotka eivät saa lainkaan oikeusvoimaa (erityisesti kielteiset lupapäätökset), asian saattaminen uuteen käsittelyyn on taas mahdollista riippumatta mahdollisesta EU-oikeuden vastaisuudesta, joten Kühne & Heitz -kriteerien pohdinta ei liene tässäkään relevanttia.

²⁴⁶ *Kanninen* (2010 s. 219, 224–225 ja 230) vertailee artikkelissaan Suomen tilannetta ranskalaistyyppiseen hallintolainkäytön järjestelmään, johon laajassa mielessä voidaan lukea myös Alankomaiden järjestelmä. Erityisesti voidaan kiinnittää huomiota havaintoon,

la oikeusjärjestelmien erilaisuudella lienee selitettävissä sekin suomalaisin silmin ensi näkemältä erikoiselta vaikuttava seikka, että Kühne & Heitz -tapausta muistellaan ulkomaisessa kirjoittelussa usein ”vain hallintopäätöksiä” (eikä ”tuomioistuinratkaisuja”) koskevana, vaikka samaan aikaan tapauksessa hallintopäätös oli kiistatta tullut *ylimmän mahdollisen tuomioistuimen pysyttämäksi*.²⁴⁷ Kahdesta tuomioistuinlinjastamme huolimatta hallintolainkäyttö mielletään meillä vahvasti osaksi tuomioistuinlaitosta.²⁴⁸ Hallintopäätös–tuomio-relaatiota tulee tällöin herkästi korostaneeksi, vaikka eurooppalaisessa kontekstissa yhtäältä rikos- ja siviilituomiot (*judicial decisions, décisions judiciaires*) ja toisaalta hallinto-/hallintolainkäyttöpäätökset (*administrative decisions, décisions administratives*) on ehkä tyypillisempi jakolinja.²⁴⁹

Mitä sitten voidaan todeta tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteista? i-21 Germany -tuomiota voidaan pitää muistutuksena velvollisuudesta tutkia tarkoin sitä, onko kansallisessa oikeudessa olemassa riski siitä, että EU-oikeuden vastaisuuteen voidaan puuttua heikommin kuin kansallisen oikeuden vastaisuuteen. Arvioinnissa ei välttämättä ole riittävää pitäytyä kansallisten purkunormistojen sanamuodoissa, vaan usein vasta oikeuskäytännössä tosiasiaa sovellettujen, ylimääräistä muutoksenhakua koskevien tulkintojen vertailu luo riittävän pohjan vastaavuusperiaatteen mukaiselle arvioinnille. EUT:n lähestymistapaa vastaavuusperiaatteeseen onkin luonnehdittu ei-formalistiseksi.²⁵⁰

Byankov-tapausta voidaan pitää esimerkkinä siitä, että vastaavuusperiaatteen kannalta täysin hyväksyttävässä tilanteessa, jossa yksilö on vieläpä jättänyt turvautumatta tavanomaisiin muutoksenhakekeinoihin, voi syntyä niin vakava EU-oikeuden loukkaus, että *tehokkuusperiaate* syrjäyttää kan-

jonka mukaan kokonaiskuvaksi ranskalaisesta mallista jää tuomarin varovainen ja pidättyväinen puuttuminen hallinnon toimintaan, lähtökohtaisen tiukka sidonnaisuus esitettyihin valitusperusteisiin sekä hallintolainkäytön objektiivisen laillisuuskontrollin luonne (s. 225). Suomessa taas valitusinstanssi ei esimerkiksi ole rajoitettu vain joko päätöksen kumoamiseen tai valituksen hylkäämiseen, vaan voi antaa asiaratkaisun, eikä ole myöskään tiukasti sidottu esitettyihin valitusperusteisiin (s. 230).

²⁴⁷ Jo Kühne & Heitz -kriteereihin itseensä sisältyy vaatimus asiaa viimeisenä oikeusasteena käsitelleestä tuomioistuimesta, jonka kyseinen alankomaalainen elin siis täytti.

²⁴⁸ Esimerkiksi Kanninen (2010 s. 219) toteaa, että suomalainen hallintolainkäyttö on huomattavasti vahvemmin osa *tuomioistuinlaitosta* kuin esimerkiksi Ranskassa, Alankomaissa, Belgiassa tai Italiassa. Ks. oikeushistoriallisesti myös Kulla 2003 s. 246, jossa todetaan, että Ranskassa hallintolainkäytön ja yleisen lainkäytön välillä vallitsi tiukka toimivaljanjako siten, että valtiovalan kolmijaossa *hallintolainkäyttö jäi osaksi toimeenpanovaltaa*.

²⁴⁹ Ks. esim. C-234/04 *Kapferer*, tuomion k. 23; C-2/08 *Fallimento Olimpiclub*, ratkaisuehdotuksen k. 51.

²⁵⁰ Ks. *Kornezov* CMLR 2014 s. 834.

sallisen ratkaisun pysyvyyden. Tapauksesta käy ilmi, ettei uudelleen käsittelyä tai purkamista koskevassa harkinnassa ole aina riittävää pitäytyä pelkästään lainvoimaisuuteen johtaneen kansallisen prosessin menettelyllis-muodollisen tason arvioinnissa (oliko tuomioistuin esittänyt ennakkoratkaisupyynnön; oliko yksilö turvautunut käytettävissään oleviin muutoksenhaikokeinoihin; ovatko prosessisäännöt vastaavuusperiaatteen mukaisia), vaan intressipunninnassa tulisi huomioida myös *aineellisia* tekijöitä, kuten oikeudenloukkauksen laatu ja seuraukset. Byankov-tapaus muistuttaa myös, ettei jäsenvaltion vahingonkorvausvastuu pysty kaikissa tilanteissa tyydyttävästi korjaamaan unionioikeuden loukkauksia. Siinä missä saamatta jääneet vientituet ja laittomasti kannetut verot ovat vuosien kuluksi palautettavissa korkoineen, olisi rahallinen korvaus vain laiha lohtu Byankoville, joka olisi käytännössä loppuelämänsä ajan ollut estynyt käyttämästä oikeuttaan vapaaseen liikkumiseen ja oleskeluun unionin alueella.²⁵¹ Lisäksi kyseessä oli periaatteessa kestoiltaan rajoittamaton EU-oikeuteen perustuvien oikeuksien loukkaus, toisin kuin esimerkiksi kertaluonteisessa rahallista etuutta koskevassa loukkauksessa.

Byankov-ratkaisussa oli siis useita uudelleen käsittelyä puoltaneita elementtejä, kuten EUT:n tuomiostakin ilmenee. Lisäksi, vaikka EUT ei kolikon kääntöpuolta kovin tarkkaan tutkinut, voidaan pro & contra -hengessä myös pohtia, oliko käsillä lopulta mitään oikeusvarmuuden osatekijää tai muuta päätöksen pysyvyyttä vahvasti puoltanutta elementtiä. Mielestäni oikeusvarmuuteen liittyvän ennakoitavuusvaatimuksen näkökulmasta olisi ollut pikemminkin yllättävää, jos EU-oikeuden vastainen päätös olisi pysytetty. Ennakoitavuus tulisi sitä paitsi viranomaisen–yksilö-suhteessa ymmärtää nimenomaan yksilön oikeudeksi tietää ennakkoon, miten valtio sääntelee hänen asemaansa, eikä päinvastoin. Valtio ei voi saada luottamuksensuojaa Byankovin pysyttämiseksi maan rajojen sisällä, eikä velkojienkaan mahdollisia odotuksia voitane tilanteen laittomuus huomioon ottaen pitää oikeutettuina, etenkin kun muu EU-lainsäädäntö turvaa velkaosaatavien rajat ylittävää täytäntöönpanoa. Oikeusrauha ja oikeussuhteiden vakaus eivät järkkyyneet, kun itse asiassa maastapoistumiskieltoa koskeville ratkaisuille on tyypillistä, että niitä on voitava tarkastella uudelleen määrärajoin. Hyvän lainkäyttö- ja hallintojärjestelmän kärsimä pieni periaatteellinen tappio sen suhteen, ettei Byankov ollut itse aikanaan aktiivisesti käyttänyt muutoksenhaikokeinoja, jää sekin heikoksi argumentiksi: kyse vaikuttaa olleen Bulgarian lainsäädännössä ja hallintokäytännössä vallinneesta systeemisestä virheestä. Tämä saa pohtimaan, olisiko ollut kovinkaan

²⁵¹ Samoin *Kornezov* CMLR 2014 s. 838.

mielekästä edellyttää Byankovilta täyttä aktiivisuutta ennen EUT:lta saatua eksplisiittistä kannanottoa.

4.4 Tuomioistuinratkaisun (judicial decision) purkaminen tai uudelleen käsittely

4.4.1 Oikeuskäytäntöä

A) *Kapferer*-asia (2006) koskee periaatteessa velvollisuutta lopullisen siviiliasian uudelleen käsittelyyn. Siinä oli kuitenkin kysymys ainoastaan yhdestä oikeusjutun osakysymyksestä eli tuomioistuimelta EU-sääntelyn perusteella mahdollisesti puuttuneesta toimivallasta. Tämä osakysymys oli tullut lainvoimaisesti käsitellyksi sen johdosta, ettei sitä koskevaan prosessiväitteeseen annetusta alioikeuden ratkaisusta ollut muutoksenhaun yhteydessä valitettu. Asia oli muutoin edelleen vireillä muutoksenhakuaatteessa. Muutoksenhakutuomioistuin tiedusteli EUT:lta, oliko sillä velvollisuus viran puolesta käsitellä edellä mainittu toimivaltakysymys uudelleen. Vastaus oli kielteinen, ja lähes ainoana sisällöllisenä perusteluna tälle lopputulokselle EUT esitti sen, ettei asiassa ollut ilmennyt, että tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteita olisi loukattu.²⁵² Erityisesti sen johdosta, että kyse oli vireillä olevasta asiasta, jossa tuomioistuin pohti kysymyksen uudelleentarkastelua omasta aloitteestaan eikä esimerkiksi purkuvaatimuksen johdosta, siitä ei voida tehdä suuria johtopäätöksiä tutkittavana olevan teeman kannalta. On myös korostettava, että tuomioistuimen toimivaltakysymys ilmeni horisontaalisessa suhteessa, toisin sanoen epäselvyys vallitsi siitä, mikä *kansallisen tason tuomioistuin* oli asetuksen (EY) 44/2001 perusteella toimivaltainen. Kysymys ei ollut EU:n toimielimelle kuuluvan toimivallan loukkauksesta.

B) *Târşia* (2015) on ensimmäinen tapaus, joka koskee EU-oikeuden mahdollista purkuvaikutusta nimenomaan suhteessa lainvoimaiseen ei-halvinnolliseen tuomioistuinratkaisuun. Tapauksen taustalla oli Romaniassa vallinnut virheellinen tulkinta maahantuotujen autojen ympäristöverotuksen alalla.

Târşia oli ostanut aiemmin Ranskassa rekisteröidyn ajoneuvon, jonka rekisteröiminen Romaniassa edellytti erään erityisveron maksamista. *Târşia* maksoi erityisveron ja sai auton rekisteröidyksi. Myöhemmin hän vaati siviilituomioistuimessa veron palauttamista vedoten EU-oikeuden

²⁵² C-234/04 *Kapferer*, tuomion k. 22.

vastaisuuteen, mutta sai lainvoimaiseksi tullessa tuomioissa vain osan takaisin. Noin kolmen vuoden kuluttua Târşia haki edellä mainitun siviilituomion purkamista saatuaan tietää tällä välin annetusta EUT:n tuomiosta asiassa C-402/09 Tatu, jossa Romanian kansallisen oikeuden ristiriita EU-oikeuden kanssa kävi ilmeiseksi. Hän perusti hakemuksensa *hallintolainkäyttölain* purkusäännökseen, joka koski EUT:n myöhemmän oikeuskäytännön valossa virheelliseksi osoittautuvia tuomioita. Romanian *siviiliprosessilaissa* vastaavaa säännöstä ei ollut. Tämän johdosta purkuhakemusta käsitellyt tuomioistuin esitti EUT:lle ennakoratkaisukysymyksen siitä, oliko EU-oikeus esteenä Romanian järjestelylle, jossa hallintolainkäytössä EU-oikeuden vastaisia tuomioita oli mahdollista purkaa, kun taas siviili- ja rikoslainkäytössä tätä mahdollisuutta ei ollut.

4.4.2 Târşia-ratkaisuehdotus sekä pohdintaa vastaavuusperiaatteen tulevaisuudesta oikeusvoimakysymyksen käsittelyssä

Julkisasiamies Jääskinen totesi ratkaisuehdotuksessaan ensin, ettei Romanian prosessioikeus loukannut unionin primaarioikeuden määräyksiä tehokkaan oikeussuojan järjestämisestä, kun Romaniassa oli sinänsä mahdollista hakea muutosta viranomaisten päätöksiin.²⁵³ Toiseksi Jääskinen tarkasteli Romaniassa ilmennyttyä epäselvyyttä siitä, millä tuomioistuinlinjoilla oli toimivalta käsitellä pääasian kaltaisia asioita. Komission huomautusten mukaan tällaisia kanteita oli nostettu sekä hallinto- että siviilituomioistuimissa, kun taas Romanian hallitus korosti, ettei siviilituomioistuin ollut missään tapauksessa toimivaltaa käsitellä näitä asioita.²⁵⁴ Jääskisen mukaan tällainen tilanne saattoi olla vastoin perusoikeuskirjan 47 artiklaa (oikeus tehokkaisuuteen oikeussuojakeinoihin) ja oikeusvarmuuden periaatetta, ja edelleen vastoin tehokkuusperiaatettakin, jos se teki unionioikeuden vastaisen ympäristöveron palauttamisen käytännössä mahdottomaksi tai suhteettoman vaikeaksi.²⁵⁵

Tutkittavana olevan aiheen kannalta Târşian kiinnostavin anti liittyy kuitenkin vastaavuusperiaatteen mukaiseen arviointiin. Vastaavuusperiaate

²⁵³ C-69/14 *Târşia*, ratkaisuehdotuksen k. 29–32.

²⁵⁴ C-69/14 *Târşia*, ratkaisuehdotuksen k. 34–39.

²⁵⁵ C-69/14 *Târşia*, ratkaisuehdotuksen k. 34–35, 39 ja 43–46. Kohdassa 46 tehokkuusperiaatteen mukainen arviointi ehdotettiin jätettäväksi kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi, mutta sillä evästyksellä, että ”sekaannus siitä, olisiko moottoriajoneuvojen ympäristöveron palautusvaatimusta esitettäessä pitänyt turvautua siviili- vai hallinto-oikeudellisiin oikeussuojakeinoihin, näyttää tuottavan tällaisen vaikutuksen”.

ei edellytä vastaavuutta kansallisessa oikeudessa säädettyjen eri lainkäytönmenettelyjen välillä, minkä vuoksi Jääskinen perustellusti katsoi, ettei vastaavuusperiaatetta loukannut Romanian oikeuden tarjoama heikompi purkumahdollisuus siviiliprosessin kuin hallintoprosessin alueella.²⁵⁶ Sen sijaan Jääskinen totesi seuraavaa:

”Vastaavuusperiaate on esteenä sellaisille kansallisille säännöksille, joissa sallitaan siviilioikeudenkäynnissä annetun kansallisen tuomioistuininratkaisun purkaminen

1. kansallisen perustuslakituomioistuimen tai
2. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen myöhemmän tuomion perusteella

mutta joissa ei anneta tätä mahdollisuutta myöhemmän unionin tuomioistuimen tuomion noudattamiseksi.”²⁵⁷

Ratkaisuehdotusta voidaan pitää varsin edistyksellisenä. Aivan uudesta laajennuksesta ei *perustuslakiin* rinnastamisen osalta kuitenkaan ollut kyse. Esimerkiksi asiassa *Transportes Urbanos y Servicios Generales EUT* rinnasti kansallisen *perustuslain* loukkauksesta ja *EU-oikeuden* loukkauksesta aiheutuneen vahingon käsittelyedellytykset toisiinsa. Tapauksessa katsottiin vastaavuusperiaatteen olevan esteenä sellaisen kansallisen säännöksen soveltamiselle, jonka mukaan EU-oikeuden loukkaamiseen perustuva vahingonkorvausvaatimus valtiota kohtaan voi menestyä vain, jos hakija on ennen vaatimuksen esittämistä turvautunut kaikkiin kansallisiin muutoksenhakukeinoihin hallintotoimen riittauttamiseksi, kun tällaista rajoitusta ei sovellettu perustuslain rikkomistapauksiin.²⁵⁸ Vastaavan kaltainen rinnastus sisältyy *Weber’s Wine World ym.-asiaan*, jossa vertailtaviksi tulivat perustuslain vastaisuuteen ja EU-oikeuden vastaisuuteen perustuvat verojen palautusvaatimukset.²⁵⁹

Uutuutena voidaan pitää nimenomaista viittausta siihen, että vastaavuusperiaate voisi edellyttää *EIS:n* rikkomistilanteita koskevien menettelyjen soveltamista myös EU-oikeuden loukkaustilanteissa. Tältä osin ei

²⁵⁶ C-69/14 *Târșia*, ratkaisuehdotuksen k. 49. Jääskinen torjui myös Târșian väitteet epäyhdenvertaisesta kohtelusta lain edessä todettuun, että oikeuspoliittisista syistä voi seurata oikeutettuja eroavaisuuksia hallinto-, rikos- ja siviiliprosessuaalisten oikeusvoimaoppien välillä, ja huomautettuaan, että epäyhdenvertaisesta kohtelusta on kyse vain, jos tilanteet ovat rinnastettavissa toisiinsa, kuten nyt – hallintoprosessin ja siviiliprosessin välillä – ei ollut (k. 50–51).

²⁵⁷ C-69/14 *Târșia*, ratkaisuehdotuksen k. 54.

²⁵⁸ C-118/08 *Transportes Urbanos y Servicios Generales* [2010] Kok. I-635, tuomion k. 44–48.

²⁵⁹ C-147/01 *Weber’s Wine World ym.* [2003] Kok. I-11365, tuomion k. 104–108.

nähdäkseni ole aiempaa vastaavaa EUT:n oikeuskäytäntöä. Sinänsä rinnastusta ei estä se, että EU ja EIS ovat hyvin erilaisia järjestelmiä, kun kyse on joka tapauksessa niitä koskevien *kansallisten menettelysääntöjen* vertailusta. Kyse on pikemminkin siitä, voidaanko EIS katsoa osaksi kansallista oikeutta (riippumatta sen inkorporoinnin tarkemmasta muodosta) siinä mielessä, että EU-oikeuden voitaisiin edellyttää saavan samantasoista kohtelua kuin tämä EIS:n muodostama ”kansallinen oikeus”.

EUT:n vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan vastaavuusperiaatteen mukainen rinnastettavuus edellyttää, että menettelyjä voidaan ”kyseisten oikeussuojakeinojen *kohde ja olennaiset piirteet* huomioon ottaen – – pitää *samankaltais[i]na*”.²⁶⁰ Kornezov tuntuu olevan vahvasti sitä mieltä, että EIS:n ja EU-oikeuden loukkaukseen liittyvien oikeussuojakeinojen välillä on riittävä samankaltaisuus, ottaen huomioon, että 1) myös EU-oikeuden loukkauksessa voi olla kysymys EU-oikeudessa tunnustettujen perusoikeuksien ja periaatteiden loukkauksesta, 2) molemmissa tapauksissa on kyse kansalliseen oikeuteen nähden hierarkkisesti ylemmän oikeusnormin loukkaamisesta ja tällaisen loukkaamisen korjaamisesta, ja 3) molemmissa tapauksissa loukkaus käy ilmi ylikansallisissa tuomioistuimissa, joiden tuomiot sitovat jäsenvaltioita.²⁶¹ Huomioiden valossa vaikuttaisi asianmukaiselta esimerkiksi turvata ylimääräinen muutoksenhakukeino niissä jäsenvaltioissa, joissa EU-oikeuden loukkauksen varalta sellaista ei ole, vaikka EIS:n osalta on.

Toisaalta rinnastuksen suhteen voidaan esittää myös toisensuuntaisia arvioita. Ensinnäkin voidaan pohtia, johtuisiko EIT:n kontrollin *jälkikäiteisestä* luonteesta (siinä missä EU:n oikeussuojajärjestelmälle on ominaista laajempi vaikuttavuus kaikessa kansallisessa menettelyssä jo vireilläolon aikana, ennakkoratkaisumenettely mukaan lukien),²⁶² että jäsenvaltioiden voidaan oikeutetusti ”sallia” paremman jälkikäiteiskohtelun tarjoaminen EIS:n loukkaustilanteissa. Samasta syystä siinä missä EIT:n tuomiosta saadaan eksplisiittinen kannanotto *samaa yksittäistapausta suoraan* koskevasta EIS:n vastaisuudesta tai mukaisuudesta, EU-oikeuden loukkaus käy hyvin usein ilmi (mahdollisesti eri valtiossa tapahtuvaan) *eri yksittäistapaukseen* liittyvästä EUT:n tuomiosta ja tavallaan vain *välillisesti erga omnes-* ja *extunc-*vaikutusten kautta.²⁶³ Tällöin EU/EIS-vastaavuusrinnastus

²⁶⁰ C-118/08 *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, tuomion k. 35. Kursivoinnit lisätty. Samoin esim. C-78/98 *Preston ym.*, tuomion k. 49.

²⁶¹ *Kornezov* CMLR 2014 s. 835–836.

²⁶² Ks. tällaisesta vertailusta *Pellonpää* 2010 s. 386.

²⁶³ Toisaalta komission rikkomuskanteen kautta voidaan saada EUT:n jälkikäiteinen eksplisiittinen kannanotto samasta konkreettisesta loukkaustilanteesta. Edelleen on mahdollista,

voisi aiheuttaa tulkinta- ja rajanveto-ongelmia ja periaatteessa hallitsemattoman laajentumisen purkumahdollisuuteen. Edelleen, Kornezovin esittämää ensimmäistä samankaltaisuusargumenttia (EU-oikeuden perusoikeusulottuvuus) tarkemmin tutkittaessa voi olla vaikeaa vetää rajaa sen suhteen, minkälainen EU-oikeuden loukkaus – vaiko kai- kenlainen – rinnastuisi ihmisoikeusloukkaukseen. Voisiko kysymykseen tulla vain EU:n peruseriaatteiden ja perusoikeuksien rikkominen tai kenties *Impresa Pizzarotti*-ratkaisun hengessä ”olennaisia unionin oikeussään- töjä”²⁶⁴ sisältävän säännösten loukkaus? Vai olisiko kaikki, myös kaikkein teknisuonteisimman sekundäärilainsäädännön rikkomista koskevat me- nettelyt, rinnastettava ihmisoikeusloukkausten korjaamista koskeviin me- nettelyihin?

Suomen lainsäädännön purkunormeja tarkasteltaessa EU-oikeuden ja EIS:n loukkausten rinnastaminen saisi varsin rajallisesti suoria käytännön sovellutuksia. Tällä hetkellä ainut EIS:n loukkausta koskeva erityinen yli- määräisen muutoksenhaun normi koskee vain hakemuksen tekemiselle va- rattua määräaika *oikeudenkäyntivirhettä* koskevan langettavan EIT:n tuo- mion tapauksessa (OK 31:2.3). Eri asia on, että oikeuskäytännössä ihmis- oikeusloukkausten osalta noudatetut mahdolliset selvät tulkintalinjat olisi vastaavuuden nimissä syytä ottaa vertailukohdaksi myös EU-oikeuden loukkauksia koskevan ylimääräisen muutoksenhaun yhteydessä vastaa- vuuseriaatteen edellytysten täytyessä.²⁶⁵

4.4.3 *Târşia*-tuomio sekä pohdintaa EUT:n oikeuskäytännön kasuismista oikeusvoimakysymyksen käsittelyssä

EUT:n suuren jaoston *Târşia*-tuomiossa ei seurattu niitä Jääskisen ratkai- suehdotuksen kohtia, joita on edellisessä alajaksossa arvioitu edistykselli-

että myöhemmin eri asiassa esitetty ennakkoratkaisupyynnö tuottaa hyvinkin selvän vas- tauksen, joka riidattomasti osoittaa aiemmissa asioissa (eri yksittäistapauksissa) noudatetun kansallisen tulkintalinjan vääräksi.

²⁶⁴ C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, tuomion k. 63. Tällä ilmauksella EUT evästi kansallista tuomioistuinta niiden keinojen etsimiseen, joilla EU-oikeuden vastainen ratkaisu saataisiin peruutetuksi tai täydennetyksi.

²⁶⁵ Kysymykseksi voisi herätä esimerkiksi se, olisiko ratkaisun KKO 2011:100, k. 21, tyyppinen purkumääräaikaisten joustava tulkinta EIT:n toteaman sopimusloukkauksen kor- jaamiseksi tarjottava myös EUT:n käytännön kautta ilmenevien EU-oikeuden loukkausten korjaamiseksi. Rinnastettavuus ei tosin toteudu siinä mielessä, että niin OK 31:2.3 kuin ratkaisun KKO 2011:100 oikeusohje koskevat *saman yksittäistapauksen* johdosta annettua EIT:n ratkaisua. Ks. myös KKO 2009:80, k. 7.

sinä avauksina. EUT rajasi ratkaisunsa vain siihen, mikä oli ennakkoratkaisukysymyksiin vastaamiseksi välttämätöntä.

EUT muistutti perusteluissaan ensin jäsenvaltion velvollisuudesta palauttaa EU-oikeuden vastaisesti perityt verot yksityisille ja siitä, että tätä koskevien unionioikeudellisten menettelysääntöjen puuttuessa jäsenvaltiot voivat prosessiautonomian periaatteen mukaisesti määrittää menettelysäännöt tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteita kunnioittaen.²⁶⁶ Tämän jälkeen muistutettiin oikeusvoiman periaatteen tärkeydestä ja todettiin, ettei unionin oikeus edellytä tuomioistuinratkaisun oikeusvoimaisuutta koskevien kansallisten sääntöjen soveltamatta jättämistä.²⁶⁷ Seuraavassa perustelukohdassa pyrittiin tarkentamaan tilannetta: ”Jos sovellettaviin kansallisiin menettelysääntöihin sisältyy mahdollisuus, että kansallinen tuomioistuin voi tietyin edellytyksin peruuttaa oikeusvoimaisen ratkaisun muuttaakseen tilanteen kansallisen oikeuden mukaiseksi, tätä mahdollisuutta on vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteiden mukaisesti käytettävä, jos kyseiset edellytykset täyttyvät, jotta kyseinen tilanne saatetaan jälleen yhdenmukaiseksi unionin säännösten kanssa.”²⁶⁸ Monimutkainen lausuma viitanee siihen, ettei edes tehokkuusperiaatteella voida ”luoda tyhjistä” purkuvelvollisuutta, jos kansallinen oikeus tai sen kyseessä oleva prosessilaji ei esimerkiksi lainkaan tunne purkumahdollisuutta.

Varsinaisessa asian arvioinnissa todettiin, ettei vastaavuusperiaate edellyttänyt purkumahdollisuutta Romanian siviiliprosessiin sen johdosta, että sellainen sisältyi kansalliseen hallintoprosessiin.²⁶⁹ Tehokkuusperiaatteen mukaisen arvioinnin osalta muistutettiin aluksi tarkastelun yleisestä viitekehyksestä eli siitä, että tarkastelussa on otettava huomioon menettelysääntöjen merkitys koko oikeudenkäynnin, sen kulun sekä näiden sääntöjen erityispiirteiden kannalta eri kansallisissa oikeuselimissä. Tarvittaessa on otettava huomioon kansallisen tuomioistuinjärjestelmän perustana olevat periaatteet, kuten puolustautumisoikeuksien suojaaminen, oikeusvarmuuden periaate sekä oikeudenkäynnin moitteeton kulku.²⁷⁰ Varsinainen sisällöllinen arviointi oli äärimmäisen muodollinen ja perusteluarvoltaan minimaalinen:

²⁶⁶ C-69/14 *Târșia*, tuomion k. 25–27.

²⁶⁷ C-69/14 *Târșia*, tuomion k. 28–29. Kohdassa 38 kuitenkin ”– – unionin oikeudessa ei edellytetä sitä, että kansallisen lainkäyttöelimen olisi lähtökohtaisesti peruutettava oikeusvoimainen ratkaisunsa – –”.

²⁶⁸ C-69/14 *Târșia*, tuomion k. 30.

²⁶⁹ C-69/14 *Târșia*, tuomion k. 32–35.

²⁷⁰ C-69/14 *Târșia*, tuomion k. 36–37.

”Nyt esillä olevassa asiassa *mikään* unionin tuomioistuimen käytettävissä olevasta *asiakirja-aineistosta ilmenevä, pääasiaan liittyvä erityinen seikka ei oikeuta poikkeamaan* edellä 28 ja 29 kohdassa mainitussa oikeuskäytännössä omaksutusta *lähestymistavasta, jonka mukaan unionin oikeudessa ei edellytetä, että kansallisen tuomioistuimen olisi jätettävä soveltamatta kansallisia menettelysääntöjä, joiden perusteella tuomioistuinratkaisu on oikeusvoimainen, vaikka siten olisi mahdollista lopettaa unionin oikeuden vastainen kansallinen tilanne.*”²⁷¹

Kohdassa 40 todettiin, että Tärşialla on mahdollisuus nostaa Romanian valtiota vastaan vahingonkorvauskanne, mille voidaan antaa tapauksen arvioinnissa tiettyä merkitystä. Tämä ei silti poista sitä tosiasiaa, ettei EUT antanut mitään sisällöllistä perustelua sille, miksei purkuvelvollisuutta ollut. Auki jäävät esimerkiksi seuraavat kysymykset:

- Mikä olisi voinut olla sellainen ”pääasiaan liittyvä erityinen seikka”, joka olisi johtanut siihen, että tehokkuusperiaate syrjäyttää oikeusvoimaisuuden?
- Mitkä olivat ne asiakirja-aineistosta ilmenevät seikat, jotka eivät yhdessäkään riittäneet oikeusvoimaisuudesta poikkeamiseen ja mistä syystä ne eivät tällaista seurausta aiheuttaneet?
- Oliko konkreettisia vastasyitä, jotka puolsivat oikeusvoiman kunnioittamista (muuta kuin kohdassa 40 mainittu mahdollisuus vaatia vahingonkorvausta, jota sitäkään ei suoraan esitetty oikeusvoiman pysyvyyttä puoltavana seikkana)?

Tärşia-ratkaisu sinetöi sen monille oikeusvoimakysymystä koskeville ennakkoratkaisuille ominaisen kasuistisen lähestymistavan, josta EU-tuomioistuinta on kritisoitu. Avointen perustelujen puuttuessa kansallisille tuomioistuimille on purkuharkinnassa yhä epäselvempää, milloin EU-oikeudesta johtuva purkuvelvollisuus voi aktualisoitua, kun toisaalta *Tärşias-ta käy täysin selvästi ilmi, että muunlaisissa tapausolosuhteissa purkuvelvollisuus olisi hyvinkin voinut aktualisoitua siitä huolimatta, että kyse oli siviilituomiosta*. Tällainen epäselvyys johtaa jopa kysymään, tulisiko kansallisen tuomioistuimen unionioikeuden loukkaukseen perustuvaa purkuhakemusta käsitellessään käytännössä aina kääntyä EUT:n puoleen, jos kerran vain EUT:lla on välineet tehdä tapauskohtainen arvio pääasiaan liittyvistä erityisistä seikoista.²⁷² Todennäköisempää on, että kansallisilla

²⁷¹ C-69/14 *Tärşia*, tuomion k. 39. Kursivoinnit lisätty.

²⁷² Tällä en tarkoita väittää, että purkuhakemuksen käsittelyn yhteydessä ennakkoratkaisun pyytämiseen olisi SEUT 267(3) artiklan mukainen *velvollisuus*. Selvää on, että ylimääräisen

tuomioistuimilla on suuri houkutus käyttää Tärşiaa apuna purkuvaatimusten torjumiselle – mikä puolestaan johtaa kysymään, onko EUT tätä halunnutkin.

Vaikka minimalistinen perustelutapa voi tuntua ratkaisun lukijasta turhautavalta, on sille myös syynsä. Unionin tuomioistuimen presidentti *Lenaerts* on käyttänyt ilmaisua *stone-by-stone approach* tavasta, jolla EUT oikeuskäytäntöään ja perustelujensa argumentaatiota usein rakentaa. Etenkin kiperissä tai perustuslaillisesti tai poliittisesti merkittävissä kysymyksissä EUT tyypillisesti välttää laajan, kaikenkattavan ratkaisukehyksen luomista yhdellä tapauksella, vaikka käsillä oleva tapaus sen mahdollistaisikin. Tällaisten ”pitkien hyppyjen” ottamisen sijaan EUT rajoittuu monesti ratkaisemaan kussakin ennakkoratkaisupyynnössä esiintyvän ongelman kerrallaan, rakentaen ”kivi kiveltä”. Yhtenä käytännöllisenä syynä tälle tilanteelle hän näkee sen, että EUT:n konsensusperusteisessa ratkaisutoiminnassa, jossa eriäviä mielipiteitä ei julkaista, pyrkimys mahdollisimman monen jäsenen mielipiteen huomioimiseen johtaa luonnostaan siihen, että ratkaisu rajoittuu vain siihen, mikä kansalliselle tuomioistuimelle vastattaessa on kaikkein olennaisinta. Mutta tiettyä oikeudellista varovaisuutta (judicial prudence) puoltaa laajemmin myös EUT:n ja kansallisten tuomioistuinten välisen dialogin kunnioittaminen ja ennakkoratkaisumenettelyn dynamiikka. Mikäli EUT:n argumentaatiiodiskurssi pyrki kaikenkattavien, abstrahoitujen vastausten antamiseen heti tilaisuuden tullen, tämä voisi vaarantaa kansallisten tuomioistuinten osallistumisen rakentavaan dialogiin ja heikentää EUT:n oikeuskäytännön kehittymistä järkevällä, tasapainoisella ja EUT:n ratkaisujen legitimitetin kannalta suotuisalla tavalla.²⁷³

Tärşia-tapausta voidaan edeltävään viitaten pitää kiistatta merkittävää ja perustuslaillisesti hyvin herkkää aihetta koskevana. Mutta oliko se ensimmäinen ennakkoratkaisu laatuaan suhteessa käsittelemäänsä ongelmaan – siis ensimmäinen ”varovainen kivi” eikä ”kivi kiveltä”? Oli ja ei. Kuten tämän artikkelin lukija on huomannut, EU-oikeuden vaikutuksesta kansalliseen oikeusvoimaan on jo kosolti ratkaisuja. Mutta lukija, joka voi pääpiirteissään hyväksyä hyödyntämäni prosessuaalisen systematisoinnin, voi havaita, että Tärşia itse asiassa on ensimmäinen EUT:n ratkaisu, joka puhdaspiirteisesti koskee EU-oikeudesta johtuvaa velvollisuutta purkaa siviilitai rikostuomio (judicial decision).²⁷⁴ EU-oikeuden mahdollinen judicial

muutoksenhaun yhteydessä ainakin voidaan pyytää ennakkoratkaisua. Toisinaan tämä voi olla hyvinkin tarpeellista.

²⁷³ *Lenaerts* 2013 erit. s. 1351, 1356, 1369 ja 1371.

²⁷⁴ Ensimmäiseksi laatuaan – mielestäni olennaisesti samoin perustein – Tärşian arvioi

decision -purkuvaikutus lienee kaikkein pisimmälle menevä muoto, jolla EU-oikeuden vaikutus suhteessa kansallisiin ratkaisuihin voisi ilmetä, eikä siis tältä kannalta ole ihme, että varovainen linja on valittu ainakin tässä vaiheessa. Mielestäni *Târşia* onkin pikemminkin oven auki jättänyt ratkaisu (”tyyntä myrskyn edellä”) kuin lopulliseksi tarkoitettu täystyrmäys judicial decision -purkuvelvollisuudelle.

5 LOPPUPÄÄTELMIÄ

5.1 EU-oikeudesta oikeusvoimaan kohdistuvan vaikutuksen aiheuttajana

5.1.1 Yleistä

Kategorinen ajatus siitä, että EU-oikeus ei kykenisi vaikuttamaan kansallisen tuomioistuinratkaisun oikeusvoimaan, on torjuttava virheellisenä. EUT:n oikeuskäytännöstä saatava *kokonaiskuva* riippuu kuitenkin näkökulmasta: yhtäältä on mahdollista todeta, että kokonaisvaikutelmaksi jää kansallisten ratkaisujen pysyvyyden kunnioittaminen,²⁷⁵ mutta toisaalta voidaan todeta, että tietyissä tilanteissa pysyvyyden on tullut väistyä ja että tämän vuoksi periaatteessa aina tulisi punnita, olisiko käsillä tällainen ”tietty tilanne”.

EUT:n oikeuskäytäntö on kasuistista, ja sitä on mahdollista moittia sirpaleiseksi ja epäkoherenttiseksi. Olisiko toisaalta täydellisen koherenssin vaatimisessakaan mieltä, jos myönnetään, että lopullisuuden ongelmaa koskettavat lukuisat vastasuuntaiset intressit, joita on yksittäistapauksen olosuhteissa punnittava keskenään? Oma vaikeuttava merkityksensä on eri valtioiden prosessijärjestelmien ja menettelysääntöjen eriävyydellä, mikä puolestaan johtuu unionin tältä osin puutteellisesta toimivallasta. Tämä tekee EUT:lle hankalaksi sen, että se esimerkiksi Kornezovin esittämällä tavalla toteaisi avoimesti suojelemisen arvoiseksi vain tiettyjä oikeusvoiman ydinalueelle kuuluviksi katsomiaan normeja.²⁷⁶ Kansallisten oikeus-suojajärjestelmien eriävyyden yhteydessä mieleen muistuu professori *Douganin* käyttämä käsite *negative approximation*: ”Community law usually acts as an incomplete rather than exhaustive template for the approximation of the Member States’ pre-existing systems of judicial protection.

myös julkisasiamies Jääskinen (ks. C-69/14 *Târşia*, ratkaisuehdotuksen k. 26).

²⁷⁵ Tämän suuntaisesti *Raitio* DL 2012 s. 418; *Miettinen* LM 2012 s. 419–420.

²⁷⁶ Ks. *Kornezov* CMLR 2014 s. 841.

In particular, the Court tends to prescribe only the minimum guarantees expected under the Treaty, leaving significant scope for national autonomy —”²⁷⁷

Merkitystä on myös EU:n aineellisen oikeuden valtavalla laajuudella ja moninaisuudella: pysyvyyttä vastaan puhuvien intressien intensiteetti voi vaihdella paljon aineellisoikeudellisen alueen mukaan. Myös oikeusvoimakysymyksen rooli voi aineellisen ja aineellisoikeudellisen asetelman perusteella vaihdella. Oikeusvoima voi toisissa asioissa olla vain sivujuonne, esimerkiksi valtioneuvoston päätöksen pelkkä yksi väite muiden joukossa, yksi mutka matkassa komission takaisinperintäpäätöksen täytäntöönpanon hidasteena. Toisessa asiassa taas uudelleenkäsittelemättömyys voi unionioikeuden näkökulmasta olla luontevasti tarkastelun keskiössä, kuten esimerkiksi liikkumisvapauden rajoittamispäätöksiin liittyvän Byankov-tapauksen yhteydessä havaittiin. Muun muassa edellä kuvatuista syistä ei olisi realistista odottaa, että EUT loisi yleisen tason ratkaisun oikeusvoimaongelmaan.

Voidaankin todeta, että ainakaan tässä kehitysvaiheessa EU-oikeuden vaikutus oikeusvoimaan ei kykene muodostamaan yhtenäistä ja itsenäistä metatason normia, jollaiseksi vaikkapa jäsenvaltion vahingonkorvausvastuun periaate on muodostunut ja tarkoitettukin. EUT lähestyy oikeusvoimakysymystä kontekstuaalisesti, tapausolosuhteiden vaatimukset ja ”EU-oikeus edellä”, ei sen sijaan motiivinaan luoda jokin nimenomainen uusi oikeussuojakeino tai EU-oikeuden itsenäinen vaikutustapa, eli siis ei ”oikeusvoimakysymys edellä”. Hyvänä kiteytyksenä voidaan pitää julkisasiamies Mazákin lausumaa:

”Yhteisöjen tuomioistuimen omaksumalle lähestymistavalle näissä yhteisön oikeuden vastaisten lopullisten päätösten uudelleen tutkimista tai muuttamista koskevaa velvollisuutta koskeneissa asioissa on varmasti ominaista keskittyminen kunkin yksittäistapauksen olosuhteisiin. Viime kädessä kukin näistä tuomioista heijastaa kuitenkin tasapainoa, joka on löydettävä asian erityisissä tosiasiallisissa ja oikeudellisissa olosuhteissa oikeusvarmuuden, joka on tarkoitus turvata päätösten lopullisuudella, ja yhteisön laillisuusperiaatteen vaatimusten välillä.”²⁷⁸

Parempaa koherenssia ja ennen kaikkea avoimuutta voitaisiin toivoa niiden arviointikriteerien suhteen, joita EUT:n näkemyksen mukaan punnintati-

²⁷⁷ Ks. *Dougan* 2004 s. 232–233.

²⁷⁸ Julkisasiamies Mazákin ratkaisuehdotus asiassa C-2/08 *Fallimento Olimpiclub*, k. 54. Kursivoinnit lisätty.

lanteissa tulisi tai voitaisiin ottaa huomioon. Muutoin, pitäydyttäessä hyvin kasuistisessa ja pistemäisessä tavassa lähestyä koko lopullisuuden ongelmaa, saatetaan tämän seurauksena päätyä rakentamisen sijasta nakertamaan oikeusvarmuutta, erityisesti ratkaisujen pysyvyyden ennakoitavuutta, sekä oikeussubjektien yhdenvertaista kohtelua. Joustava kasuismi vaatii vastapainokseen riittävää koherenssia suhteessa muuhun ratkaisukäytännön sekä riittävän vakaita kriteerejä, joita vasten punnintaa voidaan tehdä. Tässä suhteessa voidaan vetää yhteys Raition muistutukseen ”Casanova-metodin”-vaaroista: ei riitä, että tuomion perustelut yksittäistapauksessa ovat miten hyvänsä koherentteja (kuten Casanovan kulloisetkin viettelymetodit yksittäistapauksessa), vaan koko oikeusjärjestyksen riittävä koherenssi on taattava.²⁷⁹ Koherenssin ja avoimuuden vaatimuksilla on käsitteäkseni liittymiä niin oikeudellisten tulkintaratkaisujen justifikaatioon kuin prejudikaattijärjestelmän legitimizeettiin.²⁸⁰

Artikkelissani onkin pyritty – niin EUT:n käytäntöä arvioitaessa kuin laajemmassa pohdinnassa – paikantamaan ja koostamaan näkökohtia, joita punninnassa voitaisiin hyödyntää. Vaikka olen esitysteknisistä syistä koonnut näitä näkökohtia listamuotoon, itsestään selvää on, ettei tällaista esimerkkiluetteloa ole tarkoitettu tyhjentäväksi, eikä toisaalta missään tapauksessa tarkoituksena ole väittää, että kaikki kriteerit olisivat jokaisessa punnintatilanteessa relevantteja.

1. EU:n järjestelmästä erityisesti johtuvat intressit

Merkitseekö virheellinen kansallinen tuomio EU-toimielimen toimivaltan loukkausta tai vaarantaako se EU:n oikeussuojajärjestelmän toimivuutta?

- Onko kansallisella tuomiolla loukattu EU-toimielimelle kuuluvaa toimivaltaa tai vaarannettu sen toteuttaminen?²⁸¹

²⁷⁹ Raitio DL 2012 s. 408–410.

²⁸⁰ Ks. koherenssin merkityksestä oikeudellisen ratkaisun justifikaation kannalta Aarnio 1987 esim. s. 187. *Dworkinin* koherenteimmasta mahdollisesta oikeudellisesta kokonais teoriasta (law as integrity, oikeus eheytenä) ks. esim. *Siltala* 2003 s. 348–351 ja 370–372. Oikeuslähteiden koherenssista ja tulkintakannanottojen rationaalisesta hyväksyttävyydestä ks. *ibid.* s. 47–50. *Siltalan* (1998 s. 173) prejudikaattiteoriassa pidetään toimivan prejudikaattijärjestelmän keskeisinä edellytyksinä legitimizeetin kannalta 1) prejudikaattiaineiksen laadullista ja määrällistä riittävyttä, 2) kohtuullista ennustettavuutta, 3) systeemistä tasapainoa (yhdenmukaisuutta, kongruenssia), 4) lakimieskunnan ideologisia sitoumuksia ja argumentatiivisia taitoja sekä 5) argumentaation integriteettiä (rehtiyttä ja avoimuutta).

²⁸¹ Tyypitapauksena C-119/05 *Lucchini*. Lievempänä esimerkkinä C-505/14 *Klausner Holz*, jossa ensimmäinen tuomio ei itsessään loukannut komission toimivaltaa, mutta sen oikeusvoimavaihtuksen tunnustaminen jälkiprosessissa olisi poistanut tehokkaan vaikutuksen komission myöhemmältä päätökseltä ja estänyt siten komission ja kansallisen tuo-

- Estäisikö tai kyseenalaistaisiko oikeusvoimavaikutuksen tunnustaminen jonkin EU-oikeudessa määritellyn oikeussuojakeinon käyttämisen?²⁸²
- Onko virheen takana ylimmän kansallisen tuomioistuimen menettely, erityisesti ennakkoratkaisupyynnön esittämisen laiminlyönti, vaikka esittämiseen olisi selvästi ollut velvollisuus²⁸³ (tai kääntäen: vai onko yksilö ollut passiivinen ja jättänyt asiansa alemman instanssin päätöksen varaan²⁸⁴)?

Loukkauksen laatu EU-oikeuden tehokkaan toteutumisen näkökulmasta:

- Onko substanssikysymys alueella, jolla on keskeinen merkitys EU:n tavoitteiden ja toiminnan kannalta / onko ratkaisun virheellisyys vastoin EU:n perusperiaatteita?²⁸⁵ Tällä viitataan yleisestikin loukatun aineellisen oikeuden takana olevien intressien huomioimiseen.²⁸⁶
- Virheen karkeus ja ilmeisyys EU-oikeuden tehokkaan toteutumisen näkökulmasta (”näin merkittävää estettä ei voida pitää perustellusti oikeutettuna...”).²⁸⁷

mioistuinlaitoksen toimivaltasuhteiden toteutumisen.

²⁸² C-224/01 *Köbler*: jäsenvaltion vahingonkorvausvastuu olisi oikeusvoiman vuoksi esitynyt; C-119/05 *Lucchini*: komission päätöksestä ei ollut valitettu EUT:een, jonne asia olisi kuulunut, vaan se yritettiin kyseenalaistaa kansallisessa tuomioistuimessa.

²⁸³ Tätä keskeistä kriteeriä heijastavat esim. C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, tuomion k. 64, C-453/00 *Kühne & Heitz* -oikeuskäytäntö sekä analogisesti jäsenvaltion vahingonkorvausvastuun edellytysten täyttymisen osalta C-224/01 *Köbler*, tuomion k. 55. Suomessa ks. KHO 2011:38. Taustalla vaikuttaa se, että ylimmän tuomioistuimen virhe laajenee herkästi sitä seuraaviin alempiin tuomioistuihin. *Groussot* ja *Minszen* (2007 s. 385) puhuvat purkumahdollisuudesta ja jäsenvaltion vahingonkorvausvelvollisuudesta EUT:n keinoina puuttua acte clair -doktriinin väärinkäyttöön kansallisissa tuomioistuimissa. Ks. myös *Taborowski* CMLR 2012 s. 1887, 1890 ja 1914.

²⁸⁴ Ks. tästä jäljempänä alaviitteen 295 kohdalla.

²⁸⁵ Ks. esim. *Groussot – Minszen* 2007 s. 416; *Wall* 2014 s. 281 ja 292; C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, tuomion k. 63; C-249/11 *Byankov*, tuomion k. 81; C-119/05 *Lucchini* ja muut valtiontukitapaukset, sekä vastaavuusperiaatteen mukaisen vertailun osalta C-126/97 *Eco Swiss*, tuomion k. 36–37; C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones*, tuomion k. 50–52; C-392/04 *i-21 Germany*, tuomion k. 70; *Miettinen* LM 2012 s. 426–427.

²⁸⁶ *Aine* (2013 s. 321 ja 323–326) on kilpailuoikeutta koskevassa tutkimuksessaan aiheellisesti korostanut sitä, että oikeusvoiman ja ylimääräisen muutoksenhakusäännösten taustaintressejä on punnittava suhteessa kilpailuoikeuden taustalla oleviin perustaviin yhteiskunnallisiin intresseihin.

²⁸⁷ C-2/08 *Fallimento Olimpiclub* -tapauksesta lähtien tämä sanonta on sisällytetty usean oikeusvoimaa koskevan ratkaisun johtopäätöksiin. Ks. myös C-249/11 *Byankov*, tuomion k. 82: ”– jos tämä kielto on *selvästi* ristiriidassa unionin oikeuden kanssa”. Analogisesti voidaan kiinnittää huomiota jäsenvaltion vahingonkorvausvastuuta koskevaan ”rikkominen on *riittävän ilmeistä*”-edellytykseen ja asian C-224/01 *Köbler* yhteydessä lausuttuihin seikkoihin, kuten oikeudellisen virheen anteeksiannettavuuteen, rikkomisen tahallisuuteen, EU-toimielimen mahdolliseen kantaan ja oikeusnormin selkeyteen ja täsmällisyyteen (tuo-

- Merkitseekö ratkaisun pysyttäminen ajallisesti pistemäistä vai kestoltaan jatkuvaa ja periaatteessa ikuista EU-oikeuden loukkausta?²⁸⁸

2. Yksityisten oikeussuojan tarve

Loukkauksen karheus ja korjaamattomuus:

- Loukkauksen korjaamattomuus: ovatko muut EU:n (tai jäsenvaltion) oikeussuojajärjestelmään kuuluvat keinot, siis lähinnä jäsenvaltion vahingonkorvausvastuu, riittämättömiä turvaamaan yksityisen pääsyn oikeuksiinsa?²⁸⁹
- Loukkauksen kesto ja laatu: merkitseekö ratkaisun pysyttäminen ajallisesti pistemäistä vai kestoltaan periaatteessa rajoittamatonta EU-oikeuden loukkausta? Onko yksilö estynyt käyttämästä keskeisiä oikeuksiaan?²⁹⁰

3. Esimerkkejä pysyvyyttä puoltavien vastasyiden arvioinnista

Oikeussuhteiden vakaus, oikeutetut odotukset:

- Onko kyse siitä, että valtio on loukannut yksityisen EU-oikeuteen perustuvia oikeuksia (jolloin uudelleen käsittely olisi erityisen suotavaa; luottamuksensuoja ei toimi valtion vaan yksilötahon hyväksi²⁹¹), vai onko kyse kahden yksityisen välisestä riidasta (jolloin sen asianosaisen, jonka haitaksi lopullisuuden sivuuttaminen koituisi, intresseihin on kiinnitettävä erityistä huomiota²⁹² – yksityisten väli-

mion k. 55).

²⁸⁸ C-2/08 *Fallimento Olimpiclub*, tuomion k. 30; C-505/14 *Klausner Holz*, tuomion k. 43; *Couronne* 2015 s. 481–482 (teokset kohdat 631–633). Ks. yksilön oikeussuojanäkökulmasta jäljempänä C-249/11 *Byankov*.

²⁸⁹ Esim. asiassa C-249/11 *Byankov* henkilön vapaan liikkumisen käytännössä elinikäinen estyminen. Ks. toisaalta esimerkkinä hyvitettävissä olevasta tilanteesta julkisasiamies Wahlin toteamus asian C-213/13 *Impresa Pizzarotti* ratkaisuehdotuksessa, k. 102, sekä C-69/14 *Târşia*, tuomion k. 40. Ks. vertailevasti EIS:n osalta *EN-suositus R(2000)2*, k. II-i: ” – especially where: (i) the injured party continues to suffer very serious negative consequences because of the outcome of the domestic decision at issue, which are not adequately remedied by the just satisfaction and cannot be rectified except by re-examination or reopening.” Kursivointi lisätty.

²⁹⁰ C-249/11 *Byankov*, tuomion k. 73 ja 79; ks. myös hieman toisessa kontekstissa C-188/95 *Fantask ym. v. Industriministeriet* [1997] Kok. I-6783, tuomion k. 40: ” – olisi nimittäin omiaan kohtuuttomasti vaikeuttamaan yhteisön oikeuden vastaisesti kannettujen maksujen palauttamista. Se merkitsisi lisäksi pitkän ajanjakson kuluessa tapahtuneen yhteisön oikeuden rikkomisen suosimista.” Kursivointi lisätty.

²⁹¹ Ks. myös *Miettinen* LM 2012 s. 436; luottamuksensuojan suunnasta esim. *Raitio* 2016 s. 304–305.

²⁹² Ks. esim. *Taborowski* CMLR 2012 s. 1898; C-69/14 *Târşia*, ratkaisuehdotuksen k. 50; Suomessa näin esim. KKO 2014:93, k. 21. Ks. vertailevasti asia 24360/04 *Giuran v. Roma-*

sessä riidassa voi olla järkevää olla kajoamatta heidän välillään vahvistettuihin oikeussuhteisiin ja sen sijaan kompensoida EU-oikeuden loukkauksesta kärsineen osapuolen vahinko valtion varoista)?

- Kolmannet: Loukkaisiko virheellisen ratkaisun purkaminen tai oikeusvoiman supistava tulkinta kolmannen oikeutta vai ei?²⁹³
- Puoltavatko oikeusvarmuuteen liittyvä ennakoitavuusvaatimus ja luottamuksensuoja ratkaisun pysyttämistä? Vai onko kyseinen virhe niin ilmeinen, että ennakoitavuuden näkökulmasta olisi pikemminkin yllättävää, jos ratkaisua ei purettaisi, eikä yksityisen tai kolmansien odotuksia voida pitää legitimeinä?²⁹⁴

Lainkäyttöjärjestelmän toimivuuteen ja tarkoituksenmukaisuuteen liittyviä näkökohtia:

- Onko yksilö aikanaan vienyt asiansa ylimpään tuomioistuimeen ja jos ei, onko tähän perusteltu syy, kuten kansallisessa oikeuskäytännössä jo tuolloin vakiintunut virhetulkinta?²⁹⁵
- Pidetäänkö sitä, että kysymyksessä on valtion vahingonkorvausvastuun kautta korjattavissa olevan tyyppinen loukkaus, järkevänä syyinä purkamatta jättämiseen (vahingonkorvauskanteista aiheutuva kuormitus, kun julkinen–yksityinen-relaatiossa vanhan tuomion vaikutus kuitenkin tosiasiaassa poistetaan²⁹⁶)?

Kysymyksessä olevan oikeusvoimanormin merkitys itsessään:

- EUT näyttää suhtautuvan kaikkein varovaisimmin EU-oikeuden suoraan purkuvaikutukseen suhteessa kansalliseen tuomioistuinratkaisuun (Târşia, Kapferer). Ankarammin se näyttää suhtautuvan EU-oikeuden loukkaamisen sallimiseen *myöntämällä tuomion perusteluille positiivinen oikeusvoimavaikutus* (Fallimento Olimpiclub) tai ulottamalla tuomion preklusiovaikutus (*negatiivinen*

nia (EIT:n tuomio 21.6.2011).

²⁹³ Ks. C-453/00 *Kühne & Heitz*, tuomion k. 27; *Hofstätter* 2005 s. 103; *Kornezov* CMLR 2014 s. 148; *EN-suositus R(2000)2*, selitysmuiston k. 15.

²⁹⁴ Ks. esim. C-24/95 *Alcan*, tuomion k. 41; Mäenpää 2011 s. 281. Ks. myös KHO 2006:68: ”Suomen lainsäädännön ja Euroopan yhteisön oikeusjärjestyksen mukaan tuen saajalla on oikeus luottaa vain lain ja Euroopan yhteisön oikeusjärjestyksen mukaiseen päätökseen. Luottamuksensuojan periaate ei siten voi estää lainvastaisen päätöksen purkamista.”

²⁹⁵ Ks. esim. C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones*, tuomion k. 47; C-119/05 *Lucchini*, ratkaisuehdotuksen k. 46; *Kühne & Heitz* -kriteeri koskien asian viemistä ylimpään tuomioistuimeen saakka; analogisesti valtion vahingonkorvausvastuun osalta ks. C-224/01 *Köbler*, tuomion k. 34–35. Suomessa ks. KHO 2010:45 (vrt. KHO 2011:38), jossa passiivisuus luettiin purkuhakemuksen tekijän vahingoksi.

²⁹⁶ Samansuuntaisesti prosessin tarpeettomasta pitkittymisestä vahingonkorvauskanteiden johdosta, kun purkua ei myönnetä, *Miettinen* LM 2012 s. 436; *Pohjalainen* DL 2014 s. 267; *Hofstätter* 2005 s. 112–114, jossa muistutetaan myös EIS:n asettamista vaatimuksista oikeudenkäynnin kestolle.

vaikutus) sellaisiin kysymyksiin, jotka eivät ole olleet ensimmäisessä menettelyssä oikeudenkäynnin kohteena (Lucchini, Klausner Holz, Köbler). Hallintopäätösten uudelleen käsittelykysymyksessä oikeusvoiman painoarvo on mahdollisesti näistä kaikkein pienin, koska niiden varalta EUT on luonut pakottavan kriteeristön, jonka täytyminen johtaa automaattisesti uudelleen käsittelyvelvollisuuteen (Kühne & Heitz).

5.1.2 EU-oikeuden vaikutustapojen roolista

Oikeusvoimakysymyksestä ei ole EU-säännöksiä, jolloin herää kysymys siitä, millaisten EU-oikeuden vaikutusmekanismien ja periaatteiden kautta edellä kuvatun kaltainen punninta välittyy kansalliseen oikeuteen.²⁹⁷ Tästä on jakson 4 oikeuskäytäntöanalyysin päätteeksi syytä esittää muutamia kokoavia huomioita. EUT on nojautunut SEU 4(3) artiklasta nykyisin ilmenevään *vilpittömän yhteistyön periaatteeseen* kehittäessään esimerkiksi etusijaa, välitöntä oikeusvaikutusta, tulkintavaikutusta sekä kansalliseen prosessiin vaikuttavia tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteita samoin kuin jäsenvaltion vahingonkorvausvastuun periaatetta. Vilpittömän yhteistyön periaatteelle on annettu merkitystä myös hallintopäätösten uudelleen käsittelyä koskevissa ratkaisuisa (Kühne & Heitz -kriteeristö perustettiin niihin²⁹⁸), mutta tuomioistuinratkaisujen lopullisuutta koskevassa ja muutoinkin tuoreemmassa EUT:n oikeusvoimaa koskevassa käytännössä on vältetty perustamasta mahdollista oikeusvoiman syrjäyttämistä ainakaan julki lausutusti suoraan tähän tai muuhun vastaavaan kattoperiaatteeseen. Tehokasta oikeussuojaa koskeva periaate ei vaikuta saaneen oikeusvoimakysymyksissä relevanssia edes perusoikeuskirjan tultua sitovaksi: tällä tarkoitan ensimmäisen menettelyn *päätymisen jälkeisiä* vaiheita. Merkitseekö tämä sellaista hieman ristiriitaista vaikutelmaa, että kunhan pääsy tuomioistuimeen taataan ja menettely on tehokas ja oikeudenmukainen, lopulliseksi

²⁹⁷ Luonnollisesti kansallisella tasolla voidaan tarjota ”vapaaehtoisesti” parempaa suojaa kuin EU-oikeus vaikutustapoineen tiukasti ottaen edellyttäisi. Pysyvyyttä puoltavat intressit toisaalta johtavat usein käytännössä siihen, että vain EU-oikeuden minimivaatimukset toteutetaan eikä oikeusvoimaan enemmälti kajota. Tällöin keskiössä on kysymys siitä, millä perusteilla ja millaisten vaikutustapojen kautta vaikutus oikeusvoimaan voi syntyä.

²⁹⁸ Asiassa C-234/04 *Kapferer* viitattiin siihen, että vilpittömän yhteistyön periaatteesta ei aiheutunut purkuvelvollisuutta, mutta periaatteen maininta on voinut johtua siitä, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin oli itse viitannut siihen. Kansallinen tuomioistuin oli viitannut periaatteeseen myös tapauksissa C-392/04 *i-21 Germany* ja C-249/11 *Byankov*, joissa EUT niin ikään mainitsi sen. Viimeksi mainituissa EUT kuitenkin suoritti tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteiden mukaisen arvioinnin: vilpittömän yhteistyön periaate lienee toiminut tapauksissa vain taustaperusteluna.

jäävä *lopputulos* saa tehokkaan oikeussuojan vaatimuksen näkökulmasta olla sisällöllisesti periaatteessa miten virheellinen tahansa?

Näyttää, että varsinkin 2000-vuosikymmenen lopulta lähtien EUT:n käytännössä on vakiinnuttu tarkastelemaan oikeusvoimakysymystä *tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteiden* avulla ja niiden tarjoamissa rajoissa.²⁹⁹ Esimerkiksi Täršiassa EUT menetteli juuri näin, vaikka kysymyksen esittänyt kansallinen tuomioistuin viittasi niiden sijasta tukkuun muita normeja, kuten perusoikeuskirjan 17, 20, 21 ja 47 artikloihin ja SEU 6 artiklaan.³⁰⁰ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus Täršiassa ilmentää asetelmaa hyvin. Alkupisteessä on jokin EU-oikeudesta johtuva (aineellinen) oikeus. Jäsenvaltiolla on velvollisuus taata tehokas oikeussuoja tällaisen oikeuden toteuttamiseksi. EU-menettelysäännösten puuttuessa jäsenvaltion asiana on määrittää menettelyt tämän oikeussuojan toteuttamista varten harkintavaltansa puitteissa periaatteessa vapaasti, kunhan ne eivät loukkaa vastaavuusperiaatetta tai tee oikeuksien toteuttamista mahdottomaksi tai suhteetoman vaikeaksi (tehokkuusperiaate). Kun kansallinen ratkaisu on saavuttanut oikeusvoiman, tehokkaan oikeussuojan järjestämistä koskeva velvollisuus ei näytä saavan itsenäistä purkuvaikutuksen tuottavaa merkitystä.³⁰¹ Täršia-ratkaisuehdotuksessa julkisasiamies päätteli, että kun Romaniassa sinänsä säädetään oikeussuojakeinoista (tavallisista muutoksenhakukeinoista), joilla unionioikeudellisia oikeuksia voidaan toteuttaa, ”Romanian lainsäädännössä lähtökohtaisesti taataan tehokas oikeussuoja näiden oikeuksien osalta”.³⁰² Tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteet koskevat kuitenkin *kaikkea* EU-oikeuden soveltamisen kannalta merkityksellistä kansallista menettelysäännöstöä, ”myös oikeusvoiman periaatteeseen säädettyj[ä] poikkeu[ksia]” (esimerkiksi ylimääräisiä muutoksenhakukeinoja).³⁰³

²⁹⁹ Näin esim. C-2/08 *Fallimento Olimpiclub* (vuodelta 2009), C-249/11 *Byankov* (2012), C-29/13 – C-30/13 *Global Trans Lodzhistik* (2014), C-213/13 *Impresa Pizzarotti* (2014), C-69/14 *Täršia* (2015) ja C-505/14 *Klausner Holz* (2015).

³⁰⁰ Ks. C-69/14 *Täršia*, tuomion k. 9. EUT lausui nimenomaisesti tulkitsevansa, että kansallinen tuomioistuin ”pyrkii kysymyksellään pääasiallisesti selvittämään” juuri tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteiden vaikutusta (k. 31).

³⁰¹ Tehokasta oikeussuojaa koskeva vaatimus ei myöskään yleisemmällä tasolla näytä tuottavan velvollisuutta täysin uusien oikeussuojakeinojen luomiseen, paitsi jos kansallisen oikeuden rakenteesta ilmenee, ettei ole olemassa mitään oikeussuojakeinoa, jolla voidaan edes liittämissä varmistaa yksityisten EU-oikeudesta johtuvien oikeuksien kunnioittaminen, tai jos yksityisten ainoana keinona saada asiansa käsiteltyksi tuomioistuimessa olisi se, että ne joutuvat rikkomaan lakia (ks. C-432/05 *Unibet*, tuomion k. 40–41 ja 63–64; C-583/11 P *Inuit Tapiriit Kanatami ym. v. parlamentti ja neuvosto*, tuomion k. 103–104).

³⁰² C-69/14 *Täršia*, ratkaisuehdotuksen k. 32. Tehokasta oikeussuojaa koskevan vaatimuksen suhteesta tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteisiin ks. edellä jakso 1.1.

³⁰³ C-69/14 *Täršia*, ratkaisuehdotuksen k. 34.

Vastaavuusperiaatetta voidaan pitää tehokkuusperiaatetta muodollisempana. Se edellyttää *vertailua* kansallisen oikeuden ja EU-oikeuden saaman kohtelun välille. Vaikka tämä vertailu itsessään voi olla vaikea ja kontekstuaalinen operaatio, seuraus on vertailun päätyttyä sinänsä selvä: EU-oikeudesta johtuvalle oikeudelle on tarjottava sama kohtelu, mutta ei tarvitse tarjota parempaa kohtelua kuin kansallisesta johtuvalle. Vastaavuusperiaate ei olekaan yhtä intrusiivinen suhteessa kansalliseen oikeuteen kuin tehokkuusperiaate.³⁰⁴ Heikkoutena on, että menettelynormit – kuten purkumahdollisuudet – saavat vastaavuusperiaatteen valossa vapaasti pysyä eriytyneenä mosaiikkina eri jäsenvaltioiden välillä: taso määräytyy kunkin kansallisen oikeuden mukaan.

Tehokkuusperiaate on näistä kahdesta se, joka edellyttää enemmän *punnintaa* esimerkiksi siitä, tekeekö menettelysääntö oikeuden toteuttamisen suhteettoman vaikeaksi. EUT:n vastatessa ennakkoratkaisupyyntöön se voi esittää tätä punnintaa ohjaavia näkökohtia ja jättää lopullisen arvioinnin kansalliselle tuomioistuimelle, tai sitten antaa myös valmiin lopputuloksen. Oikeusvoimakysymyksen osalta kontekstuaalisessa intressipunninnassa kuvaan astuvat pysyvyyttä puoltavat intressit kuten oikeusvarmuus.

EUT:n käytännöstä ilmenee, ettei oikeusvoimaongelmaa ole tarkoitettu ratkaistavaksi *etusijaperiaatteella*.³⁰⁵ Tällainen ratkaisumalli olisikin ongelmallinen ottaen huomioon, että etusijaperiaate on tarkoitukseltaan kahden ristiriidassa olevan normin (kansallisen normin sekä EU-normin, joista jälkimmäistä ei siis oikeusvoimasta yleensä ole) konfliktinratkaisunormi. ”Rakenteellisen etusijan” myöntäminen esimerkiksi suhteessa oikeusvoimaisuuteen voisi myös johtaa jäsenvaltioissa käytännössä hyvin vakaviin seurauksiin, kun oikeusvoima voisi periaatteessa kaikissa EU-liitännäisissä jutuissa hävitä.³⁰⁶ Poikkeuksena on EUT:n käytännössä esiintynyt tilanne, jossa lainvoimaisesti ratkaistu asia ei olisi kuulunut kansalliseen tuomioistuinprosessiin vaan EU-toimielimen ratkaistavaksi (Lucchini): tällöin etusijaperiaate on looginen instrumentti.

³⁰⁴ Ks. samansuuntaisesti *Aine* 2013 s. 326.

³⁰⁵ Tätä kirjoitettaessa vireillä olevassa ennakkoratkaisuasiansa C-268/15 *Ullens de Schooten* (suullinen käsittely 24.5.2016) kansallinen tuomioistuin tiedustelee nimenomaisesti muun muassa etusijaperiaatteen ja vilpittömän yhteistyön periaatteen suhteesta kansallisen tuomion oikeusvoimaan.

³⁰⁶ Ks. *Kornezov* CMLR 2014 s. 825 sekä rakenteellisen etusijan ajatuksen kritiikistä yleisemmin *Haapaniemi* 2009 s. 101–102. Vrt. julkisasiamiehen asiassa C-453/00 *Kühne & Heitz* antama ratkaisuehdotus, jossa etusijaperiaatetta ehdotettiin hallintopäätösten lopullisuuden kontekstissa relevantiksi (ratkaisuehdotuksen k. 66 ja 75). Tuomiossa tätä ehdotusta ei seurattu.

EU-oikeuden *tulkintavaikutusta* voidaan pitää pehmeimpänä³⁰⁷ mutta toisaalta laajimmalle spektrille vaikutuksensa ulottavana keinona. Se koskee menettelynormejakin, ja sen relevanssi on myönnetty myös lopullisuuskysymyksissä. Klausner Holz -asiassa EUT pyrki ohjaamaan kansallista tuomioistuinta ensin oikeusvoiman ulottuvuutta koskevan normin tulkitsemiseen mahdollisimman pitkälle EU-oikeuden mukaisesti, ennen kuin se totesi, että normi on syrjäytettävä viime kädessä tehokkuusperiaatteen nojalla. Tärşiasassa oli muun ohella kysymys siitä, oliko hallintolainkäytön edullisempaa purkunormia mahdollista soveltaa siviiliprosessissa. Tärşia-tapauksen ratkaisuehdotuksessa todettiin: ”Tällaisessa tapauksessa [hallintolainkäyttölain soveltamisalasäännöksiä] ei voitaisi tulkita niin, että siviilituomioistuinten on mahdollista soveltaa sitä asioissa, jotka kuuluvat asiasisältönsä puolesta hallinto- tai vero-oikeuden soveltamisalaan. *Jos kuitenkin tällaista liikkumavaraa olisi, ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin olisi velvollinen tulkitsemaan kyseisiä kansallisia säännöksiä mahdollisimman pitkälle unionin oikeuden mukaisesti.*”³⁰⁸

Lopullisuuskysymyksissä relevanteimmat vaikutustavat ovat siis vastavuusperiaate, tehokkuusperiaate ja tulkintavaikutus. Näistä ensin mainittu on muodollinen ja edellyttää esimerkiksi purkuedellytysten ja -määräaikojen osalta sen tarkkaa tutkimista, saako EU-oikeudesta johtuva oikeus osakseen samanlaisen kohtelun kuin kansallisesta oikeudesta johtuva. Kahta jälkimmäisenä mainittua voidaan pitää luonteeltaan punnintaa edellyttävinä. Punninnan kannalta merkityksellisiä näkökohtia olen esittänyt edellisessä alajaksossa.

5.2 Prosessioikeudesta oikeusvoimaan kohdistuvan EU-oikeuden vaikutuksen vastaanottajana

Artikkelissa on tuotu esiin, että EU-oikeuden merkitys oikeusvoiman kannalta voi koskea paitsi ylimääräistä muutoksenhakua tai hallinnollista uudelleen käsittelyä, myös sen harkitsemista, voidaanko ja missä laajuudessa

³⁰⁷ *Kornezov* on muistuttanut tulkintavaikutuksen rajoista lopullisuuskysymysten kohdallakin: joko–tai-tyyppinen oikeusvoimaoppi jää helposti tulkintavaikutuksen ulottumattomiin, koska tulkintavaikutus ei mahdollista *contra legem* -tulkintoja (*Kornezov* CMLR 2014 s. 825).

³⁰⁸ C-69/14 *Tärşia*, ratkaisuehdotuksen k. 45. Kursivointi lisätty. Ks. tulkintavaikutuksesta erilaisten prosessikysymysten kontekstissa myös suuren jaoston tuomiot asioissa C-432/05 *Unibet*, k. 44; C-268/06 *Impact* [2008] Kok. I-2483, k. 54.

aiemmalle tuomiolle tunnustaa kansallisen oikeuden mukainen oikeusvoimavaikutus suhteessa jälkiprosessiin.

EUT on ollut valmis puuttumaan molempiin aspekteihin: se on kaventanut tarvittaessa oikeusvoiman ulottuvuutta ja kehittänyt vähitellen myös purkamis- tai uudelleenkäsitteilyvelvollisuuden alaa, kuitenkin judicial decisions -ratkaisujen (siviili- ja rikostuomiot) osalta äärimmäisen varovaisesti. Vaikka EUT ei ole julkilausutusti tehnyt puheena olevaa systematisointia, oikeuskäytännöstä on kuitenkin tehtävissä sitä tukevia päätelmiä. Oikeusvoiman ulottuvuuden osalta voidaan havaita, että sitä on kavennettu tehokkuusperiaatteen ja etusijaperiaatteenkin avulla varsin rohkealla tavalla (erityisesti Lucchini, Fallimento Olimpiclub ja Klausner Holz), kun taas uudelleenkäsitteily- tai purkuvelvollisuuden laukeaminen on yleensä liittynyt vastaavuusperiaatteen ja pitäytynyt kansallisen oikeuden jo tarjoamien mahdollisuuksien ympärillä (Kühne & Heitz, Kempter, i-21 Germany, Kapferer ja Târşia, joista kahdessa viimeksi mainitussa mitään vaikutusta ei syntynyt). Jaottelun suuntaan viittaa myös julkisasiamies Jääskisen Târşia-ratkaisuehdotuksessa käyttämä tapa systematisoida EUT:n oikeuskäytäntöä yhtäältä jäsenvaltiossa säädettyyn *poikkeukseen* oikeusvoimaisuudesta (kuten purkaminen)³⁰⁹ ja toisaalta ”oikeusvoimaa koskevien jäsenvaltion sääntöjen välj[än] tulkin[taan] sellaisen kansallisen tuomion suojaamiseksi, joka voi olla ristiriidassa unionin oikeuden kanssa, [jossa tapausryhmässä] voidaan perustellusti todeta unionin tuomioistuimen katsoneen parhaaksi sivuuttaa oikeusvoiman periaatteen unionin oikeuden ensisijaisuuden noudattamiseksi”.³¹⁰

Suomen tilanne unionioikeuden loukkaustilanteiden oikaisemiseksi vaikuttaa siinä suhteessa hyvältä, että meillä on kaikissa prosessilajeissa nimellisesti lainsoveltamisvirheisiin ulottuvia purkunormeja. Näin ei suinkaan kaikissa valtioissa ole. Niinpä EU-oikeudesta johtuvan purkuvelvollisuuden mahdollinen laajentuminen EUT:n käytännön kehittyessä³¹¹ ei olisi Suomelle erityisen hätkähdyttävää. Suomalaisten purkusäännösten sanamuotoja voidaan perustellusti moittia vanhentuneiksi,³¹² mutta niissä on huomioitu monenlaisia tilanteita eivätkä ne ainakaan täysin estä intresipunnintaa ja esimerkiksi purkuedellytysten tulkitsemista EU-oikeuden tavoitteiden mukaisesti.³¹³ Ne mahdollistavat EU-oikeuden loukkauksen

³⁰⁹ C-69/14 *Târşia*, ratkaisuehdotuksen k. 21.

³¹⁰ C-69/14 *Târşia*, ratkaisuehdotuksen k. 23.

³¹¹ Viimeisessä alajaksossa perustelen, miksi tällaista kehitystä voi olla odotettavissa.

³¹² Ks. *Jokela* 2009 s. 367, jossa luonnehditaan säännöksiä paitsi vanhentuneiksi, myös turhan kasuistisiksi.

³¹³ Samansuuntaisesti *Aine* 2013 s. 335–336.

oikaisemisen tarvittaessa jopa silloin, kun yksityinen on aikanaan saanut edukseen kohtuulliset preklusiiviset muutoksenhakumääräajat, mutta on laiminlyönyt hakea muutosta niiden puitteissa.

Sen sijaan silloin, kun EU-oikeuden loukkaus käy ilmi vasta myöhemmän EUT:n käytännön myötä, estää siviiliprosessissa oikeussuhteiden vaukutta turvaava lyhyt *purkumääräaika* (vuosi lainvoimaiseksi tulosta) kuitenkin monessa tapauksessa loukkaustilanteen oikaisemisen. Tältä osin voidaan pohtia, voisiko – EU-oikeuden vaatimusten ollessa imperatiivisia – tulkintavaikutuksen kautta olla mahdollista (ja tehokkuusperiaatteen niin vaatiessa pakkokin) esimerkiksi lainata OK 31:10.2:n ”erittäin painavia syitä”-määräaikäsäännöstä myös lainsoveltamisvirheisiin taikka myöntää korkeampi määräaikakatto tulkitseamalla EUT:n uuteen oikeuskäytäntöön perustuva uusi argumentaatio OK 31:7.1:n 3 kohdassa tarkoitetuksi ”uudeksi seikaksi”.³¹⁴ Mikäli tehokkuusperiaate tuottaa kansalliseen prosessioikeuteen kohdistuvan vaatimuksen, ei sinänsä ole välttämätöntä löytää syrjäytyvän säännöksen tilalle jotakin toista kansallista säännöstä sovellettavaksi, jos pelkkä soveltamatta jättäminen tuottaa haetun tuloksen.³¹⁵

EIT:n tuomion vaikutuksen kohdalla Suomessa on joustettu lakisääteisestä purkumääräajasta.³¹⁶ Tässä kuitenkin yhden olennaisen eron muodostaa se, että tällöin on kysymys EIT:n samassa yksittäistapauksessa toteamasta ihmisoikeusloukkauksesta, kun taas EUT:n uusi käytäntö ulottuu usein *ex tunc*- ja *erga omnes* -vaikutustensa kautta kaikkiin samantilaisiin yksittäistapauksiin ja periaatteessa rajoittamattoman laajalle. Tästä syystä en ole vakuuttunut, voitaisiinko lainvoimaiseksi tulon ajankohdasta täysin riippumatonta ”haettava kuuden kuukauden kuluessa EUT:n ratkaisusta” -tyyppistä säännöstä mielekkäästi luoda.³¹⁷ Sen sijaan *de lege feren-*

³¹⁴ EIS:n kontekstissa jälkimmäisenä mainitun kaltaista tulkintaa ehdotettiin tapauksen KKO 2008:24 esittelijän mietinnössä ja sittemmin *Määtän* (2008 s. 4) tapauskommentissa. Tapauksessa rikoksesta tuomittu purun hakija, joka EIT:n tuomion myötä osoittautui syyttömäksi, jäi purkua hakiessaan ”rannalle” juuri sen vuoksi, että viiden vuoden kattosäännös ei soveltunut, kun EIT:n tuomio ei ollut uusi ”seikka”. Vrt. Pauliine Koskelon eriyvä lausuma *OM-komiteamietintöön* 2002:8, s. 122–123: ”Tapauksissa, joissa toimivaltainen kansainvälinen elin on todennut tuomioistuimen ratkaisun sisältävän ihmisoikeusloukkauksen, purkuhakemus voidaan, milloin oikeudellista tarvetta siihen, tutkia uuteen seikkaan perustuvana.” – Ks. EU-oikeudellisissa kilpailunrajoitusasioissa ilmenevien uusien seikkojen tai todisteiden kannalta *Aine* 2013 s. 331–333.

³¹⁵ Esimerkiksi tapauksessa KKO 2013:54 (k. 33) tehokkuusperiaatteen mukainen loppupulos saavutettiin *jättämällä soveltamatta* vahingonkorvauslain 3:5:n mukaista kannerajoitussäännöstä.

³¹⁶ KKO 2011:100.

³¹⁷ *Aine* (2013 s. 338) tekee kilpailuoikeuden alueella varteenotettavan ehdotuksen sen pohtimisesta, tulisiko ylimääräinen muutoksenhaku mahdollistaa lyhyessä määräajassa sen jälkeen, kun (samassa) asiassa on annettu sellainen lopullinen kilpailuoikeuden julkisoikeu-

da voitaisiin harkita, olisiko ainakin EU-oikeuden vastaisten tilanteiden varalta mahdollista pidentää siviiliasioissa nykyistä yhden vuoden määräaika. Pysyvyyttä puoltavien intressien tästä kärsimää tappiota voitaisiin tällöin tarvittaessa kompensoida lisäämällä niiden huomioimista koskeva tiukennus tai punnintanormi aineellisiin purkuedellytyksiin.

Olen puoltanut sitä, että milloin yksittäinen virhe tai siitä koko jäsenvaltion heijastunut systemaattinen virhe on syntynyt ylimmässä kansallisessa tuomioistuimessa, purkamiseen pitäisi suhtautua erityisen suopeasti. Tätä puoltaa ennakkoratkaisupyynnön esittämisvelvollisuuden laiminlyönti ja ylimpien kansallisten tuomioistuinten oikeuskäytännön ohjausvaikutus tietyssä jäsenvaltiossa. Argumenttia tukevat niin Kühne & Heitz -oikeuskäytäntö kuin tuomioistuinten menettelystä syntyvää vahingonkorvausvastuuta koskeva Köbler-oikeuskäytäntö. Vastaavasti olen puoltanut erityisen suopeaa suhtautumista purkamiseen, jos kysymys on sen laatuudesta loukkaustilanteesta, jota ei tyydyttävästi edes voida korjata rahalla. Tämä tarkoittaa sitä, että aineelliset ja aineellisoikeudelliset intressit on otettava purkuharkinnassa asianmukaisesti huomioon. Kysymys voi tyypillisesti olla yksilön oikeusaseman perusteista (esimerkiksi liikkumisvapauden tai perhe-elämään liittyvistä oikeuksista). Toisaalta esimerkiksi kilpailuoikeudellisissa asioissa voi olla vahvoja purkamista puoltavia julkisia intressejä (jotka toki viime kädessä palautuvat markkinahäiriöiden eliminoimisen kautta markkinoilla toimivien yksityisten hyväksi), eikä jäsenvaltion vahingonkorvausvastuun tai esimerkiksi kilpailuoikeudellisen korvausvastuun voida katsoa riittävän kaikenlaisten tilanteiden oikaisemiseen, mistä esimerkkinä on noussut esiin laittoman valtiontuen takaisinperinnän ja oikeusvoimaisen tuomion välinen suhde. Olen pitänyt selvänä, että vailla toimivaltaa tehdyn, EU-toimielimelle kuuluvaa toimivaltaa loukkaavan tuomion tulisi olla purettavissa jopa kansallisista säännöksistä riippumatta.

Vastaavuusperiaatteeseen liittyen olen käsitellyt Târşia-ratkaisuehdotuksessa kannatettuja rinnastuksia yhtäältä perustuslakituomioistuimen tuomion ja EUT:n myöhemmän tuomion välillä tai toisaalta EIT:n tuomion ja EUT:n tuomion välillä. Suomessa ei ole perustuslakituomioistuinta, mutta vaatimukseksi voisi nousta samanlaisen kohtelun tarjoaminen purkumenetelyssä EU-oikeuden vastaisuudelle kuin kansallisen perustuslain vastaisuudelle. Havaintojeni mukaan meillä ei kuitenkaan näyttäisi vakiintuneen tulkintalinjaa, jossa perustuslain vastaisuudella olisi purkumenette-

dellinen soveltamis päätös, jossa on sovellettu kilpailuoikeutta yleisen tuomioistuimen ratkaisusta poikkeavalla tavalla.

lyssä erityisasema.³¹⁸ Sen sijaan EIT:n tuomion tai EIS:n vastaisuuden osalta vastaavuusrinnastus voisi tuottaa Suomessakin vastaavuusperiaatteen näkökulmasta mielenkiintoisia tulkintakysymyksiä. Olen käsitellyt asiaa jaksossa 4.4.2, joten en enää toista siinä esitettyjä näkemyksiä. On korostettava, että ainakaan vielä EUT:n ennakkoratkaisuissa ei ole tällaista vastaavuusrinnastusta edellytetty.

Lopuksi voidaan pohtia nykyisiä oikeusvoiman ulottuvuutta koskevia oppejamme ja EU-oikeuden vaikutuksia niihin. Hallintomenettelyn ja hallintoprosessioikeuden puolella pysyvyyden olemassaolo on jo lähtökohtaisesti sidonnainen kunkin päätöksen ja oikeudenalan luonteeseen, siis siviiliprosessia ”tilanneherkempi”, ja oikeusvoimaoppi pysyvyyden selitysperusteena väistymässä lähinnä luottamuksensuojaperiaatteen hyväksi. Sen sijaan siviiliprosessissa Suomessa noudatetaan edelleen verrattain formaaleja oikeusvoiman ulottuvuutta määrittäviä sääntöjä. Mielestäni viimeaikaisen kehityksen valossa on kuitenkin perusteita väittää, etteivät siviiliprosessuaalisetkaan oikeusvoimanormit ole aivan niin kiveen hakattuja, etteikö niitä arvioitaessa olisi tilaisuus ottaa esimerkiksi EU-oikeuden vaatimuksia tehokkaasti huomioon, myös silloin kun tehokkuusperiaate ei sitä välttämättä edellyttäisi.³¹⁹ Oikeusvoimanormeja ei ole kirjattu lakiin, ja niitä koskeville tulkinnoille on tyypillistä muutos, joka on viime aikoina kulkenut pikemminkin harkitsevaan kuin formalistiseen suuntaan. Tässä valossa, ja kun katsotaan EUT:n tulkintavaikutusta koskevaa oikeuskäytäntöä,³²⁰ ei ole lainkaan ilmeistä, että oikeusvoimanormin tulkitseminen vastoin oikeuskäytännössä tietyllä hetkellä noudatettua päälinjaa EU-oikeuden tehokkaan toteutumisen turvaamiseksi olisi tulkintavaikutuksen näkökulmasta *contra legem*, kunhan oikeusvarmuuden vaatimukset³²¹ otetaan tässäkin huomioon.

³¹⁸ Ks. kuitenkin KKO 2015:14, josta ilmenee perusoikeuksien ja EIT:n käytännön välinen yhteys arvioitaessa perustuslain 106 §:n mukaista ilmeistä perustuslain vastaisuutta. Tapauksessa katsottiin, että hovioikeuden olisi tullut jättää soveltamatta erästä OK:n sillensääntämissäännöstä perustuslain 106 §:n nojalla, kun sillensääntäminen oli ilmeisessä ristiriidassa EIT:n käytännön kanssa. EIT:n käytäntö tuli ottaa huomioon tulkittaessa perustuslain oikeusturvaa koskevaa 21 §:ää ja arvioitaessa perustuslain vastaisuutta kokonaisuutena. Oikeudenkäyntivirheen toteaminen johti siihen, että KKO poisti sillensääntämispäätökset ja kumosi pääasiassa annetun tuomion.

³¹⁹ Samansuuntaisesti Ruotsin osalta jo vuosituhaten vaihteessa *Andersson* 1999 s. 399–400.

³²⁰ Ks. esim. C-397/01 – C-403/01 *Pfeiffer ym.*, tuomion k. 115–118; C-378/07 – C-380/07 *Angelidaki ym.*, tuomion k. 197–201.

³²¹ C-378/07 – C-380/07 *Angelidaki ym.*-tuomion kohdassa 199 muistutetaan oikeusvarmuudesta yhtenä tulkintavaikutuksenkin ulottuvuutta rajoittavana tekijänä.

Tehokkuusperiaatteen ajankohtaistuessa kysymys voisi olla esimerkiksi siitä, että tuomiolle normaalisti annettava negatiivinen oikeusvoimavaikutus jätetään antamatta tai positiivinen vaikutus katsottaisiin korkeintaan todistusvaikutukseksi.³²² Kun negatiivisen oikeusvoimavaikutuksen ulottuvuus on 2000-luvulla huomattavasti laajentunut, tällainen tilanne voi enemmin tai myöhemmin tulla vastaan. EU-oikeus on mielestäni yksi lisänäkökohta siihen keskusteluun, jossa todetaan laajan oikeusvoimaopin vaativan vastinparikseen tarvittaessa harkinta- ja joustomahdollisuuksia.

5.3 Mihin olemme menossa?

Pidän todennäköisenä, että EU-oikeudessa oikeusvoimaa koskeva, oikeuskäytännön kautta tapahtuva integraatiokehitys (approximation through case law) jatkuu – ja nimenomaan siihen suuntaan, että EU-oikeus tiivistää otettaan kansallisesta oikeusvoimasta ainakin maltillisesti. Yksilön oikeus-suojan ja perusoikeuksien korostuminen on yksi tähän vaikuttava keskeinen syy. Toinen, käytännöllisempi syy liittyy erityisesti *EN-suosituksen R(2000)2* myötä EIS:n puolella tapahtuneeseen kehitykseen: ajatus (eurooppa)oikeuden rikkomisen vaikutuksesta oikeusvoimaisuuteen tuntuu eurooppalaisissa valtioissa aiempaa luonnollisemmalta.³²³ Voidaan puhua oikeusvoiman tai tuomioiden *lopullisuuden eurooppalaistumisesta* osana (prosessi)oikeuden eurooppalaistumista. Tällainen kehitys luo EUT:lle pohjaa ja legitimitettä vastaavan vaikutuksen kehittämiseen EU:n piirissä. Kysymys ei siten ole vain vastaavuusperiaatteen ulottuvuuden muodollisesta arvioinnista oikeuden pintatasolla. EUT voi ammentaa jäsenvaltioissa kehittyvistä käsityksistä³²⁴ ja jäsenvaltiot taas eurooppaoikeuden kehityksestä.

³²² Positiivisen oikeusvoimavaikutuksen joustavuus (ainakin prosessilajien välisissä tilanteissa) estänee Suomessa jo nykyisellään varsin luontevasti italialaisessa C-2/08 *Fallimento Olimpiclub* -asiassa havaitun kaltaiset hankalat tilanteet. Sikäli kuin positiivisesta oikeusvoimavaikutuksesta kahden siviiliprosessin välillä noudatetaan Suomessa edelleen formaaleja sääntöjä – tämän tutkiminen ei ole artikkelin puitteissa ollut mahdollista – kehityksen soisi tältäkin osin kulkevan joustavaan suuntaan.

³²³ Ks. *Lambert Abdelgawad* 2008 ja *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice: une obligation sanctionnée? passim* (teostiedot lähdeluettelossa ks. esim. *Dittert* tai *Kanninen* 2014).

³²⁴ Näin tehtiin esimerkiksi *Köbler*-tapauksen yhteydessä, kun jäsenvaltion vahingonkorvausvastuun periaate ulotettiin eksplisiittisesti koskemaan ylimpien kansallisten tuomioistuinten menettelystä aiheutunutta vahinkoa. EUT nimittäin vetosi muun ohessa siihen, että samanlainen periaate vallitsi myös useimmissa kansallisissa oikeuksissa (ks. C-224/01 *Köbler*, ratkaisuehdotuksen k. 77–85 ja tuomion k. 48), ”tai ainakin tällainen suuntaus on

Van Gerven on kuvannut juuri mainittua ilmiötä ansiokkaasti: "Finding general principles which the legal systems of the Member States have in common is *the result of a dialectical interaction, and cross-fertilization, between national laws and Community law.*" Tämän tekee hänen mukaansa mahdolliseksi se, että EU:n toimielimissä työskentelee juristeja kaikista jäsenvaltioista. Myös EUT:n toiminnassa kaikkien jäsenvaltioiden oikeusjärjestelmät ovat ikään kuin "*omnipresent in the minds of those involved* (Court members, legal secretaries, researchers, translators)". Lisäksi uusien tai merkittävien ongelmien ilmetessä EUT:n tutkimusosasto laatii kattavan oikeusvertailevan tutkimuksen, jossa kunkin jäsenvaltion oikeustila analysoidaan perusteellisesti. EUT:n tuomioita tullaan puolestaan hyödyntämään jäsenvaltion oikeuskäytännössä ja akateemisessa keskustelussa: "The result of all these factors is that *Community legislation and case law is both the outcome and the source of a long process of cross-fertilization, back and forth, between the national legal orders and the Community legal order.*"³²⁵

Taustalla on ymmärtääkseni havaittavissa vielä eurooppaoikeuden kehitystäkin laajempi oikeuden syvätason kehityskulku siltä osin, miten suhtaudumme tuomioistuinten antamien ratkaisujen asemaan (immunitettiin versus virhevastuuseen) aikakaudella, jossa tuomioistuinten vastuu ja perustuslaillinen asema ovat kasvaneet.³²⁶ Kehityssuuntaa ilmentää selkeästi suhtautuminen valtion vahingonkorvausvastuuseen virheellisten tuomioistuinratkaisujen perusteella. Cappelletti on vuoden 1989 klassikkoteoksessaan kuvannut, miten valtion immunitettia koskevan ajatuksen ("The King Can Do No Wrong") murruttua jäljelle monissa valtioissa viimeiseksi linnakkeeksi ja esteeksi lainkäytön vastuunalaisuudelle (judicial accountability) jäi käsitys oikeusvoimaisesta tuomiosta totuuden luoja ("Res Judicata Facit Jus"): tämän maksiimin yhteyteen sopi huonosti ajatus virheellisestä tuomiosta korvausvastuun synnyttäjänä.³²⁷ EU-oikeudes-

voimakas" (ratkaisuehdotuksen k. 82).

³²⁵ *Van Gerven* CMLR 2004 s. 518–519. Kursivoinnit lisätyt.

³²⁶ Tuomioistuinten aseman korostumiskehityksestä Pohjoismaissa ks. esim. *Andersson JFT* 2001 ja universaalisti *Shetreet* 1985 s. 590–594; *Cappelletti* 1989 esim. s. 61–64 ja perustuslaillistumisen kannalta s. 185 ss. Eurooppalaisittain voidaan viitata ainakin EIS:n ja EU:n järjestelmistä johtuviin kansallisten tuomioistuinten uusiin tehtäviin ja niiden myötä lisääntyneeseen vastuuseen sekä suomalaisittain lisäksi uuden perustuslain myötä omaksuttuun tuomioistuinten perustuslakikontrolliin (perustuslain 106 §). Julkisasiamies Léger on lausunut asian C-224/01 *Köbler* ratkaisuehdotuksessa (k. 59) runollisesti: "Näin ollen tuomioistuin ei enää välttämättä ole lain puhetorvi, kuten Montesquieu saattoi muinoin sanoa. Sen on aivan päinvastoin tarkasteltava kriittisesti valtiosisäistä oikeutta varmistuakseen sen yhteisön oikeuden mukaisuudesta ennen sen soveltamista."

³²⁷ *Cappelletti* 1989 s. 57–69.

sa kyseinen linnake heikentyi *Köbler*-tuomion myötä merkittävästi, joskin vahingonkorvausvelvollisuuden syntymistä tuomioistuinratkaisujen perusteella koskee korotettu kynnyks.³²⁸ Rinnakkaisena ja vain hieman tuoreempaan kehityskulkuna voidaan eurooppaoikeudessa havaita puuttuminen itse tuomioiden *sisältöön* ja samalla oikeusvoimaan (vastakohtana ”pelkälle” vahingonkorvauksen myöntämiselle oikeusvoiman estämättä).

En näe mitään vakavaa estettä sille, miksei näitä rinnakkaisia kehityskulkuja voida pitää lähtökohtaisesti perusteltuina: eivätkö tuomioistuinten lisääntyneet tehtävät ja toimivaltuudet periaatteessa edellytä myös lisääntyntä vastuunalaisuutta³²⁹ ja korjausliikkeen mahdollisuuksia?³³⁰ Ideaalitalanteessa oikeussuojan antamisen – joka on lainkäytön keskeinen perustehtävä – epäonnistuttua voitaisiin karkeat virhetilanteet oikaista valtion vahingonkorvausvastuun avulla tai (silloin kun tämä tie ei ole käytettävissä tai ei voi johtaa tyydyttävään lopputulokseen) itse tuomioon ja sen oikeusvoimaan puuttumalla. Tämän on kuitenkin tapahduttava punninnan kautta – siis pysyvyyttä puoltavat intressitkin asianmukaisesti huomioon ottaen – eikä kategorisena ”automaattina”. Oikeusvoimaisuutta ei tulisi nähdä it-

³²⁸ Suomessa on edelleen voimassa vahingonkorvauslain 3:5:n mukainen kannerajoitus, vaikka se ratkaisussa KKO 2013:58 jätettiin *Köbler*-oikeuskäytäntöä seuraten soveltamatta tehokkuusperiaatteen nojalla. *Hakalehto-Wainio* (2008 s. 46) on todennut, että kannerajoitusta voidaan pitää jäänteenä valtion korvausoikeudellista immuniteettia koskevasta ajattelusta, ks. kritiikistä myös s. 108–110 ja s. 317. Ks. muiden EU:n jäsenvaltioiden hajonnasta vastaavissa kysymyksissä esim. *Aalto* 2011 s. 189.

³²⁹ Samoin *Cappelletti* 1989 esim. s. 57 ja 61. Ks. myös *Shetreet* 1985 s. 654–658.

³³⁰ On myös huomattava, että valtion vahingonkorvausvastuun toteuttaminen ja oikeusvoimaan puuttuminen toteutetaan molemmat nimenomaan kansallisissa *tuomioistuimissa*, eivätkä ne siten merkitse tuomioistuinten valtiosääntöisen aseman heikentymistä tai niiden tehtävien siirtämistä muualle. Päinvastaisesti voitaisiin nähdä asianlaita, jos komission rikkomusmenettelyn merkitys ja käyttö olisivat laajentuakseen tässä tutkimuksessa käsitellyn ongelman kentän ratkaisemisessa, mitä *Taborowski* (CMLR 2012 s. 1913–1914) tuntuu kannattavan. *Shetreet* (1985 esim. s. 655) on korostanut, että tuomioistuinlaitokselle uskottujen, yhä merkittävämpien tehtävien hoitaminen edellyttää sekä *itsenäisyyttä* että riittävää *vastuunalaisuutta*, jotka voivat toisinaan olla keskenään jännitteisiä. En väitä, että komission rikkomusmenettelyn käytön laajentuminen jäsenvaltioiden tuomioistuinlaitoksen toimien puuttumisessa vaarantaisi tuomioistuinlaitoksen itsenäisyyttä ja riippumattomuutta. Katson kuitenkin, että vahingonkorvausvastuu yhdistettynä mahdollisuuteen puuttua tietyissä tilanteissa oikeusvoimaisiin ratkaisuihin (joista molemmat toteutetaan kansallisissa tuomioistuimissa, vaikkakin EU-oikeuden perusteella) ovat ongelman kentän ratkaisuun selvästi soveliaampia. Tämä johtuu esimerkiksi siitä, että tuomioistuinten puoleen kääntymisen tapahtuu lähempänä virheistä kärsineitä, se on helpompaa ja nopeampaa ja mahdollista myös yksittäistapauksellisissa loukkauksissa. Tuomioistuinlaitoksen ratkaisutoiminta on myös avoimemman julkisen kontrollin kohteena ja selkeämmin säänneltyä kuin komission harkinta siitä, millaisten ja minkä laajuisten tuomioistuinlaitoksen virheiden johdosta se katsoo aiheelliseksi ryhtyä rikkomusmenettelyyn (ks. tästä harkinnanvarasta myös *Craig – de Búrca* 2015 s. 436–439).

setarkoituksena, vaan erilaisten ja erisuuntaisten taustaintressien vedenjakajana.

Vastaavasti EU-oikeuden vaikutusta oikeusvoimaan ei ole tarpeen nähdä ulkoisena uhkana, vaan osana normaalia, oikeussuojaa painottavaa oikeusvaltio- ja integraatiokehitystä 2000-luvun Euroopassa. *Rosas* ja *Armati* ovat yleisestikin oikeussuojaa ja prosessioikeutta koskevien EU-oikeuden kysymysten osalta todenneet, että paras lähestymistapa ei löydy EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden dikotomiaa ja vastakkainasettelua painottamalla, vaan lähestymällä kutakin ongelmaa sitä koskevien oikeusperiaatteiden (esim. oikeusvoiman periaatteen tai vaikkapa *ultra petita* -kieltoa koskevan periaatteen) kautta.³³¹

³³¹ *Rosas – Armati* 2012 s. 274.

LÄHTEET

Kirjallisuus

- Aalto, Pekka*: Public Liability in EU Law – *Brasserie, Bergaderm* and Beyond. Hart Publishing, Oxford 2011.
- Aarnio, Aulis*: The Rational as Reasonable – A Treatise on Legal Justification. D. Reidel Publishing Company, Dordrecht 1987.
- Aine, Antti*: Kilpailuoikeudellinen pätemättömyys. Sanoma Pro, Helsinki 2013.
- Alexander, Willy*: The Temporal Effects of Preliminary Rulings. Yearbook of European Law 1988(8) s. 11–26.
- Andersson, Torbjörn*: Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler – en studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten. Iustus, Uppsala 1999.
- Andersson, Torbjörn*: Domstolsskapad rätt och retroaktivitet. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2–3/2001 s. 164–178.
- Briza, Petr*: Lucchini SpA – is there anything left of res judicata principle? Civil Justice Quarterly 2008 s. 40–50.
- Cappelletti, Mauro*: The Judicial Process in Comparative Perspective. Clarendon Press, Oxford 1989.
- Couronne, Vincent*: La compétence procédurale des États membres de l’Union Européenne. Yliopistollinen väitöskirja. Julkisesti tarkastettu 3.7.2015, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne 2015 (ei vielä julkaistu painettuna).
- Craig, Paul – de Búrca, Gráinne*: EU Law – Text, cases, and materials. Sixth Edition. Oxford University Press, Oxford 2015.
- Dashwood, Alan – Dougan, Michael – Rodger, Barry – Spaventa, Eleanor – Wyatt, Derrick*: Wyatt and Dashwood’s European Union Law. Sixth Edition. Hart Publishing, Oxford 2011.
- Dittert, Daniel*: Rapport allemand. Teoksessa L’obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice: une obligation sanctionnée? Éditions Bruylant, Bruxelles 2014 s. 59–82.
- Dougan, Michael*: National Remedies before the Court of Justice. Hart Publishing, Oxford 2004.
- Dubos, Olivier – Katz, David – Mollard, Philippe*: Rapport français. Teoksessa L’obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice: une obligation sanctionnée? Éditions Bruylant, Bruxelles 2014 s. 201–226.
- Groussot, Xavier – Minssen, Timo*: Res Judicata in the Court of Justice Case-Law: Balancing Legal Certainty with Legality? European Constitutional Law Review 2007(3) s. 385–417.
- Guinchard, Serge – Vincent, Jean*: Procédure civile. 27e édition. Éditions Dalloz, Paris 2003.
- Haapaniemi, Pekka*: Procedural Autonomy: A Misnomer? Teoksessa Europeanization of Procedural Law and the New Challenges to Fair Trial. Europa Law Publishing, Groningen 2009 s. 87–121.
- Hakalehto-Wainio, Suvianna*: Valta ja vahinko – Julkisen vallan käyttäjän vahingonkorvausvastuu vahingonkorvauslaissa. Talentum, Helsinki 2008.

- Hepola, Matti:* Oikeusvoimaopin transformaatio – siviiliprosessioikeudellisen oikeusvoimaopin muuttuminen ja siirtyminen hallinto- ja ympäristöoikeuteen ympäristöluvan pysyvyyden kannalta. Edita, Helsinki 2005.
- Hofstötter, Bernhard:* Non-Compliance of National Courts – Remedies in European Community Law and Beyond. T.M.C. Asser Press, The Hague 2005.
- Jokela, Antti:* Ylimääräisen muutoksenhaun asemasta oikeussuojajärjestelmässämme. Teoksessa *Da mihi factum, dabo tibi ius – Korkein oikeus 1809–2009*. WSOYpro, Helsinki 2009 s. 343–367.
- Jokela, Antti:* Pääkäsittely, todistelu ja tuomio – Oikeudenkäynti III. 2. uudistettu painos. Talentum, Helsinki 2015.
- Kanninen, Heikki:* ”Juger l’administration, c’est encore administrer” -maksimi nykyajan hallintolainkäytön valossa. Teoksessa *Avoin, tehokas ja riippumaton – Olli Mäenpää 60 vuotta*. Edita, Helsinki 2010 s. 217–231.
- Kanninen, Heikki:* Rapport finlandais. Teoksessa *L’obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice: une obligation sanctionnée?* Éditions Bruylant, Bruxelles 2014 s. 183–199.
- Kornezov, Alexander:* *Res judicata* of national judgments incompatible with EU law: time for a major rethink? *Common Market Law Review* 2014(51) s. 809–842. (*Kornezov CMLR 2014*)
- Koskelo, Pauliine:* Tuomarin ja asianajajan tehtävät ja vastuu EY-oikeuden huomioon ottamisessa kansallisessa lainkäytössä. Teoksessa *Yksilön oikeusasema Euroopan unionissa – juhla kirja Allan Rosas*. Institutet för mänskliga rättigheter vid Åbo Akademi, Turku 2008 s. 623–635.
- Koulu, Risto:* Tapauskommentti KKO 2007:35. Teoksessa *KKO:n ratkaisut kommentein 2007:I*. Talentum, Helsinki 2007 s. 236–239.
- Kulla, Heikki:* Hallintoprosessi, siviiliprosessi ja yleiset prosessiperiaatteet. Teoksessa *Oikeuden tavoitteet ja menettelyt – Muistokirja Hannu Tapani Klamille*. Turun yliopisto, Turku 2003 s. 241–255.
- Kulla, Heikki:* Hallintomenettelyn perusteet. 8. painos. Talentum, Helsinki 2012.
- Lager, Irma:* Tuomionpurun edellytyksistä siviili- ja hallintoprosessissa. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1972.
- Lambert Abdelgawad, Elisabeth:* The execution of judgments of the European Court of Human Rights. Second Edition. Human rights files, No. 19. Council of Europe Publishing, Strasbourg 2008.
- Lappalainen, Juha:* Tapauskommentti KKO 1998:30. Teoksessa *KKO:n ratkaisut kommentein 1998:I*. Kauppakaari, Helsinki 1998 s. 191–194.
- Lappalainen, Juha:* Siviiliprosessioikeus II. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2001.
- Lenaerts, Koen:* How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy. *Fordham International Law Journal* 2013(36) s. 1302–1371.
- Lenaerts, Koen – Maselis, Ignace – Gutman, Kathleen:* *EU Procedural Law*. Oxford University Press, Oxford 2014.
- Leppänen, Tatu – Välimaa, Asko:* Muutoksenhaun pääpiirteet. 4. painos. Helsingin yliopisto, Helsinki 1998.

- Lindell, Bengt:* Civilprocessen. Tredje upplagan. Iustus, Uppsala 2012.
- Linna, Tuula:* Hakemuslainkäyttö. Talentum, Helsinki 2009.
- Linna, Tuula:* KKO 2011:100 – Itse asetetun säännön seuraaminen contra analogiatulkinta. Lakimies 1/2012 s. 177–182.
- Linna, Tuula:* Kanteenmuutoskielto, preklusio ja oikeusvoima – prosessioikeuden klassikkoja. Lakimies 3–4/2015 s. 339–366.
- Miettinen, Samuli:* Oikeusvoima EU-oikeudessa. Lakimies 3/2012 s. 419–436.
- Mäenpää, Olli:* Hallintoprosessioikeus. 2. uudistettu painos. WSOYpro, Helsinki 2007.
- Mäenpää, Olli:* Eurooppalainen hallinto-oikeus. 3. uudistettu painos. Talentum, Helsinki 2011.
- Männistö, Jarkko:* Oikeustapauskommentti KKO 2003:112. Lakimies 2/2004 s. 324–331.
- Männistö, Jarkko:* Theory of Preclusion. Ajatuspaja Käräjä, Helsinki 2013.
- Määttä, Pekka:* Ihmisoikeusloukkaus (syyttömän tuomitseminen) ei ole OK 31:8 §:n tarkoittama tuomion purkuperuste – oikeustapauskommentti KKO 2008:24. Oikeustieto 2/2008 s. 2–4.
- Nebbia, Paolisa:* Do the rules on state aids have a life of their own? National procedural autonomy and effectiveness in the Lucchini case. European Law Review 2008(33) s. 427–438.
- Ojanen, Tuomas:* EU-oikeuden perusteita. Uudistettu laitos. Edita, Helsinki 2010.
- Paso, Mirjami – Saukko, Petri – Tarukannel, Veijo – Tolvanen, Matti:* Hallintolainkäyttö. Talentum, Helsinki 2015.
- Paumio, Elina:* Beyond Words: the European Court of Justice and Legal Certainty in Multilingual EU Law. Helsingin yliopisto, Helsinki 2011.
- Pellonpää, Matti:* Eurooppaoikeus ja ylimääräinen muutoksenhaku hallintoprosessissa korkeimman hallinto-oikeuden viimeaikaisen oikeuskäytännön valossa. Teoksessa Avoin, tehokas ja riippumaton – Olli Mäenpää 60 vuotta. Edita, Helsinki 2010 s. 381–393.
- Pohjalainen, Anna:* EU-oikeuden vastaisuus ylimääräisen muutoksenhaun perusteena – ajankohtaista oikeuskäytäntöä Suomesta. Defensor Legis 2/2014 s. 260–268.
- Pohlmann, Petra:* Zivilprozessrecht. 3. Auflage. Verlag C. H. Beck, München 2014.
- Prechal, Sacha – Widdershoven, Rob:* Redefining the Relationship between ‘Rewe-effectiveness’ and Effective Judicial Protection. Review of European Administrative Law 2011(4) s. 31–50.
- Raiti, Giovanni:* The crisis of civil res judicata in the EC legal system. Zeitschrift für Zivilprozess International 2008 s. 23–28.
- Raitio, Juha:* The Principle of Legal Certainty in EC Law. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 2003.
- Raitio, Juha:* Oikeusvarmuus ja oikeusvoima eurooppaoikeudessa. Defensor Legis 4/2012 s. 403–418.
- Raitio, Juha:* Euroopan unionin oikeus. Talentum, Helsinki 2016.
- Rautio, Jaakko:* Ylimääräinen muutoksenhaku. Teoksessa Frände, Dan – Havansi, Erkki – Helenius, Dan – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Virolainen, Jyrki: Prosessioikeus. Neljäs painos. Sanoma Pro, Helsinki 2012 s. 1193–1242.

- Rihto, Ahti*: EU-tuomioistuimen päätösten ajallisen ulottuvuuden vaikutuksista eräissä tapauksissa. Teoksessa Avoin, tehokas ja riippumaton – Olli Mäenpää 60 vuotta. Edita, Helsinki 2010 s. 431–442.
- Rosas, Allan*: Oikeus kansalliseen oikeudenkäyntiin EU-oikeuden mukaan. Teoksessa Juh-lajulkaisu Pekka Hallberg 1944 – 12/6 – 2004. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004 s. 361–373.
- Rosas, Allan – Armati, Lorna*: EU Constitutional Law – An Introduction. Second Revised Edition. Hart Publishing, Oxford 2012.
- Schermers, Henry G. – Blokker, Niels M.*: International Institutional Law. Fourth Revised Edition. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2003.
- Schermers, Henry G. – Waelbroeck, Denis F.*: Judicial Protection in the European Union. Sixth Edition. Kluwer Law International, The Hague 2001.
- Shetreet, Shimon*: Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges. Teoksessa Judicial Independence: The Contemporary Debate. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1985 s. 590–681.
- Siltala, Raimo*: A Theory of Precedent – From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law. Helsingin yliopisto, Helsinki 1998.
- Siltala, Raimo*: Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2003.
- Simon, Denys*: Autorité de chose jugée d'un arrêt national. Europe – Actualité du droit de l'Union européenne 2009(11), kommentti 393.
- Skouris, Vassilios*: Oikeusvarmuus viimeaikaisessa Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Teoksessa Korkein hallinto-oikeus 90 vuotta. Korkein hallinto-oikeus, Helsinki 2008 s. 661–678.
- Suviranta, Outi*: Oikeusvoimasta luottamuksen suojaan. Lakimies 7–8/2004 s. 1421–1436.
- Taborowski, Maciej*: Infringement proceedings and non-compliant national courts. Common Market Law Review 2012(49) s. 1881–1914. (*Taborowski CMLR 2012*)
- Tizzano, Antonio – Gencarelli, Bruno*: Union Law and Final Decisions of National Courts in the Recent Case Law of the Court of Justice. Teoksessa A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood. Hart Publishing, Oxford 2011 s. 267–280.
- Tirkkonen, Tauno*: Oikeusvoimasta – Sen luonne ja subjektiivinen ulottuvaisuus Suomen siviiliprosessioikeudessa. Helsingin Uusi Kirjapaino, Helsinki 1933.
- Tirkkonen, Tauno*: Tuomionpurku – Prosessioikeudellinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesten Yhdistys, Vammala 1937.
- Tirkkonen, Tauno*: Suomen siviiliprosessioikeus II. Werner Söderström Osakeyhtiö, Helsinki 1966.
- Tridimas, Takis*: The General Principles of EU Law. Second Edition. Oxford University Press, Oxford 2006.
- Van Gerven, Walter*: Of Rights, Remedies and Procedures. Common Market Law Review 2000(37) s. 501–536.
- Van Gerven, Walter*: Harmonization of Private Law: Do We Need It? Common Market Law Review 2004(41) s. 505–532.

- Van Meerbeeck, Jérémie*: La fin de l'autorité...de chose jugée? Teoksessa *Liber Amicorum Michel Mahieu*. Éditions Lancier, Bruxelles 2008 s. 141–163.
- Virolainen, Jyrki*: Prosessin pääläjit ja tehtävät. Teoksessa *Frände, Dan – Havansi, Erkki – Helenius, Dan – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Virolainen, Jyrki*: Prosessioikeus. Neljäs painos. Sanoma Pro, Helsinki 2012 s. 57–83.
- Wall, Gustaf*: Rättskraft och korrektiv – En förvaltningsrättslig studie. Uppsala universitetet 2014.
- Ward, Angela*: *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*. Second Edition. Oxford University Press, Oxford 2007.
- Welamson, Lars – Munck, Johan*: *Processen i hovrätt och högsta domstolen – Rättegång VI*. Fjärde upplagan. Norstedts Juridik, Stockholm 2011.

Virallislähteet ja raportit

- Comparative Report – The Effect in the European Community of Judgments in Civil and Commercial Matters: Recognition, Res Judicata and Abuse of Process. British Institute of International and Comparative Law (BIICL). Jacob van de Velden – Justine Stefanelli. http://www.biicl.org/files/4608_comparative_report_-_jls_2006_fpc_21_-_final.pdf 1.6.2016 (*BIICL-tutkimusraportti*).
- Euroopan neuvoston ministerikomitean Recommendation R(2000)2 on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights, 19.1.2000. <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=334147> 1.6.2016 (*EN-suositus R(2000)2 ja sen selitysmuistio*).
- HE 226/2009 vp – Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi hallintolain ja hallintolainkäyttölain muuttamisesta.
- HE 46/2014 vp – Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi. Oikeusministeriön muutoksenhakutoimikunnan jatkomietintö 20.11.2002 (komiteanmietintö 2002:8). (*OM-komiteamietintö 2002:8*).
- RP 1985:86/80 – Regeringens proposition om ny förvaltningslag (Ruotsi)

LYHENTEET

BIICL	British Institute of International and Comparative Law
CMLR	Common Market Law Review
EHTY	Euroopan hiili- ja teräsyhteisö
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
ELR	European Law Review
EN	Euroopan neuvosto
ETY	Euroopan talousyhteisö
EU	Euroopan unioni
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
EY	Euroopan yhteisö
HE	hallituksen esitys
HLL	hallintolainkäyttölaki, 586/1996
KHO	korkein hallinto-oikeus
KKO	korkein oikeus
OK	oikeudenkäymiskaari, 4/1734
ROL	laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa, 689/1997
SEU	Euroopan unionista tehty sopimus
SEUT	Euroopan unionin toiminnasta tehty sopimus
YBEL	Yearbook of European Law
YK	Yhdistyneet kansakunnat

OIKEUSTAPAUKSET

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Asia 62710/00 *Lungoci v. Romania*, tuomio 26.1.2006

Asia 56581/00 *Sedjovic v. Italia*, tuomio 1.3.2006

Asia 24360/04 *Giuran v. Romania*, tuomio 21.6.2011

EU-tuomioistuin

Yhdistetyt asiat 7/56 ja 3–7/57 *Algera ym.*, tuomio 12.7.1957 ECR 81

Yhdistetyt asiat 42/59 ja 49/59 *SNUPAT*, tuomio 22.3.1961 ECR 53

Asia 41/74 *Van Duyn*, tuomio 4.12.1974 ECR 1337

Asia 43/75 *Defrenne v. Sabena*, tuomio 8.4.1976 ECR 455

Asia 33/76 *Rewe*, tuomio 16.12.1976 ECR 1989

Asia 45/76 *Comet*, tuomio 16.12.1976 ECR 2043

Asia 61/79 *Denkavit Italiana*, tuomio 27.3.1980 ECR 1205

Asia 283/81 *CILFIT*, tuomio 6.10.1982 ECR 3415

Asia 222/84 *Johnston*, tuomio 15.5.1986 ECR 1651

Asia C-208/90 *Emmott*, tuomio 25.7.1991 ECR I-4269

Yhdistetyt asiat C-6/90 ja C-9/90 *Francovich*, tuomio 19.11.1991 ECR I-5357
 Asia C-312/93 *Peterbroeck*, tuomio 14.12.1995 Kok. I-4599
 Asia C-430/93 *Van Schijndel*, tuomio 14.12.1995 Kok. I-4705
 Yhdistetyt asiat C-46/93 ja C-48/93 *Brasserie du pêcheur*, tuomio 5.3.1996 Kok. I-1029
 Asia C-24/95 *Alcan*, tuomio 20.3.1997 Kok. I-1591
 Asia C-188/95 *Fantask ym. v. Industriministeriet*, tuomio 2.12.1997 Kok. I-6783
 Asia C-191/95 *komissio v. Saksa*, tuomio 29.9.1998 Kok. I-5449
 Asia C-126/97 *Eco Swiss*, tuomio 1.6.1999 Kok. I-3055
 Asia C-78/98 *Preston ym.*, tuomio 16.5.2000 Kok. I-3201
 Asia C-99/00 *Lyckeskog*, tuomio 4.6.2002 Kok. I-4839
 Asia C-224/01 *Köbler*, tuomio 30.9.2003 Kok. I-10239
 Asia C-147/01 *Weber's Wine World ym.*, 2.10.2003 Kok. I-11365
 Asia C-453/00 *Kühne & Heitz*, tuomio 13.1.2004 Kok. I-837
 Yhdistetyt asiat C-397/01 – C-403/01 *Pfeiffer ym.*, tuomio 5.10.2004 Kok. I-8835
 Asia C-537/03 *Candolin ym.*, tuomio 30.6.2005 Kok. I-5745
 Asia C-234/04 *Kapferer*, tuomio 16.3.2006 Kok. I-2585
 Asia C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo*, tuomio 13.6.2006 Kok. I-5177
 Asia C-392/04 *i-21 Germany*, tuomio 19.9.2006 Kok. I-8559
 Asia C-432/05 *Unibet*, tuomio 13.3.2007 Kok. I-2271
 Asia C-156/04 *komissio v. Kreikka*, tuomio 7.6.2007 Kok. I-4129
 Asia C-119/05 *Lucchini*, tuomio 18.7.2007 Kok. I-6199
 Asia C-2/06 *Kempter*, tuomio 12.2.2008 Kok. I-411
 Asia C-268/06 *Impact*, tuomio 15.4.2008 Kok. I-2483
 Yhdistetyt asiat C-378/07 – C-380/07 *Angelidaki ym.*, tuomio 23.4.2009 Kok. I-3071
 Asia C-2/08 *Fallimento Olimpiclub*, tuomio 3.9.2009 Kok. I-7501
 Asia C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones*, tuomio 6.10.2009 Kok. I-9579
 Asia C-154/08 *komissio v. Espanja*, tuomio 12.11.2009 Kok. I-187
 Asia C-118/08 *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, tuomio 26.1.2010 Kok. I-635
 Asia C-507/08 *komissio v. Slovakia*, tuomio 22.12.2010 Kok. I-13489
 Unionin tuomioistuimen lausunto 1/09, 8.3.2011 Kok. I-1137
 Asia C-221/10 P *Artegoda v. komissio*, tuomio 19.4.2012, ECLI:EU:C:2012:216
 Asia C-249/11 *Byankov*, tuomio 4.10.2012, ECLI:EU:C:2012:608
 Asia C-529/09 *komissio v. Espanja*, tuomio 24.1.2013, ECLI:EU:C:2013:31
 Asia C-73/11 P *Frucona Kosice v. komissio*, tuomio 24.1.2013, ECLI:EU:C:2013:32
 Asia C-583/11 P *Inuit Tapiriit Kanatami ym. v. parlamentti ja neuvosto*, tuomio 3.10.2013, ECLI:EU:C:2013:625
 Yhdistetyt asiat C-29/13 ja C-30/13 *Global Trans Lodzhistik*, tuomio 13.3.2014, ECLI:EU:C:2014:140
 Asia C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, tuomio 10.7.2014, ECLI:EU:C:2014:2067
 Asia C-105/14 *Taricco ym.*, tuomio 8.9.2015, ECLI:EU:C:2015:555
 Asia C-160/14 *Ferreira da Silva e Brito*, tuomio 9.9.2015, ECLI:EU:C:2015:565
 Asia C-69/14 *Târșia*, tuomio 6.10.2015, ECLI:EU:C:2015:662
 Asia C-505/14 *Klausner Holz Niedersachsen GmbH*, tuomio 11.11.2015, ECLI:EU:C:2015:742

EU-tuomioistuin / julkisasiamiehen ratkaisuehdotukset

- Asia C-99/00 *Lyckeskog*, julkisasiamies Tizzanon ratkaisuehdotus 21.2.2002
Asia C-224/01 *Köbler*, julkisasiamies Légerin ratkaisuehdotus 8.4.2003
Asia C-453/00 *Kühne & Heitz*, julkisasiamies Légerin ratkaisuehdotus 17.6.2003
Asia C-234/04 *Kapferer*, julkisasiamies Tizzanon ratkaisuehdotus 10.11.2005
Asia C-392/04 *i-21 Germany*, julkisasiamies Ruiz-Jarabo Colomerin ratkaisuehdotus 16.3.2006
Asia C-119/05 *Lucchini*, julkisasiamies Geelhoedin ratkaisuehdotus 14.9.2006
Asia C-2/06 *Kempter*, julkisasiamies Botin ratkaisuehdotus 24.4.2007
Asia C-2/08 *Fallimento Olimpiclub*, julkisasiamies Mazákin ratkaisuehdotus 24.3.2009
Asia C-249/11 *Byankov*, julkisasiamies Mengozzin ratkaisuehdotus 21.6.2012, ECLI:EU:C:2012:380
Asia C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, julkisasiamies Wahlin ratkaisuehdotus 15.5.2014, ECLI:EU:C:2014:335
Asia C-69/14 *Târșia*, julkisasiamies Jääskisen ratkaisuehdotus 23.4.2015, ECLI:EU:C:2015:396

Korkein oikeus

- KKO 1990:83
KKO 1992:91
KKO 1994:111
KKO 1998:30
KKO 1999:96
KKO 2001:136
KKO 2004:56
KKO 2005:145
KKO 2006:3
KKO 2007:11
KKO 2007:34
KKO 2007:35
KKO 2008:24
KKO 2008:43
KKO 2009:80
KKO 2011:43
KKO 2011:58
KKO 2011:100
KKO 2013:23
KKO 2013:54
KKO 2013:58
KKO 2013:72
KKO 2013:90
KKO 2014:72
KKO 2014:93

KKO 2014:94
KKO 2014:101
KKO 2015:14
KKO 2015:59
KKO 2015:60
KKO 2016:28

Korkein hallinto-oikeus

KHO 2006:68
KHO 2009:99
KHO 2010:44
KHO 2010:45
KHO 2011:38
KHO 2013:199
KHO 2014:183
KHO 2016:33

HOW DOES EU LAW AFFECT *RES JUDICATA* OF NATIONAL JUDGMENTS?

This article examines how EU law may affect *res judicata* of national judgments incompatible with EU law. As is well known, national courts play a vital role in the EU legal system, guaranteeing effective judicial protection of the rights deriving from EU law. Through principles such as primacy, direct effect and duty of consistent interpretation, they can eliminate negative consequences stemming from a failure of national legislator or administration to properly implement or apply EU legislation. Sometimes, however, courts themselves may err. For instance, they might disregard applicable EU legislation or misinterpret it. National courts of last instance may fail to refer a preliminary question to the ECJ even if they are under obligation to do so. If erroneous judgments become final, questions arise as to whether EU law is able to affect their finality.

This question is particularly relevant when the principle of state liability according to Francovich/Köbler case law proves to be inadequate from the individual viewpoint: monetary compensation is a suitable way to refund illegal taxes but may appear unsatisfactory if individuals, after the compensation, continue to suffer from permanent violations of their rights relating to, for example, the free movement or parental rights. Further, while infringement proceedings under Article 258 TFEU are in principle applicable to infringements by national judiciary and might be regarded as a solution, individuals possess no *locus standi* in these proceedings, and it has been observed that the Commission is rather hesitant to use them in the case of judiciary.

When developing its case law on *res judicata*, the ECJ has not been able to limit itself to the interests that call for disregarding *res judicata*, such as effective and uniform application of EU law. It has also had to take into account the principles and interests behind *res judicata*, such as legal certainty, stability of the law and legal relations and the sound administration of justice. These interests are discussed in the article. It is observed that although they are undeniably important, they are not necessarily absolute nor equally significant in every individual case.

The approach of the ECJ in *res judicata* matters can be described as casuistic. The Court has not, at least not yet, put forward a general framework or solution, save Kühne & Heitz criteria, which are relevant in the case of final administrative decisions. On the contrary, it evaluates *res judicata* matters in the context of principles of effectiveness and equivalence, which pose the limits on how national proceedings may be arranged in the

absence of EU harmonization. Behind this framework of evaluation, a battle of conflicting interests may be perceived. As Advocate General Mazák has put it, each precedent reflects a balance that has to be struck, in the particular factual and legal circumstances of the case, between legal certainty and the requirements of EU legality. The essential ECJ case law on *res judicata* is analyzed against the said background but in an attempt to find greater coherence.

When examining the subject, it is essential to know which procedural expressions of the *res judicata* principle may be affected and how. Indeed, national courts should be able to recognize the situations where the effect may arise and identify relevant procedural rules. It is submitted that, on one hand, the rules governing the scope of *res judicata* and, on the other hand, the rules governing retrial and extraordinary appeal may be affected. The first one defines, in essence, what is precluded from subsequent litigation and what is presumed to be true. The latter does not affect the definition of those limits, but answers the following question: in what procedure can a judgment having acquired *res judicata* be opened to relitigation? Cases such as *Köbler*, *Lucchini*, *Fallimento Olimpiclub* and *Klausner Holz Niedersachsen GmbH* are examples on how the ECJ has deemed the preclusive or prejudicially binding effect of a previous final judgment on subsequent proceedings to constitute an unreasonable obstacle to the effective application of EU law. *Kapferer and Târșia*, on the other hand, are a token of judicial prudence of the Court in the matter of revoking a final judicial decision. In the case of reopening administrative decisions, *Kühne & Heitz* criteria set one specific situation where there is an obligation to reopen. It must be borne in mind that the principles of effectiveness and equivalence may affect *res judicata* even where the criteria are not met.

Finally, it is submitted that the recent developments in EU law bear resemblance to those in the context of the ECHR. After Recommendation R(2000)2 of the Committee of Ministers of the Council of Europe, several countries have adopted specific extraordinary arrangements to enable a retrial when human rights have been violated. This could be characterized as an Europeanization of Finality, which certainly affects how this aspect is approached from the viewpoint of the EU – irrespective of whether the principle of equivalence formally extends to paralleling infringements of the ECHR with the infringements of EU law or not. Moreover, we have already seen how the principle of state liability in modern society has more or less surpassed the idea of the immunity of judgments. The idea of judicial decisions giving rise to state liability was unthinkable for a long time but this is no longer the case today. No reason can be seen why the

content of final judgments as well, when absolutely necessary, could not be touched, as long as the interests behind *res judicata* are properly balanced. As regards Finland, since we have a long tradition of enabling retrial on grounds of clear illegality of a judgment – which is not the case in certain other countries – possible developments and extensions in the future case law of the ECJ in *res judicata* matters should appear relatively tolerable from our viewpoint.

Pertti Välimäki

**PREKLUUSIOSTA
KORKEIMMASSA OIKEUDESSA**

Sisällys

ARTIKKELIN AIHE	293
1 PREKLUUSIOSTA, SEN TARKOITUKSESTA JA SUHTEESTA LÄHIKÄSITTEISIIN	294
1.1 Preklusio ja sen tarkoitus	294
1.2 Preklusion suhde lähikäsitteisiin	296
1.3 Preklusion oikeusvaikutukset	297
2 PREKLUUSIOSÄÄNNÖSTEN TULKINTA	298
2.1 Tulkinnan linjat	298
2.2 Käsitteiden tulkinta	299
3 PREKLUUSION SOVELTAMISALA	300
3.1 Preklusion pääsääntö	300
3.2 Preklusion piiriin kuuluvat jutut	301
3.2.1 Pääsääntö: kaikki valitusluvan takana olevat asiat	301
3.2.2 Toisen asteen asiat	303
3.2.3 Ylimääräistä muutoksenhakua koskevat asiat	304
3.3 Preklusion kohteena uusi seikka	305
3.1.1 Oikeudellinen luonnehdinta	307
3.3.2 Viran puolesta huomioon otettavat pakottavan oikeuden- mukaiset seikat	311
3.3.3 Todistusosiseikat	315
3.4 Preklusion kohteena uudet todistuskeinot	316
4 POIKKEUKSET ELI PREKLUUSIOTA KOSKEVAT ANTEEKSI- ANTOPERUSTEET	318
4.1 Perusteet ja näyttökynnys	318
4.2 Ei ole voinut -peruste	319
4.3 Pätevä aihe -peruste	320
4.4 Arvioinnin keskiössä prosessaamisen moitteettomuus ja huolellisuus	321
5 PÄTEVÄN AIHEEN ARVIOINTI ERÄISSÄ TYYPITILANTEISSA	322
5.1 Varsinaiset eli välittömät anteeksiantoperusteet	322
5.1.1 Oikeudellisen tilan muuttuminen	322

5.1.2	Prosessuaalisen aseman muuttuminen kesken prosessin	326
5.1.3	Tuomioistuimen materiaalisen prosessinjohtoon puutteet ja muut menettelyvirheet	334
5.1.4	Asianosaisen erehdyksen korjaaminen	335
5.2	Täydentävät harkintaperusteet	338
5.2.1	Uuden seikan tai todisteen vaikutus prosessin kulkuun	339
5.2.2	Todisteen tai seikan merkitys jutun lopputulokselle	340
5.2.3	Vastapuolen kanta	341
5.3	Pätevä aihe yleislausekkeena	341
5.4	Huolellisen prosessaamisen mittapuu	342
5.5	Asianajollisia ja menettelyllisiä kysymyksiä	343
6	ERÄS TAPAUS SEIKKAPREKLUSIOSTA	344
6.1	Tapauksen ongelmat	344
6.2	Väittämistaakka	345
6.3	Preklusio	346
6.4	Mietteitä	347
7	LOPPUARVIOINTIA	348
	LÄHTEET	350
	LYHENTEET	352
	OIKEUSTAPAUKSET	353
	ABOUT PRECLUSION IN THE SUPREME COURT OF FINLAND	354

Preklusiosta korkeimmassa oikeudessa

ARTIKKELIN AIHE¹

Preklusio merkitsee oikeudenkäyntiaineiston rajoittamista. Prosessisäännösten mukaan asianosaisen on vedottava tuomion perusteeksi otettaviin seikkoihin ja todisteisiin viimeistään määrävaiheessa prosessia uhalla, että hän menettää oikeutensa vedota niihin enää myöhemmin. Jos vetoaminen on toimitettu myöhässä, seikan ja todisteen sanotaan prekludoituneen tai joutuneen preklusion kohteeksi. Arkisempi kuvaus voisi kuulua siten, että seikka ja todiste suljetaan pois² oikeudenkäyntiaineistosta.

Korkeinta oikeutta koskevan oikeudenkäymiskaaren 30 luvun 7 §:n mukainen preklusion pääsääntö voidaan kiteyttää seuraavasti: *ei uusia seikkoja eikä todisteita korkeimpaan oikeuteen*. Pääsääntöä täydentävät poikkeukset eli preklusion anteeksiantoperusteet.

Artikkelin tärkein tavoite on yrittää selvittää etupäässä korkeimman oikeuden käytännön pohjalta preklusion soveltamisalaa ja anteeksiantoperusteita korkeimman oikeuden omassa menettelyssä. Kirjoituksessa on seitsemän jaksoa. Pääpaino on preklusion soveltamisalaa koskevassa jaksossa 3 sekä jaksoissa 4 sekä 5, jotka koskevat anteeksiantoperusteiden erittelyä, ryhmittelyä ja arviointia. Niitä ennen tarkastelen lyhyesti preklusion tarkoitusta ja sen suhdetta lähikäsitteisiin (jakso 1) ja preklusiosäännösten yleisiä tulkintakysymyksiä (jakso 2). Artikkelin päättyy kertaavaan jaksoon 6 ja loppuarvioon (jakso 7).

Tässä artikkelissa käsiteltävässä preklusiossa on kysymys oikeudenkäynnin sisäisestä preklusiosta erotukseksi oikeudenkäyntien välisestä preklusiosta, jolla tarkoitetaan ensimmäisen kanteen perusteella annetun tuomion vaikutusta samoihin seikkoihin perustavan toisen kanteen tutki-

* Pertti Välimäki, oikeusneuvos, siviilioikeuden dosentti, korkein oikeus

¹ Referee-arvioitsijoilta saatu palaute on parantanut artikkelia. Kiitän myös kollegoitani Tuomo Antilaa, Mika Huovilaa ja Jukka Sippona, jotka ovat lukeneet käsikirjoituksen viime version. Heidän kommenttinsa ovat antaneet aihetta moniin tarkistuksiin.

² Termi preklusio on peräisin latinasta. Verbi *praeccludere* tarkoittaa 'sulkea', 'teljetä'.

miseen. Jälkimmäinen kysymys tunnetaan yleisemmin negatiivisen oikeusvoimavaikutuksen tai *res judicata*n nimellä.³

1 PREKLUSIOSTA, SEN TARKOITUKSESTA JA SUHTEESTA LÄHIKÄSITTEISIIN

1.1 Preklusio ja sen tarkoitus

Kun preklusio tarkoittaa vetoamismahdollisuuden tai -oikeuden menettämistä, tarkan kielenkäytön mukaan olisi puhuttava *vetoamisoikeuden prekludoitumisesta* eikä esineellisesti seikan tai todisteen prekludoitumisesta.⁴ Preklusiossa on kyse on *prosessuaalisesta sanktiosta*. Jos seikkaan tai todisteeseen vedotaan liian myöhään, se jätetään huomiotta; mahdollisen vahingon kärsii vetoaja. Sanktiosääntönä preklusiolla on yhteyksiä oikeudenkäyntikuluja koskeviin OK 21:5 ja 6:iin.⁵

Se, mitä kirjallisuudessa preklusiosta on kirjoitettu, koskee etupäässä preklusiota alioikeudessa.⁶ Alioikeuspreklusion tarkoitukseksi selitetään yhtäältä oikeudenkäynnin *keskittämisen* turvaaminen ja toisaalta *reilun ja rehellisen* prosessaamisen edistäminen.⁷ Oikeudenkäynnin perustavoitteisiin kuuluvaa varmuutta ja joutuisuutta edistää, kun oikeudenkäynnin kohteita ja aineistoa ei voida pitkin prosessia laajentaa, vaan asiat saadaan mahdollisimman aikaisessa vaiheessa ja etupainotteisesti keskitetyksi prosessin kohteeksi. Asianosaisten tasapuolista kohtelua edistää, ettei yllätyksellisiä lisäseikkoja ja todisteita oteta myöhemmin prosessin kohteeksi.

Muutoksenhaussa sovellettavalla preklusiolla katsotaan olevan yhteys alioikeuspreklusioon siten, että muutoksenhaussa preklusion täytyy olla ainakin yhtä laajaa kuin alioikeusvaiheessa. Näin ollen alioikeusvaiheessa

³ Ks. *Männistö* 2013 s. 15 ja *Linna* LM 2015 s. 351.

⁴ Ks. *Lappalainen*, *Käsittely* 2012 s. 989 ja *Vaitoja* 2014 s. 151.

⁵ Ks. *Lindell* 2012 s. 252–256, jossa preklusiota käsitellään huolimattoman tai leväperäisen prosessaamisen yhtenä seuraamuksena; muita seuraamuksia ovat rangaistus ja kulujen korvausvelvollisuus.

⁶ Esim. *Jokela* 2015, jossa alioikeuspreklusiota käsitellään 16 sivua (s. 38–54), hovioikeuspreklusiota 12 sivua (s. 682–693) ja preklusiota korkeimmassa oikeudessa puoli sivua (s. 797–798). Linnan suppeassa oppikirjassa KäO-preklusiota käsitellään kolme sivua, HO-preklusiota vajaa sivu ja KKO-preklusiota vajaa puoli sivua; *Linna* 2012 s. 89–92, 167 ja 186. Teosten painotuksia ei voi moittia; niiden pääpaino on siellä, missä on oikeudenkäynnin painopiste.

⁷ Ks. HE 15/1990 vp s. 34 ja HE 32/2001 vp s. 60–61; *Leppänen* 1998 s. 306; *Sippo – Välimaa* 2003 s. 226; *Linna* 2012 s. 89 ss. ja *Jokela* 2015 s. 38–40.

prekludoituneeseen aineistoon ei ole oikeutta vedota enää muutoksenhaussa.

Muutoksenhakuinstanssien preklusiossa kyse on *instanssijärjestyksen periaatteesta*.⁸ Sen tarkoituksen voi tiivistää näin: juttu pitää aloittaa käräjäoikeudessa eikä osaksikaan muutoksenhakuasteissa, mistä pitäisi seurata, että muutoksenhakutuomioistuimen toimivaltaan kuuluu vain alemman instanssin ratkaisun oikeellisuuden eikä uuden aineiston tutkiminen.⁹ Preklusio muutoksenhaussa vahvistaa osaltaan sitä, että prosessin pääpaino on alioikeudessa. Muutoksenhakua koskevan preklusion *oman tarkoituksen* voi konstruoida siten, että preklusiolla muutoksenhaku pyritään pysyttämään vain muutoksenhakuna, siis alemman instanssin ratkaisun oikeellisuuden tarkistamisena alemman tuomioistuimen käytössä olleen oikeudenkäyntiaineiston pohjalta.¹⁰ Tarkoituksena olisi näin ollen estää se, että muutoksenhakuvaiheessa oikeudenkäynnin kohde laajenisi tai muuttuisi toiseksi kuin se alun perin oli.¹¹ Ehdottomassa muodossa instanssijärjestyksen tavoitteita ei kuitenkaan ole voitu noudattaa. Joskus on sallittava uusiin seikkoihin ja todisteisiin vetoaminen, vaatimuksien muuttaminen ja jopa uusien vaatimuksien esittäminen.

Preklusiouhka voi toimia myös perustavoitteidensa vastaisesti, jos asianosaiset asemiansa varmistamiseksi vetoavat varmuuden vuoksi kaikkiin seikkoihin ja todisteisiin, vaikka niiden yhteys asianosaisen vaatimukseen olisi epävarma ja etäinen. Varmistelun takia aineisto voi paisua ja keskittäminen unohtua. Lisäksi preklusion haitaksi mainitaan, että se voi heikentää luottamusta oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen, kun jutun voi hävitä prosessuaalisen muutoseikan, oikeastaan ansan takia. Ja vaikka jutun lopputulos ei olisikaan johtunut preklusiosta, asianosainen voi kokea, että se on joka tapauksessa vaikuttanut asiaan epäoikeudenmukaisesti.¹² Vakavimmaksi preklusion haitaksi mainitaan se, että se lisää materiaalisesti virheellisen tuomion riskiä, kun mahdollisesti merkityksellisen aineiston esittäminen estyy.¹³ Näiden haittojen takia preklusiota ei ole säännelty ehdottomaksi, vaan yleensä kaikkiin preklusiosäännöksiin sisältyy anteeksiantoperusteita.

⁸ Ks. *Lappalainen* 1995 s. 195–197 ja *Jokela* 2015 s. 683; *Welamsson – Munck* 2011 s. 76 ja *Lindell* 2012 s. 254.

⁹ Ks. *Lappalainen* Toimivalta 2012, s. 295–297 ja *Lindell* 1993 s. 29.

¹⁰ Ks. yleisesti *Welamsson – Munck* 2011 s. 76 ss.; *KKO 2015:51* kohta 22; ks. myös *Rautio* KKO 2006 s. 387.

¹¹ Ks. myös *Ellilä* 1971 s. 189 ja *KKO 2015:51* kohta 22.

¹² Ks. *Jokela* 2015 s. 39.

¹³ Ks. *Leppänen* 1998 s. 307

Kysymyksenasetteluni suppeuden takia en käsittele preklusioon liittyviä oikeuspoliittisia kysymyksiä, kuten sitä, kuinka tarkoituksenmukainen väline preklusio on ohjaamaan asianosaisia reiluun ja oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ja olisivatko samat tavoitteet saavutettavissa joillakin muilla keinoilla.¹⁴

1.2 Preklusioon suhde lähikäsitteisiin

Preklusioon kohteena ovat seikat ja todisteet. Mitä seikoilla ja todisteilla tarkoitetaan on lähemmän selvittelyn kohteena jaksoissa 3.2 ja 3.3. Jo nyt on huomautan siitä, että puhun *seikkapreklusiosta*, kun preklusioon kohteena ovat seikat ja *todistepreklusiosta*, kun preklusio kohdistuu todisteisiin.

Väittämistaakalla tai *vetoamistaakalla* tarkoitetaan sitä, että asianosaisen on vedottava oikeustosisekkojen asemassa oleviin seikkoihin, jotta ne voidaan ottaa tuomion perusteeksi (OK 24:3.2). Väittämistaakan voi sanoa olevan seikkapreklusioon nähden ennakkoluonteinen. Preklusio voi koskea vain sellaisia seikkoja, joista asianosaisella on väittämistaakka. Jos asianosaisella ei ole väittämistaakkaa, preklusiokaan ei tule kysymyksen; ja preklusio tulee kysymykseen, kun asiaosainen on juuri väittämistaakkansa takia vedonnut seikkaan mutta liian myöhään.¹⁵ – Selvänä pidetään, että preklusiosäännöissä tarkoitettu vetoaminen seikkoihin on samansisältöinen kuin väittämistaakan mukainen vetoaminen.¹⁶

Todistustaakkaan nähden preklusio on ennakkoluonteinen. Todistustaakka – onko asianosainen näyttänyt seikan riittävästi toteen – tulee kysymyksen vasta sen jälkeen, kun seikkaan on vedottu ja kun on todettu, ettei vetoaminen ole prekludoitunut.

Kanteenmuutoskiellolla tarkoitetaan sitä pääsääntöä, että siviiliasiassa kannevaatimuksia ja kanteen perusteeksi esitettyjä seikkoja ei saa oikeudenkäynnin aikana muuttaa (OK 14:2). OK 14:2.3:ssa olevan määritelmäsäännöksen mukaan kanteen muuttamista ei ole se, että kanteen tueksi esitetään uusia seikkoja, jos asia ei muutu toiseksi. Kun kyse on määritelmäsäännöksestä, se on voimassa kaikissa oikeusasteissa.¹⁷ ”Toiseksi muuttamista” arvioidaan nykyään oikeusseuraamuksen pohjalta: jos uuteen seikkaan vetoaminen ei muuta alkuperäistä kannevaatimusta, asian katso-

¹⁴ Ks. näistä kysymyksistä *Vaitoja* 2014 s. 489–496.

¹⁵ Ks. esim. *Leppänen* 1998 s. 312.

¹⁶ Ks. *Lindell* 1993 s. 226 ja *Vaitoja* 2014 s. 155.

¹⁷ Ks. *Linna* LM 2015 s. 341 av. 7 ja 354 ss.

taan pysyvän samana.¹⁸ Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että kanteenmuutoskielto on ennakkoluonteinen preklusioon nähden, koska kanteenmuutoskielto määrittää asian identiteetin rajoja ja preklusio vaikuttaa näiden rajojen sisällä.¹⁹ Jos siis uusi kanneperuste muuttaa asian toiseksi, uusi peruste jää tutkimatta kanteenmuutoskiellon vastaisena eikä prekludoitumisen vuoksi. Mutta jos uusi peruste ei muuta asiaa OK 14:2.3:ssa tarkoitettulla tavalla toiseksi, peruste saattaa kuitenkin preklusion takia jäädä huomioon ottamatta.²⁰ ”Prekludoitua voi vain sellainen seikka, joka ei sisällä kiellettyä kanteenmuutosta.”²¹

Kuten jäljempänä tarkemmin selitetään, preklusiota harkitaan siltä pohjalta, onko uuteen seikkaan tai todisteeseen vetoava menetellyt moitittavasti, kun hän tuo uutta aineistoa vasta myöhässä. Preklusioharkinnassa tarkastelun kohteena on asianosaisen aikaisemman menettelyn arviointi. Kanteenmuutoskiellon harkinta eroaa näissä suhteissa preklusiosta: se ei perustu moitittavuusarviointiin ja se suuntautuu eteenpäin.²²

1.3 Preklusion oikeusvaikutukset

Preklusion vaikutus on kohtalokas. Jos seikka tai todiste on prekludoitunut, seikkaa ei saada ottaa oikeudenkäynnissä huomioon eikä todistetta pidä ottaa vastaan. Tuomio pitää tehdä siten, ettei oikeustosisekkaan olisi lainkaan vedottu eikä todistetta esitetty.

Lisäksi preklusiolla on merkitystä myös tuomion oikeusvoiman kannalta. Esimerkiksi jos preklusio on johtanut kanteen hylkäämiseen, seikkaa ei voida herättää henkiin uudella, samaa kannevaatimusta koskevalla kanteella. Hylkäävän kanteen oikeusvoima ulottuu kaikkiin niihin oikeustosisekkoihin, joihin olisi voitu vedota jo ensimmäisen kanteen tueksi.²³

¹⁸ Ks. *Lappalainen* 1995 s. 410 ss.; ks. tätä oppia vastaan kohdistetusta kritiikistä *Linna LM* 2015, 345 av. 24.

¹⁹ Ks. *Leppänen* 1998 s. 302–303.

²⁰ Ks. myös *Lindell* 1993 s. 46, 48 ja 349–357 ja *Linna LM* 2015 s. 345–346 ja 352.

²¹ *Violainen DL* 1995 s. 344.

²² Ks. *Lindell* 1993 s. 46 s.

²³ Ks. *Lappalainen* 2001 s. 441 ss. ja *Linna LM* 2015 s. 355 ss; *KKO 2001:136* ja *KKO 2013:23*.

2 PREKLUSIOSÄÄNNÖSTEN TULKINTA

Jo preklusiosääntelyssä itsestään voi siis havaita jännitteen: yhtäältä hyvä oikeudenhoito vaatii ammattitaitoista, huolellista ja rationaalista prosessaamista, ja toisaalta oikeaan tuomioon pääseminen edellyttää, että asianosaiset saavat vedota kaikkeen relevanttiin aineistoon. Tästä luontuu helposti myös kysymys siitä, miten preklusiosäännöksiä ja preklusion anteeksiantoperusteita tulisi tulkita. Tulkintakysymyksessä voidaan erottaa kaksi alakysymystä. Ensiksikin kysymys supistavasta ja laajentavasta tulkinnasta sekä sen muunnelmasta, eli kysymys tulkintalinjasta tai -asenteesta, jonka voi tiivistää kysymykseksi ankara vai joustava tulkinta. Toiseksi voidaan kiinnittää huomiota siihen, miten tulkinnan pääkohteena olevia käsitteitä pitäisi tulkita.

2.1 Tulkinnan linjat

Preklusiota koskevassa kirjallisuudessa on tapana korostaa laillisuusperiaatetta, jonka käytännön seurauksena on *laajentavan tai laventavan* tulkinnan kielto sekä *analogiakielto*.²⁴ Näihin rikosoikeudellisiin periaatteisiin viittaamista voidaan perustella sillä, että preklusiosäännökset ovat sanktiosäännöksiä; niiden oikeusvaikutuksena on oikeuden menetyks, vetoamisoi-
keuden menetyks.

Tämä tulkintaperiaate vaikuttaa hyväksyttävältä muutamin huomautuksin. Ensiksikin sitä voidaan pehmentää seuraavasti. Kun kyse ei ole rikosoikeudellisesta sanktiosta, voi olla turvallisempaa ehdottoman kiellon sijasta sanoa, että säännöksien laventava tulkinta vaatii hyväksytyksi tullakseen hyvin vahvoja perusteita.²⁵ Toiseksi tulkintaperiaate koskee varsinaisia preklusiosäännöksiä, mutta tuskin anteeksiantoperusteita. Niitä voidaan tulkita avarammin.

Ankaran tulkinnan voidaan katsoa edistävän tehokasta lainkäyttöä. Tieto ankarasta tulkintalinjasta estää ennakoita huolimattomaa prosessaamista. Huolellista ja tehokasta prosessaamista arvostava tuomari ei myöskään tunne omantunnonpistoa, vaikka joutuisikin ankaraa prosessinormia noudattaessaan tekemään aineellisen oikeuden kannalta väärän ratkaisun.

²⁴ Ks. esim. Lindell 1993, 18; ks. myös eräs todistepreklusiota koskeva käytännön sovellus Leppänen 1998 s. 328: ”Koska kysymys on säännöksistä, jotka rajoittavat asianosaisten lähtökohtaisesti vapaata todistelua, kumpikin laajentava tulkinta vaatisi nähdäkseni varsin vahvoja argumentteja tuekseen.”

²⁵ Ks. ed. alaviitteessä oleva Leppäsen sitaatti.

Joustava tai ymmärtävä tulkinta antaa sijaa juttujen ja niiden tilanteiden omille erityispiirteille – ja myös ihmisen erehtyväisyydelle. 10. tuomarin ohje neuvoo: ”... ja oikeudessa pitää olla armo mukana.”

Joustavaa ja ymmärtävää tulkintaa voidaan puoltaa myös yleisemmästä perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta. Preklusio voi rajoittaa oikeuksiin pääsemistä ja siten vaarantaa oikeutta reiluun ja oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Toisaalta preklusiosta luopuminen voi pahastikin haitata prosessin toista osapuolta. Vaikka preklusio on sinänsä EIT:n käytännössä hyväksytty asianmukaiseksi oikeudenkäynnin tehostamiseksi, sen soveltamisessa on pidettävä mielessä sen haitat.²⁶

Latteusmoitteista piittaamatta puollan sellaista tasapainoilua, jossa ollaan ankaria epärehelliselle, laiskalle ja huolimattomalle prosessaamiselle, mutta jossa ymmärretään parastansa yrittävää mutta epäonnistunutta toimintaa.

Lisäksi olen aavistuksen kallellani joustavan linjan puolelle. Edustan mielelläni kuitenkin maltillista joustavuutta seuraavasta syystä: säännösten väljyyden takia prejudikaatit ovat niiden tärkein täsmennysväline. Prejudikaatilla valitun liian lievän linjan kiristäminen uudella prejudikaatilla on hankalaa, kun asianosaisten pitäisi saada luottaa siihen, että kerran omaksuttua lievää linjaa noudatetaan vastedeskin. Löysäksi höltynyttä tulkintalinjaa voidaan yleensä kiristää vain lainsäätäjän toimin.

2.2 Käsitteiden tulkinta

Preklusiosääntely on leimallisesti käsitteellistä.²⁷ Keskeisiä käsitteitä ovat seikka ja todiste. Niiden sisällön määrittelyssä joudutaan samaan ongelmaan kuin kaikkien muidenkin käsitteiden ja luokittelujen parissa askarrella. Niiden tyhjentävä eli jäännöksetön erottelu niistä itsestään lähtien ei onnistu. Esimerkiksi kysymys siitä, onko jokin vedottu seikka luokiteltavissa uudeksi kielletyksi oikeustosisekaksi vai sallituksi uudeksi oikeudelliseksi luonnehdinnaksi, voi osoittautua mahdottomaksi ellei peräti mielettömäksi. Kirjallisuudessa on tällaisissa tapauksissa ehdotettu funktionaalista tarkastelua.²⁸ Tämä tarkoittaa, että seikkaa tarkastellaan preklusion tarkoituksen valaistuksessa. Jos preklusion tarkoituksena on estää muutoksenhaun kohteena olevan prosessin asiaton laajentaminen, käsi-

²⁶ Ks. lähemmin *Vaitoja* 2014 s. 497 ss.

²⁷ Ks. myös *Lindell* 1993 s.18.

²⁸ Ks. *Leppänen* 1998 s. 312 ja 136. Leppäsen vastaväittäjä Virolaisen mielestä funktionaalinen malli ei eroa teleologisesta mallista; ks. *Virolainen* LM 1999 s. 123.

te-erittelyssä epäselväksi jäänyt seikka voi osoittautua laajentamisen estämisen kannalta niin toisarvoiseksi, että se voidaan ottaa prosessin kohteeksi.

3 PREKLUSION SOVELTAMISALA

3.1 Preklusion pääsääntö

Korkeimmassa oikeudessa valitusluvan alaisissa jutuissa noudatetaan sekä siviili- että rikosasioissa kumpaakin asianosaista koskevaa OK 30:7:n mukaista preklusiota, jossa pääsääntönä on: ei uusia seikkoja eikä todisteita korkeimpaan oikeuteen.

OK 30:7 on kirjoitettu näin:

Muutoksenhakija ei saa vedota muihin seikkoihin ja todisteisiin kuin niihin, jotka on esitetty alioikeudessa tai hovioikeudessa, paitsi milloin hakija saattaa todennäköiseksi, ettei hän ole voinut vedota seikkaan tai todisteeseen alemmassa tuomioistuimessa tai että hänellä muuten on ollut pätevä aihe olla tekemättä niin.

Jos hakija haluaa esittää muutoksenhakemuksensa tueksi uusia todisteita, hänen on ne ilmoitettava ja lisäksi mainittava, mitkä seikat hän tahtoo näyttää toteen ja mistä syystä todistetta ei ole aikaisemmin esitetty.

Tämäntyyppinen sekä seikkoja että todisteita koskeva preklusio on koskenut menettelyä korkeimmassa oikeudessa jo vuodesta 1955 (ks. OK 30:20; 2/1955). Käräjäoikeus- ja hovioikeusmenettelyyn preklusio tuli vasta 1.12.1993 riita-asioiden alioikeusmenettelyn uudistamisen yhteydessä.

Jo vuoden 1734 OK 30:11:n mukaan ylintä oikeusasetta koski ”todistus”-preklusio: kuninkaalle ei saanut tuoda uusia todistuksia. Kun lakia muutettiin 1922, kuninkaan tilalle säädettiin 1918 perustettu korkein oikeus. Preklusio säilytettiin todistepreklusiona. Preklusion laajentaminen myös uusiin seikkoihin 1955 lain muutoksella (2/1955) oli osa muutoksenhakulupajärjestelmän säätämistä, jolla koko OK 30 luku muutettiin. Uutta preklusiosäännöstä OK 30:20 perusteltiin sillä, että todistusaineiston esittäminen keskittyisi entistä enemmän alempiin oikeuksiin. Uutuutta, seikkapreklusiota ei esityksessä erikseen perustel-

tu.²⁹ Myöskään nykyistä OK 30:7:ää säädettäessä seikkapreklusio ei saanut erityishuomiota.³⁰

Vaikka ylintä astetta koskeva preklusio on ollut voimassa alusta alkaen, sääntelyä on pidetty kuolleena kirjaimena ainakin 1980-luvulle asti. Oikeuskäytännöstä päätellen sääntely näyttää heränneen eläväksi oikeudeksi vasta viime vuosikymmeninä – sen jälkeen, kun preklusio on säädetty myös alempiin tuomioistuimiin.³¹

Korkeimman oikeuden käsiteltäväksi tulee monenlaisia asioita. Suurin osa – viime vuosina noin 2 000 – on valituslupahakemuksia asioissa, jotka hovioikeus on ratkaissut muutoksenhakuasiana. Erityispiirteisiä asioita koskevia valituslupahakemuksia saapuu selvästi vähemmän: tapaturmasasioissa 200, maa-oikeusasioissa 100 ja markkinaoikeusasioissa 10. Tämän lisäksi korkeimmalle oikeudelle tehdään vuosittain 200 ylimääräistä muutoksenhakemusta. Ja lopuksi korkein oikeus tutkii valituksia, jotka hovioikeus on ratkaissut ensimmäisenä asteena; niitä saapuu vuosittain noin 20.³² Kaikissa asiaryhmissä joudutaan kysymään, soveltuuko niihin OK 30:7:n mukainen tai joku muu preklusio.

3.2 Preklusion piiriin kuuluvat jutut

3.2.1 Pääsääntö: kaikki valitusluvan takana olevat asiat

OK 30 luvun systematiikassa preklusiosäännös OK 30:7 kuuluu niihin menettelysääntöihin, joita noudatetaan valitettaessa hovioikeuden toisena asteena ratkaisemista asioista. OK 30:7:n mukainen preklusio korkeimmassa oikeudessa koskee *valitusluvan takana* olevia asioita.

Valitusluvan takana olevista asioista sääntely koskee kaikenlaisia juttuja, siis *sekä riita- että rikosasioita*. Tässä suhteessa KKO-preklusio eroaa HO-preklusiosta, joka koskee vain siviilijuttuja mutta ei rikosasioita (ks. OK 25:17 ja 26:4.2). Siviilijuttujen osalta preklusio KKO:ssa on siis uni-

²⁹ Ks. HE 112/1953 vp s. 9–10; vrt. HE 3/1954 vp. Ensimmäinen esitys HE 112/1953 vp, jossa oli myös pykälien perustelut, hylättiin; ks. LaVM 10/1953 vp, SVM 121/1953 vp ja Edk vast 11.1.1954. Lakitekstiltaan samanlaisessa uudessa esityksessä HE 3/1954 vp, jonka pohjalta laki 2/1955 säädettiin, oli vain yleisperustelut. Ks. muutoksenhakulupajärjestelmän säätämisvaiheista *Modeen* 1979 s. 60 ss.

³⁰ Ks. HE 106/1978 vp s. 16 ja 17, joissa puhutaan vain uudesta todistusaineistosta.

³¹ Ks. *Wrede* 1944 s. 304–305; *Ellilä* 1973 s. 77–79 ja *Tirkkonen* 1977 s. 381.

³² Luvut ovat noin-määriä. Ne olen poiminut ja laskenut KKO:n asianhallintajärjestelmästä.

versaali kuten HO:ssa; se koskee myös indispositiivisia asioita.³³ KäO-preklusion kohteena ovat vain dispositiiviset riita-asiat (ks. OK 6:9 ja 5:22). Preklusion piiri siis laajenee oikeusasteittain: käräjäoikeudessa preklusion piirissä ovat vain dispositiiviset riita-asiat, hovioikeudessa kaikki siviiliasiat ja korkeimmassa oikeudessa sekä riita- että rikosasiat.³⁴ – Jäljempänä kohdissa 3.2.3 in fine ja 3.3.2 in fine tulee esille, että rikosasian vastaajaa ei koske seikkapreklusio ja häntä koskeva todistepreklusioikin on suppeampi kuin OK 30:7:n pohjalta ensi näkemältä näyttää.

OK 30a luvun mukaisissa ennakkopäätösvalitusasioissa eli *hyppyvalitusjutuissa* voidaan käräjäoikeuden ratkaisuun hakea muutosta suoraan korkeimmalta oikeudelta ikään kuin hovioikeus yli hypäten. OK 30a:6.1:n mukaan hyppyvalitusjutuissa on soveltuvin osin noudatettava, mitä OK 25 luvussa säädetään muutoksenhausta käräjäoikeudesta hovioikeuteen ja OK 30 luvussa säädetään muutoksenhausta hovioikeudesta korkeimpaan oikeuteen. Lainkohta jättää auki sen, kumpaa preklusiosääntelyä – hovioikeuspreklusiota koskevaa OK 25:17:ää vai OK 30:7:ää – sovelletaan. Ratkaisussaan *KKO 2016:34* korkein oikeus päätyi hyvästä syystä OK 30:7:ään. On perusteltua, että kaikkia valitusluvan takana olevia asioita arvioidaan samoin menettelysäännöin.

Valituslupajärjestelmän piiriin ja siten myös OK 30:7 soveltamisalaan kuuluvat korkeimmassa oikeudessa käsiteltävät erityispiirteiset asiat eli tapaturmavakuutus- ja maoikeusjutut sekä eräät markkinaoikeudelliset asiat.³⁵

Tapaturma-asioissa preklusioon suhtaudutaan ymmärtääkseni joustavasti ainakin siten, että vammautuneen esittämä uusi vakuutusosoikeuden ratkaisun jälkeen hankittu lääketieteellinen selvitys hyväksytään tavallisesti vaatimatta kovin vahvoja perusteluita sille, miksi selvityksen hankkimiseen on ryhdytty vasta vakuutusosoikeuden ratkaisun jälkeen. Taus-talla vaikuttaa se, että ennen korkeimman oikeuden käsittelyä vakuutus-oikeudessa asiassa on noudatettu hallintolainkäyttölakia. – Muissa eriy-tispiirteisissä jutuissa preklusio ei ole aiheuttanut erityisongelmia.

³³ Jokela on kritisoinut sitä, että hovioikeudessa preklusio koskee myös indispositiivisia juttuja; ks. *Jokela* 2010 s. 324.

³⁴ Ruotsissa preklusio koskee vain dispositiivisia siviilijuttuja. Käräjäoikeuden ja hovioikeuden osalta tämä ilmenee lakitekstistä (RB 42:15 ja 42:15a sekä 50:25). Högsta domstolenin osalta preklusion suppea soveltamisala perustuu RB 55:13:n tulkintakäytäntöön; ks. *Lindell* 1993 s. 100 ja sama 2012 s. 254.

³⁵ Ks. työtapaturma- ja ammattitaitilaki (459/2015) 238.3 §; kiinteistönmuodostamislaki (554/1995) 238.1 § ja L oikeudenkäynnistä markkinaoikeudessa (100/2013) 7:4.2.

Vaikka OK 30:7 on kirjoitettu muutoksenhakijalle, OK 30:12.1:sta ilmenee, että se koskee myös vastauksen antajaa. Sääntely on tässä suhteessa symmetrinen ja tasapuolinen.³⁶

3.2.2 Toisen asteen asiat

Toisen asteen asioilla tarkoitetaan sellaisia juttuja, jotka hovioikeus on käsitellyt ensimmäisenä oikeusasteena ja jotka korkein oikeus käsittelee hovioikeuteen nähden toisena asteena.³⁷ OK 30:13–17:n lisäksi vakiintuneen käytännön mukaan näissä asioissa noudatetaan niitä periaatteita, joita sovelletaan haettaessa muutosta käräjäoikeudesta hovioikeuteen.³⁸ Preklusiokysymyksissä sovellettavaksi tulee siten HO-preklusiota koskeva OK 25:17, jonka mukaan preklusion piirissä ovat vain siviiliasiat. Toisen asteen jutut ovat tavallisimmin kuitenkin rikosasioita. OK 25:17:n pohjalta niihin ei siis sovelleta preklusiota myöskään korkeimmassa oikeudessa.

Siviiliasioissa OK 25:17:n mukainen preklusio olisi sovellettavissa myös korkeimmassa oikeudessa. Toisen asteen siviiliasioina korkeimmas- sa oikeudessa käsiteltiin 2015 loppuun saakka lähinnä eräitä kansainväli- sen yksityisoikeuden piiriin kuuluvia perheoikeudellisia eksekvatuuri- asioita kuten elatusavun vahvistaminen täytäntöön pantavaksi ja lapsen palauttaminen. 1.1.2016 alkaen näistä asioista toisen asteen asioiksi ovat jääneet enää lapsen palauttamista koskevat asiat.³⁹ Ne on kuitenkin säädet- ty valituslupan alaisiksi: jotta korkein oikeus tutkisi valituksen, sen on myönnettävä asiassa ensin valituslupa (HTL 42.1 §; 662/2015). Vaikka kyse on korkeimmassa oikeudessa toisen asteen jutusta, niiden käsittelyyn sovelletaan HTL 42.3 §:n mukaan OK 30:4–12:n säännöksiä eikä OK 30:13–17:ää. Toisin sanoen OK 30:7:n preklusiosääntely koskee lapsen palauttamisasi- asioita.

Lopputulokseksi jää, että yleisimmissä toisen asteen asioissa eli rikosju- tuissa preklusio ei tule kysymykseen (OK 25:17) ja ainoissa toisen asteen

³⁶ Jos KKO:een ilmaantuu väliintulija tai muu asiaan osallinen, OK 30:7 soveltuu myös heihin (ks. *KKO 2004:11*, jossa itsenäisen väliintulijaan sovellettiin HO-preklusiota koskevaa OK 25:17:ää); ks. vastaavasti alioikeusmenettelyn osalta *Leppänen 1998 s. 322*. – Asianosaisseuraantoa koskevista kysymyksistä ks. jäljempänä jakso 5.1.2 in fine.

³⁷ Tapaturma-, maa- ja markkinaoikeusasioita voitaisiin korkeimman oikeuden näkökulmasta kutsua myös toisen asteen asioiksi, koska vakuutus- ja maa- ja markkinaoikeus antavat näissä asioissa ratkaisunsa ensimmäisenä tuomioistuina- steena. Tässä noudatetaan kuitenkin tekstistä ilmenevää vakiintunutta ryhmittelyä.

³⁸ Ks. myös *Salervo 1979 s. 169*.

³⁹ Ks. HE 231/2014 s. 6–8 ja 16–18.

siviiliasioissa eli lapsen palauttamisjutuissa sovelletaan erityissäätelyn pohjalta OK 30:7:n mukaista preklusiota.

3.2.3 Ylimääräistä muutoksenhakua koskevat asiat

OK 31 mukaiset ylimääräistä muutoksenhakua koskevat asiat eivät kuulu valituslupajärjestelmän piiriin eivätkä OK 30:7 ja 30:12 koske niitä. Määrätyissä purkuasioissa sovelletaan kuitenkin samantyyppistä preklusiota kuin normaalissa valitusluvan takaisessa muutoksenhaussa.

Riita-asiaa koskeva lainvoimainen tuomio voidaan OK 31:7.1:n 3-kohdan nojalla purkaa, jos vedotaan seikkaan tai todisteeseen, jota ei aikaisemmin ole esitetty, ja sen esittäminen todennäköisesti olisi johtanut toiseen lopputulokseen. Purkuperusteeksi kelpaavat uudet seikat ja todisteet ovat kuitenkin OK 31:7.2:n mukaan preklusiouhan alaisia. Lainkohdan mukaan hakijan on saatettava todennäköiseksi, ettei hän ole voinut vedota seikkaan tai todisteeseen siinä oikeudessa, joka tuomion on antanut tai hakemalla muutosta tuomioon taikka että hän muutoin on pätevistä syistä ollut siihen vetoamatta.⁴⁰ Kirjallisuudessa on katsottu, että purkupreklusiota tulee soveltaa vähintään yhtä ankarasti kuin oikeudenkäynnin sisäistä preklusiota.⁴¹ – Samanlainen sääntely kuin riita-asioita koskee OK 31:9:n mukaan purkua syytetyn vahingoksi.

Hämmästyttävänä ja ehkä epäjohdonmukaisena voidaan pitää sitä, että OK 31:8:n 3-kohdan mukaan sellaisessa rikosasiassa, jossa on kyse tuomion purkamisesta syytetyn eduksi, ei ole preklusiouhkaa. Uusiin todisteisiin⁴² voidaan tällaisessa purkuasiassa vedota vapaasti, vaikka se ei normaalissa muutoksenhaussa kävisikään päinsä.⁴³

⁴⁰ Ks. esim. *KKO 2003:55*, joka koski hakemusasiassa annetun asiakirjan (kiinnitetyn haltijavelkakirjan) kuolettamispäätöksen purkamista. Purkamista hakenut asiakirjan haltija vetosi siihen, että asiakirja olikin tallella eikä hän ollut tiennyt kuolettamisasian vireilläolosta; hän ei ollut seurannut kuolettamisasiaa koskevia kuulutuksia. Asiakirjan haltijan, joka ei ollut niin sanottu institutionaalinen velkoja, katsottiin saattaneen todennäköiseksi, ettei hän ollut voinut aikanaan vedota siihen, että asiakirja oli hänen hallussaan.

⁴¹ Ks. *Leppänen 1998* s. 304 ja siellä mainitut lähteet.

⁴² Uusien seikkojen osalta ristiriitaa ei ole, koska syytetyllä tai tuomitulla ei ole vastatoiseikkoja koskevaa väittämistaakkaa; ks. jäljempänä jakso 3.3.2 in fine.

⁴³ Ratkaisuista *KKO 2004:9* ja *2009:2* ilmenevän oikeusohjeen mukaan OK 31:8:n 3 kohtaa voidaan soveltaa myös sakkorangaistuksen purkamiseen niin, että päiväsakon rahamäärä puretaan. Johdonmukaisesti sovellettuna tämä tarkoittaa seuraavaa. Käräjäoikeuden antaman sakkotuomionsa huolimattomuuttaan lainvoimaiseksi laskenut tuomittu voi hakea purkua sillä perusteella, että hänen tulonsa tuomitsemishetkellä ovat olleet selvästi sakkolaskurin tietoja alhaisemmat. Nykysääntelyn mukaan asiassa ei olisi merkitystä sillä, että tuomittu on tiennyt sakkolaskurin tiedot (viimeksi vahvistetun verotuksen mukaiset tulotiedot) virheellisiksi eikä ole hakenut muutosta valittamalla. Purkuhakemuksensa tueksi hän

Yksi tapa ratkaista ristiriita on seuraava suoraviivainen keino. Jos aikaisemmin esittämättömien todisteiden perusteella asiassa näyttää täyttyvän OK 31:8:n 3-kohdan mukaisen purun edellytykset, OK 30:7:ää ei yksinkertaisesti sovelleta valituslupaharkinnassa eikä luvan myöntämisen jälkeen valitusta käsiteltäessä.⁴⁴ Tällaista erikoista menettelyä tukevat valituslupajärjestelmän perusteet. Kun purkuperuste säädettiin yhdeksi valituslupaperusteeksi, sitä perusteltiin nimenomaisesti sillä, että korkein oikeus voi suoraan ja joustavasti valitusluvan myöntämällä ryhtyä virheellisen tuomion vaatimiin toimiin purkuhakemusta odottamatta.⁴⁵ Kun kysymys on siis itse asiassa purkuasiasta, siinä pitäisi soveltaa suoraan OK 31 luvun menettelysäännöksiä. Siinä ei ole mieltä, että tuomitun pitäisi laskea tuomio ensin lainvoimaiseksi ja hakea vasta sitten purkua, jotta hän voisi vedota uuteen seikkaan tai todisteeseen.

3.3 Preklusion kohteena uusi seikka

Käytännössä preklusion vaikeimmat kysymykset koskevat sitä, mihin preklusio kohdistuu: mikä on preklusion esine eli objekti. OK 30:7:n mukaan kohteena ovat *uudet seikat* ja *uudet todisteet*. Arvioitaessa näitä kysymyksiä noudatetaan niitä periaatteita, jotka koskevat preklusiota muissakin asteissa. Ensin tarkastelen kysymystä siitä, mitä tarkoitetaan *uudella seikalla*. Esityksen pääpaino on riita-asioissa, rikosjutuista ks. jaksso 3.3.2 in fine.

OK 30:7.1:ssa uudella seikalla tarkoitetaan kuten muissakin preklusiosäännöksissä *oikeustositseikan* asemassa olevaa seikkaa. Preklusio seuraa väittämistaakkaa, joka on kantajan kannalta laaja. Kysymys on seikasta, jolla on välitön eli suora merkitys oikeusseuraamuksen syntymisen

siis voi ilman preklusiouuhkaa esittää todisteita tuomitsemishetken tuloistaan. – Vrt. *Rautio* 2006 s. 93, jossa esitetään, että tämän tyyppisissä laiminlyöntitilanteissa tuomitun hakemus voitaisiin hylätä niin sanotun informointitaakan nojalla. Toisin sanoen koska tuomittu ei ole aikanaan täyttänyt tulojaan koskevaa informointivelvollisuuttaan, hänellä ei ole oikeutta enää purkuvaiheessa saada asiaa korjatuksi. Ehdotus on järkevä, mutta epäilyjä herättää, voidaanko selvään lainsäännökseen perustuvia tuomitun oikeuksia tulkintateitse kaventaa.

⁴⁴ Vrt. *Rautio* 2006 s. 92–93 ja sama 2012 s. 1224, jossa katsotaan, että OK 30:7 pitää nähdä taustansa nähden: syytetyt eduksi koituviin seikkoihin ei ole vetoamisvelvollisuutta, vaan tuomioistuimen on otettava ne huomioon viran puolesta. Tämä tarkoittanee, että OK 30:7:n soveltamisala jäisi tällaisissa asioissa niin olemattomaksi, ettei ristiriitaa käytännössä olisi. Todistepreklusion osalta ristiriita kuitenkin jää. Edellisessä alaviitteessä mainitut sakkotuomiota koskevat uusiin tulotodisteisiin perustuvat purkuhakemukset toistuvat alinomaan korkeimman oikeuden arkipäivässä.

⁴⁵ Ks. HE 106/1978 vp s. 14 ja *Miettinen* 1979 s. 152.

kannalta. Kyse on siis elävän elämän tapahtumista, joihin *kantaja* perustaa vaatimuksensa ja joiden olemassaolo on tarpeen vaaditun oikeusseurauksen tuomitsemiseksi.⁴⁶

Esimerkki: Tavarán myyjä perii kanteella ostajalta kauppahintaa. Oikeusseuraamuksena olevan maksuvelvoitteen tuomitsemiseen nähden oikeustositseikkoina ovat: ensiksikin osapuolia sitova sopimus, tarkemmin sanottuna sopimusehto tavarán laadusta; sopimusehto kauppahinnasta ja sen erääntymisestä; toiseksi sovitun tavarán toimitus; kolmanneksi tilaañan maksulainlyönti. Käytännössä kantaja ei tietenkään ole tarpeen eritellä eikä tuoda esiin näitä kaikkia elementtejä, vaan riittää kun hän vain viittaa yleisesti sopimukseen ja maksun lainlyöntiin. Jos hän myöhemmässä prosessin vaiheessa vetoaa nimenomaisesti kauppahintaehtoon, vastaajan preklusioväite ei menesty, koska kantajan alkuperäinen vetoaminen sopimukseen on riittänyt.⁴⁷

Vastaajan väittämistaakka koskee vain vastatositseikkoja.⁴⁸ Esimerkiksi velkomusjutussa vastaajalla ei ole väittämistaakkaa, oikeastaan kiistämistaakkaa, kantajan vetoamia maksuvelvoitteen syntyperusteina olevia oikeustositseikkoja – sopimus ja maksun lainlyönti – vastaan, vaan ne hän saa kiistää väittämistaakkasäännöistä riippumatta. Kantajan vetoamien oikeustositseikkojen kiistämisperusteet⁴⁹ eivät ole vastatositseikkoja. Mutta jos vastaaja vetoaa kanteen kiistämisen perusteiksi kantajan väittämän oikeuden kumoaviin seikkoihin, kuten velan anteeksiantoon tai saatavan vanhentumiseen, niissä kyse on vastatositseikoista ja niihin hänen on vedettava väittämistaakkasääntöjen mukaan.⁵⁰ Vastatositseikassa on kyse kantajan kanneperusteeseen verrattuna uudesta tosiseikasta.⁵¹

Edellä olevan oikeustositseikkamääritelmän erottelukyky ei ole kovin hyvä, mutta se paranee, kun sitä täsmentämään otetaan seikkoja, jotka *eivät* ole oikeustositseikkojen asemassa.

⁴⁶ Ks. esim. *Lappalainen* 1995 s. 339 ja *Lappalainen* Käsittely 2012 s. 989 ss; *Vaitoja* 2014 s. 54 ss; *Jokela* 2015 s. 520; *Boman* 1964 s. 9 ss.

⁴⁷ Ks. myös *Vaitoja* 2014 s. 80 ss, jossa puolletaan mm. abstraktien juridisten termien käyttämistä laajempien konkreettisten seikkojen sijaan. – Ks. myös *KKO 2004:11*, jossa vastaaja oli käräjäoikeudessa vastustanut vuokran määrän sovittelua vedoten muun muassa maanvuokrasopimuksen koko sisältöön. Hovioikeudessa oli vedottu yksilöidysti sopimuksen kohtaan 9. Kysymys ei ollut uuteen seikkaan vetoamisesta. – HO:ssa vetoajana oli itsenäinen väliintulija, mutta sillä ei ollut asiassa merkitystä, ks. lähemmin jäljempänä jakso 5.1.2 in fine.

⁴⁸ Ks. *Lappalainen* Kanne 2012 s. 514–515.

⁴⁹ Esim. että sopimusta ei ole tai että maksuvelvollisuus ei ole vielä syntynyt.

⁵⁰ Ks. myös *Kaisto – Lohi* 2013 s. 32–33.

⁵¹ Ks. *Lappalainen* 1995 s. 404.

3.1.1 Oikeudellinen luonnehdinta

Ensiksikin käytännössä tulee usein esille se, että oikeustositseikalla ei tarkoiteta *vetoamista juridiseen luonnehdintaan*⁵², siis esimerkiksi väitettä siitä, että jonkin jo esillä olleen seikan juridinen merkitys onkin toinen kuin hän on aikaisemmin on esittänyt. Tämän voi katsoa johtuvan jo *jura novit curia* -periaatteesta: oikeuden on viran puolesta tunnettava laki kuten seuraavan ratkaisun perusteluissakin todetaan.

KKO 1996:148 on yksinkertainen perustapaus. Jutussa oli kysymys takaisinsaannista konkurssipesään. 31.8.1992 konkurssiin asetun yhtiön konkurssipesä vaati peräytettäväksi yhtiön toimitusjohtajalleen Hyvöselle 15.6.1992 maksamaa sopimukseen perustuvaa kertakorvausta toimitusuhteen päättymisestä. Pesä oli voittanut kanteensa alemmissa oikeuksissa. Ratkaisut oli perustettu TakSL:iin. KKO:ssa valitusluvan saanut toimitusjohtaja katsoi, että asia tuli ratkaista ennen TakSL:a voimassa olleen lain eli KS:n mukaisesti. Pesä katsoi vastauksessaan, ettei toimitusjohtaja voinut uutena perusteena vedota KS:n soveltamiseen. KKO lausui: ”Tuomioistuin on viran puolesta velvollinen soveltamaan asiassa oikeaa lakia ja Hyvösellä on oikeus esittää käsityksensä sovellettavasta laista.”

KKO oli samaa mieltä sovellettavasta laista kuin alemmat oikeudet.

Antti Jokela⁵³ mainitsee ruotsalaisen ylioikeusratkaisun (RH 1981:119), jossa kantaja oli vaatinut vahingonkorvausta kiinteistössä olleen vian perusteella. Hävittyään jutun alioikeudessa kantaja valitti hovioikeuteen, jossa hän vaati samaa summaa toissijaisesti hinnanalennuksena. Vaatimus tutkittiin, kun se oli pysynyt samana eikä uusiin oikeustositseikkoihin ollut vedottu. Kantajan katsottiin esittäneen vain uuden oikeudellisen viittauksen tai perusteen vaatimukselleen.

Kun hinnanalennuksen tuomitsemisen edellytykset ovat normaalisti Suomen lakienkin mukaan muuten samat mutta suppeammat kuin vahingonkorvauksen, lopputulos olisi ollut sama myös Suomessa.^{54 55}

⁵² Ks. esim. *Lappalainen* 1995 s. 400–401 ja *Jokela* 2015 s. 520.

⁵³ Ks. *Jokela* 2010 s. 330.

⁵⁴ Ks. laajemmin eri käsityksiä vahingonkorvauksen ja hinnanalennuksen välisestä suhteesta prosessioikeudellisesta näkökulmasta *Mia Hoffrén –Mikko Vuorenpää*, Vahingonkorvaus, hinnanalennus ja vaatimistaakka, LM 2009 s. 779–798 ja *Kaisto* 2010.

⁵⁵ Ks. myös *KKO 2013:23*: Kiinteistön ostajan myyjää vastaan ajama kanne, jossa ostaja oli vaatinut kiinteistön laatuvirheen perusteella kaupan purkua, oli hylätty lainvoimaisella tuomiolla. Mainittu tuomio esti tutkimasta ostajan myyjää vastaan myöhemmin nostaman kanteen, jossa ostaja vaati myyjältä samojen virheiden perusteella hinnanalennusta. – Kaupanpurkukanteen hylkäävän tuomion negatiivinen oikeusvoima esti siis samoihin seikkoihin perustuvan hinnanalennuskanteen. Ratkaisun perusteluiden kohdassa 9 KKO lausuu (*obiter dictum*), että hinnanalennusvaatimus olisi voitu esittää ensimmäisessä oikeuden-

Mainitut kaksi tapausta ovat aapistapauksia, joissa itse konkreettiset tapausfaktat ja oikeusnormit ovat selvästi erotettavissa. Uusi juridinen näkökulma voi kuitenkin johtaa siihen, että prosessin kohteeksi nousevatkin uudet prekludoituvat oikeustositteikat. Tällöin voi sanoa uusien seikkojen välillisesti prekludoivan myös uuden juridisen arvion. Uuden juridisen luonnehtimisen piirissä pysytään silloin, kun uusi juridinen näkökulma ei vaadi uusien faktojen huomioon ottamista vaan vanhat faktat joutuvat uuden oikeudellisen arvioinnin kohteeksi.⁵⁶ Seuraavassa hovioikeuspreklusiota koskevassa ratkaisussa sama seikasto – myyjän antamaa sitoumus – saattoi täyttää vahingonkorvauksen kaksi eri vastuuperustetta.

Tapauksessa *KKO 2001:77* pakkauksia koskevan irtaimen kaupan ostajana ollut jutun kantaja vaati vahingonkorvausta myös välillisistä vahingoista, koska pakkauksissa käytetty materiaali oli ollut virheellistä. Välillisten vahinkojen korvaamisen edellytyksenä kauppalain 40.3 §:n mukaan on joko se, että tavara jo kaupanteon hetkellä poikkeaa siitä, mihin myyjä on erityisesti sitoutunut, tai se, että myyjä on menetellyt tuottamuksellisesti.

Käräjäoikeudessa kantaja oli vedonnut siihen, että myyjä oli antanut nimenomaisen sitoumuksen materiaalin soveltuvuudesta pakkauksiin, mutta sitoumus oli osoittautunut paikkansa pitämättömäksi. Hovioikeudessa kantaja vetosi siihen, että vaadittu korvaus oli oikeutettu myös siksi, että perusteettoman sitoumuksen antaminen merkitsi *myös* vahingon *tuottamuksellista* aiheuttamista. Hovioikeus jätti tämän vetoamisen tutkimatta. Käsittelyratkaisussaan korkein oikeus katsoi, että kantajan vetoaminen tarkoitti vain jo käräjäoikeudessa vedottujen tosiseikkojen toisenlaista oikeudellista luonnehtimista, mitä HO-preklusiota koskevat säännökset eivät estäneet.

Oikeudellisesti vaikeissa siviiliasioissa pulmat ovat suuremmat. Jutussa merkitykselliset konkreettiset elävän elämän tapahtumat, joita väittämistaakka koskee, määräytyvät materiaalisen oikeuden pohjalta. Tästä näkökulmasta voi olla harhaanjohtavaa korostaa sitä, että oikeustositteikat olisivat vain konkreettisia elävän elämän tapahtumia, siis pelkkiä fysikaalisia ilmiöitä. Oikeusjutussa tapausfaktat saavat merkityksen vain yhteydessä materiaalisen oikeuden normeihin. Sekä niiden valikoituminen että paino-

käynnissä purkamiselle vaihtoehtoisena vaatimuksena ja siten kanteenmuutoskiellon estämättä vielä oikeudenkäynnin aikana. – Ks. tapauksen pääkysymyksen, oikeusvoimaopin kannalta *Linna LM 2015 s. 356 ss.* sekä *Männistö LM 2004 s. 42.*

⁵⁶ Ks. *Lappalainen Käsittely 2012 s. 990.*

arvo perustuvat materiaaliseen oikeuteen. Tässä mielessä oikeustositseikat ovat institutionaalisia tosiseikkoja.⁵⁷

Tästä seuraa myös se, että elävässä oikeuselämässä vetoamisessa on paljon täsmällisempää ja informatiivisempaa puhua myös juridisin käsittein⁵⁸ eikä pelkistä konkreettisista tapahtumista.⁵⁹ Tästä ei ole pitkää matkaa vaatimukseen, että väittämistaakan pitäisi ulottua jossakin määrin myös oikeudelliseen argumentointiin, nimittäin kun kysymys on oikeudellisesta luokittelusta, siis esimerkiksi siitä, perustuuko korvausvaatimus sopimusvastuuseen vai sopimuksen ulkoiseen vahingonkorvausvastuuseen.⁶⁰ Siitä olisi asianosaisille myös tosiasiallista hyötyä. Jotta kantaja tietäisi, mihin hänen pitää vedota, hänen pitäisi ensin selvittää itselleen asian materiaalisioikeudellinen perusta. Ja jotta vastaaja tietäisi, mihin hänen pitäisi vastata, hänellä pitäisi olla tiedossaan, missä asemassa olevana häneltä korvausta vaaditaan. Hänen asemansa on erilainen, jos häneltä vaaditaan korvaus sopimusvastuun perusteella eikä sopimuksen ulkoisen vastuun perusteella. Ja lopuksi asian ratkaisevan tuomarin pitäisi saada tietää – viime kädessä oman rikastavan materiaalisen prosessinjohtonsa avulla – milä perusteella asiassa on tuomioistuimeen tultu.

Oikeustositseikka ei ole vain prosessuaalistien päänvaiva vaan se on vanhastaan kuulunut myös siviilistien sanastoon. Toisen maailmansodan jälkeen uudeksi tutkimussuuntaukseksi nousseen analyttisen siviilioi-

⁵⁷ Ks. *Vaitoja* 2014 s. 36–39 ja siellä mainittu kirjallisuus. – Institutionaalisten tosiseikkojen teoria liittyy oikeusteoriassa käytävään keskusteluun oikeustieteen kohteesta. Joidenkin käsitysten mukaan oikeudet, velvollisuudet ja oikeudelliset käsitteet voitiin ja piti palauttaa empiirisesti havaittaviin fysikaalisiin ilmiöihin. Institutionaalisten tosiseikkojen teoria kiistää tällaisen reduktionismin ja väittää, että oikeudelliset käsitteet oma ilmiöluokkansa olemisen ja pitämisen välimaastossa. Ne perustuvat konstitutiivisiin sääntöihin, joiden pohjalta oikeudelliset käsitteet kuuluvat sosiaalisen ja kulttuuritodellisuuden kategoriaan. Ne ovat siis ihmisten luomia yhteiskunnallisia ja kulttuurisia entiteettejä. Sellaisina ne ovat itsenäisesti olemassa ja sellaisina niitä voidaan käyttää ja tutkia; ks. *Helin* 1988 s. 426–430 ja *Helin* EIF VII 1999 pp. 215–218. – Prosessioikeudelliset oikeustositseikatkin voidaan luokitella institutionaaliseksi tosiseikoiksi ja niitä koskeva teoria rohkaisee käyttämään niitä ilman fysikaalisiin tosiseikkoihin palauttamisen pakkopaitaa.

⁵⁸ Ks. *Vaitoja* 2014 s. 79–82.

⁵⁹ 'Sopimus' peittää alleen seuraavan elävän elämän tapahtumainkulun: Ensin A ja B puhuivat keskenään, sitten he ottivat esille paperiarkin, johon A kirjoitti tavaran määrän ja hinnan; sen jälkeen A ja B allekirjoittivat paperin.

⁶⁰ Ks. *Lindell* 1993 s. 292–301, jossa puolletaan kantaa, että uusi oikeudellinen luokittelu voisi myös prekludoitua. Ks. jäljempänä jaksossa 5.1.4 työ sopimuksen irtisanomisratkaisun KKO 2003:4 kommenttia, jossa olen antanut merkitystä luokittelulle individuaali- vai kollektiiviperuste. Vrt. *Kaisto* 2010 s. 220–222, jossa katsotaan, että nykyisessä kansanomaaisessa prosessissamme juttua voidaan ajaa esimerkiksi siten, että kannevaatimuksena on vaadittu rahamäärä ja seikkoina tapahtumainkulku eikä juridisia perusteluja voitaisi edes vaatia.

keustieteen tutkimusohjelma voidaan muotoilla seuraavanlaiseksi iskulauseeksi: oikeustieteessä ei pitäisi keskustella mistään muusta kuin oikeustositseikoista ja oikeusseuraamuksista sekä niiden välisestä suhteesta. Jos keskustelua ei voida palauttaa näihin peruselementteihin, on ajautettu tieteellisen keskustelun ulkopuolelle oikeudelliseen metafysiikkaan.⁶¹ Slogan kuuluu keskusteluun oikeustieteen tutkimuskohteesta. Analyttikoiden vastaus on, että tutkimuksen esineenä on sääntö ja että jokaisesta säännöstä voidaan pelkistää oikeustositseikka ja oikeusseuraamus eikä niiden väliin mahdu kolmatta eli käsitettä. Tältä pohjalta voi väittää, että 1950-luvun analyttikoiden näkökulma oikeustositseikkaan oli normisidonnaisempi ja siten myös abstraktimpi kuin nykyisessä prosessioikeudessa, jossa puhutaan elävän elämän tapahtumista empiiriin faktoihin palautettavina ilmiöinä.⁶²

Vaikka vetoamisessa on usein täsmällistä puhua juridisin käsittein, on kuitenkin varmistuttava, että niitä täydennetään konkreettisilla tapausfaktoilla. Tässä suhteessa prosessioikeudellinen oikeustositseikka on aina konkreettisempi kuin analyttikoiden tarkoittama materiaalsen oikeuden oikeustositseikka.

Tapauksessa *KKO 2016:33 (S2015/289)* oli kysymys, oliko asunto-osa-
keyhtiön osakas vastuussa siitä vesivahingosta, jonka hänen vuokralai-
sensa oli aiheuttanut asunto-osa-
keyhtiön rakennukselle.

Jutussa kantajana ollut asunto-osa-
keyhtiö perusti osakkaaseen koh-
distamansa vaatimuksen muun muassa osakkaan tuottamukseen: osakas
oli menetellyt huolimattomasti, kun se ei ollut vaatinut vuokralaiseltaan
kotivakuutusta. Korkeimmassa oikeudessa yhtiö vetosi siihen, että osa-
kas oli menetellyt huolimattomasti myös vuokralaisen valinnassa ja
asunnon käytön valvonnassa.

Julkaisemattomassa käsittelyratkaisussaan korkein oikeus prekludoi
tämän vetoamisen: ”... asunto-osa-
keyhtiö ei ollut saattanut todennäköi-
seksi, ettei se olisi voinut vedota väittämiinsä [osakkaan] laiminlyönteih-
in vuokralaisen valinnassa ja valvonnassa jo käräjäoikeudessa tai että
sillä olisi ollut pätevä aihe olla tekemättä niin.”

Vaikka kantaja oli vedonnut nimenomaisesti osakkaan tuottamukseen eli
huolimattomuuteen, olennaista kantajan väittämistaakan kannalta ei ollut
vetoaminen abstraktiin tuottamukseen vaan siihen konkreettinen tapahtu-
mainkulkuun, johon väitetty huolimattomuus perustui. Korkeimmassa oi-

⁶¹ Ks. *Helin* 1988 s. 411–415 ja siellä mainittu kirjallisuus.

⁶² Ks. *Helin* 1988 s. 413.

keudessa vedotut huolimattomuus vuokralaisen valinnassa ja valvonnassa olivat uusia seikkoja kotivakuutuksen vaatimatta jättämiseen nähden. – Aineellisessa vahingonkorvausoikeudessa tuottamus on eräs välttämätön edellytys, jotta oikeusseuraamus eli korvausvelvollisuus voitaisiin tuomita, mutta prosessioikeudessa oikeustosisekkoina ovat tuottamuksen perustavat elävän elämän tapahtumat.⁶³

Jäljempänä kertausjaksossa 6 käsittelen perusteellisemmin ratkaisua *KKO 1999:63*, jossa oikeustosisaikan ja oikeudellisen luonnehtimisen ero on tullut esiin väittämistäakkaa koskevassa kysymyksessä. Kysymys oli jo paljon vaikeammasta ongelmasta, nimittäin siitä, oliko lakiosan täydennysjutussa lahjoittajan tahto oikeustosisaikan asemassa. Ratkaisusta ilmenevä *KKO:n* enemmistön kannan voi väittää seuraavan oikeustosisaikan suppeaa tulkintaa. Epävarmoissa tilanteissa kyseessä saatetaan katsoa olevan mieluummin uusi oikeudellinen luonnehdinta kuin uusi oikeustosisikka.

3.3.2 *Viran puolesta huomioon otettavat pakottavan oikeuden mukaiset seikat*

Preklusiosääntelyn ulkopuolelle jäävät myös tuomioistuimen virallistutinnan alaiset seikat, siis sellaiset seikat, jotka oikeus – kaikki oikeusasteet – ovat velvolliset ottamaan huomioon viran puolesta. Jos asianosainen vetoaa tällaiseen seikkaan vasta *KKO:ssa*, vetoaminen ei ole prekludoitunut.

Mitkä seikat ovat viran puolesta huomioon otettavia, on vaikea ja monitahoinen kysymys, johon vaikuttavat useat näkökohdat. Niille on yhteistä, että niitä koskee sellainen pakottava oikeus, joka vaatii, että tuomioistuin tarttuu asiaan, vaikka asiasta ole tehty väitettä. Kuitenkaan kaikki pakottavin säännöksin säädellyt kysymykset eivät sellaisia, että ne tulisi ottaa viran puolesta huomioon.

⁶³ Vrt. päinvastainen asetelma tapauksessa *KKO 2009:89*, jossa oli kysymys irtaimen kauppaan perustuvasta vahingonkorvauksesta. Kauppalain 40.3 §:n mukaan korvauksen edellytyksenä oli myyjän huolimattomuus. Myyjä väitti muun muassa, että kantajaostaja ei ollut vedonnut hänen huolimattomuuteensa. Perustelujen kohdissa 3–6 korkein oikeus totesi, että kantaja ei ollut käyttänyt sana huolimattomuus, mutta kun kantaja oli väittänyt myyjän menetelleen sopimusvelvoitetta täyttäessään virheellisesti, sen katsottiin tarkoittaneen samaa kuin että myyjä oli aiheuttanut vahingot huolimattomuudellaan. – Huolimattomuus on myyjän menettelyn oikeudellista luonnehdintaa tai oikeudellista arvottamista; se on siis materiaalisen oikeuden mukainen edellytys vahingonkorvauksen tuomitsemiselle. Sopimusvelvoitteiden virheellinen täyttäminen on puolestaan tässä tapauksessa riittävä prosessuaalinen oikeustosisikka, johon huolimattomuus ja sen myötä vahingonkorvaus voidaan liittää.

Viran puolesta huomioon otettavia seikkoja voi olla kaikilla oikeudenaaloilla. Merkittävä osa prosessisäännöksistä on viran puolesta sovellettavia; esimerkkinä tämän kirjoituksen aihe preklusiosäännökset.⁶⁴ Tässä yhteydessä ei ole mahdollista selvittää viran puolesta huomioon otettavia kysymyksiä perinpohjaisesti vaan joudun tyytymään eräisiin hajahuomioihin.

Riita-asiat. Indispositiivisissa jutuissa – siis asioissa, joissa sovinto ei ole sallittu – enin osa ratkaistavista kysymyksistä on säännelty pakottavin säännöksin. Tällaisia asioista ovat muun muassa HolTL:n mukaiset edunvalvonta-asiat ja lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevat asiat sekä IL:n mukaiset asiat. Näissä asioissa oikeudenkäynti kohdistuu lapsiin tai muihin sellaisiin henkilöihin, jotka itse eivät voi valvoa etuaan ja oikeuksiaan; valvonta jää osittain tuomioistuimelle. Tämän vuoksi tuomioistuin voi omasta aloitteestaan hankkia asiassa selvitystä ja poiketa asianosaisten vaatimuksista ja keskinäisistä sopimuksista, jos se lapsen tai henkilön etu sitä vaatii.⁶⁵ Vaikka nämä jutut kuuluvat sinänsä OK 30:7:n soveltamisalaan, erikseen on tarkistettava, onko korkeimmassa oikeudessa ratkaistava kysymys ja siinä vedottu seikka sellainen, että sitä koskee viran puolesta huomioon otettava pakottava oikeus. Jos vastaus on myönteinen, preklusiota ei sovelletakaan.

Yleinen käsitys on, että dispositiivisissa riita-asioissa – asioissa, joissa sovinto on sallittu – pakottava oikeus tulee harvemmin kysymykseen. Pelkkä asian luokittelu dispositiiviseksi tai indispositiiviseksi asiaksi saattaa kuitenkin viedä harhaan. Sinänsä dispositiivisissa riita-asiassa on vanhastaankin ollut seikkoja, jotka on otettava huomioon viran puolesta.

KKO 2015:80: Kunta ja yhtiö olivat tehneet yritystilasopimuksen. Sopimus koski rakennuspaikkaa ja rakennusta, jonka kunta oli sitoutunut peruskorjaamaan yhtiön tarpeiden mukaiseksi. Sopimuksen mukaan yhtiö suorittaisi kunnalle 12 vuoden aikana lunastushinnan, minkä jälkeen kiinteistön omistusoikeus siirrettäisiin yhtiölle eri asiakirjalla. Sopimuksessa oli sen purkautumisen seurauksia koskeva ehto. Kunnan purettua sopimuksen yhtiö vaati, että kunta sopimusehdon mukaisesti palauttaa yhtiön maksamia lunastushintaeriä. Kunta kiisti yhtiön sopimusehdon sisältöä koskevan tulkinnan.

⁶⁴ Vaikeita ovat vasta KKO:ssa esiin nostetut tuomarin jääviyttä koskevat kysymykset, jos niitä joudutaan arvioimaan OK 13:8:n pohjalta; ks. *Tapania* 2007 s. 345 ss.

⁶⁵ Ks. HolTL 77–78 §, HTL 10 ja 16 § sekä IL 37 §. Esimerkiksi edunvalvojan määräämistä koskevassa ratkaisussa *KKO 2012:109* otettiin korkeimmassa oikeudessa viran puolesta huomioon, että käräjäoikeus oli laiminlyönyt noudattaa HolTL:ssa säädettyjä asian selvittämis- ja kuulemissäännöksiä.

Korkein oikeus katsoi, että kyse oli kiinteistön kaupan esisopimuksesta. Esisopimusta ei ollut tehty maakaaren 2 luvun 1 ja 7 §:ssä säädettyllä tavalla. Koska kiinteistön kauppaa ja esisopimusta koskevan määrämuodon noudattaminen otetaan huomioon viran puolesta, Korkein oikeus katsoi, että esisopimus sen purkamista koskevine ehtoineen oli pätemätön.

Tämä juttu meni läpi asianosaisten oman käsittelyn ja kaksi oikeusastetta ilman, että kukaan kiinnitti huomiota muotovirheeseen. Se otettiin oikeudenkäynnin kohteeksi vasta korkeimmassa oikeudessa sen aloitteesta. Kiinteistön kaupan ja sen esisopimuksen muoto on vanhastaan katsottu viran puolesta huomioon otettavaksi.⁶⁶ Muotosäännöksen taustalla ovat muun muassa yhteiskunnalliset syyt, jotka edellyttävät kiinteistöjen omistussuhteiden selkeyttä ja julkisuutta.⁶⁷ Kiinteistön kaupan muotovirhettä ei siis koske väittämistaakka eikä se kuulu preklusion piiriin. Jos siis jutun asianosainen olisi vasta korkeimmassa oikeudessa ensimmäisen kerran vedonnut muotovirheeseen, toisen osapuolen väite preklusiosta ei olisi menestynyt. – Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että myös oikeustoimen pätemättömyyden aiheuttava vajaanalaisuus tulisi ottaa huomioon viran puolesta.⁶⁸

Siviilioikeudessa on nykyään runsaasti sellaisia säännöksiä, jotka on säännelty sillä tavalla pakottaviksi, ettei niistä ole voida sopia toisin toisen osapuolen vahingoksi. Perinnäisesti tällaista pakottavaa oikeutta on ollut työsuhteita ja asuinhuoneiston vuokrasuhteita koskevassa lainsäädännössä (TSL 13:6 ja AsHVL 3 §). Nykyään pakottavia säännöksiä on alkanut ilmaantua lainsäädäntöön entistä tiheimmin. Tavallisesti on kysymys siitä, että laki suojelee sopimussuhteessa heikommaksi osapuoleksi arvioitua. Esimerkiksi vaikka velkasuhteet ovat sopimusvapauden piiriin kuuluvia ja oikeudenkäynteinä dispositiivisia asioita, velan vanhentumista sääntelevä VanhL on pakottavaa oikeutta velallisen hyväksi (VanhL 3 §) ja takaus- ja vierasvelkapanttauksia koskeva TakL pakottava yksityistakaajan ja yksityistä pantin antajan hyväksi (TakL 1.3 §). Enin osa kuluttajan suojaksi säännellyistä kysymyksistä on säädetty yksipuolisesti kuluttajien hyväksi pakottaviksi (KSL 5:2, 6:5, 6a:3, 7:5, 8:2, 9:2 ja 10:3).

Vaikka mainitut säännökset on säädetty pakottaviksi toisen osapuolen eduksi, omana kysymyksenään on ratkaistava, voiko tuomioistuin ottaa

⁶⁶ Ks. *KKO 1952 I 14; Jokela – Kartio – Ojanen* 2010 s. 52–53.

⁶⁷ Ks. *Jokela – Kartio – Ojanen* 2010 s. 32–33.

⁶⁸ Ks. *Vaitoja* 2014 s. 108 ja *Jokela* 2015 s. 522. – Ks. myös VanhL:a edeltävää aikaa koskeva *KKO 2001:106*.

pakottavasti säännellyn kysymyksen viran puolesta huomioon.⁶⁹ Esimerkiksi VanhL 18 §:n nimenomaisen säännöksen mukaan velan vanhentuminen otetaan huomioon vain asianosaisen väitteen perusteella. Vaikka vanhentumisesta olisi sovittu vastoin VanhL:n pakottavia säännöksiä, kysymys ei ole viran puolesta huomioon otettava seikka. Vanhentumista koskee väittämistaakka ja se on preklusion alainen. – Muita säännöksiä koskevat kysymykset jäävät tässä yhteydessä tarkemmin käsittelemättä. Perinnäisesti ajatellen mainituissa säännöksissä ei yleensä liene kyse viran puolesta huomioon otettavista seikoista ellei voida osoittaa, että myös jokin tärkeä yleiseen etuun liittyvä seikka olisi asiassa vaikuttamassa. Tavanomainen vuokralaisen, työntekijän ja kuluttajan asema ei sellainen ole.

Eri kysymyksensä on, onko pakottavan oikeuden mukainen seikka ollut sellainen, että alemman tuomioistuimen olisi tullut sen osalta käyttää materiaalsen prosessin johdon valtaansa. Jos velvollisuus on laiminlyöty, se voi saada merkitystä preklusion anteeksiantoa harkittaessa.⁷⁰

Pakottavaa oikeutta ei ole vain kotimaisessa lainsäädännössä. Myös EU-oikeuden kuluttajasuojasääntely on pakottavaa ja se on myös viran puolesta huomioon otettavaa. Sääntelyn vaikutukset ulottuvat preklusion syrjäytymistä laajemmalle,⁷¹ nimittäin virallisperiaatteen ja tutkintamenetelmän soveltamiseen eräissä kuluttajariidoissa kuten ilmenee *KKO 2015:60*:n otsikon toisesta kappaleesta

KKO 2015:60: – – Unionin oikeuden perusteella Korkein oikeus katsoi, että tuomioistuimilla oli velvollisuus viran puolesta tutkia, perustuiko vaatimus sopimusehtodirektiivissä tarkoitettuun kohtuuttomaan vakioehtoon kuluttajasopimuksessa – –.⁷²

Rikosasiassa virallisperiaatetta noudatetaan laajasti. Kuitenkin syyttäjän ja asianomistajan on vedottava kaikkiin syytteen hyväksymisen kannalta välttämättömiin oikeustosisekoisiin. Sen sijaan siviilijutuista poikkeavasti rikosjutun vastaajalla ei ole väittämistaakkaa vastatosiseikkojen asemassa olevista seikoista. Niinpä tuomioistuin voi ottaa viran puolesta huomioon teon oikeuttamisperusteen tai vähentynyttä syyntakeisuutta koske-

⁶⁹ Ks. *Vaitoja* 2014 s. 106–118.

⁷⁰ Ks. *Vaitoja* 2014 s. 215 s.

⁷¹ Ks. yleisesti *Koskelo* 2008 s. 626–630 ja *Savola* LM 2016 s. 53 ss.

⁷² Ks. lähemmin ratkaisun perustelujen kohdat 11–12 ja 22–24.

vat seikat viran puolestakin. Jos siis vastaaja tekee esimerkiksi hätävarjelua koskevan väitteen vasta KKO:ssa, väite on tutkittava.⁷³

Näin ollen *rikosasian vastaajaa* ei koske lainkaan seikkaprekluusio ja siten hänen vapaata prosessaamistaan jää rajoittamaan vain todisteprekluusio. Jos hyväksytään edellä jaksossa 3.2.3 esittämäni, jonka mukaan todisteprekluusiota ei voida soveltaa sellaisissa asioissa, joissa täyttyy OK 31:8:n 3-kohdan mukainen purkuperuste, todisteprekluusionkin piiri supistuu. Se jää vaikuttamaan sellaisissa rikosasioissa, joissa valituslupaa harkitaan tai se on myönnetty muilla kuin purkuperusteella.

3.3.3 Todistustositseikat

Käytännössä oikeustositseikan erottaminen todistustositseikasta näyttää aiheuttavan paljon ongelmia, koska usein todistustositseikan asemassa olevaa seikkaa väitetään oikeustositseikaksi. Kuten seuraavassa jaksossa selvitetään, todistustositseikkaa ei koske myöskään todisteprekluusio. Todistustositseikka ei siis kuulu seikkaprekluusion eikä todisteprekluusion piiriin.

Todistustositseikalla tai apotositseikalla tarkoitetaan niitä seikkoja, jotka todistelussa tulevat ilmi ja joilla on arvo jollekin oikeustositseikalle tai toiselle todistustositseikalle. Esimerkiksi apotositseikan asemassa on todistajan luotettavuuteen vaikuttavat seikat, kuten käyttäytyminen ja runsas aiheen vierestä puhuminen sekä tietyn aiheen välttely. Niihin asianosainen voi vedota vasta muutoksenhakemuksessaan.

Esimerkiksi tapauksen *KKO 2015:64* (S2013/569) julkaisemattomassa käsittelyratkaisussa jouduttiin pohtimaan, olivatko valittajan vasta korkeimmassa oikeudessa vetoamat seikat oikeustositseikkojen vai todistustositseikkojen asemassa.

Jutun materiaallinen oikeusongelma koski sitä, oliko kaupungilla työnantajana ollut TSL 1:3:ssä tarkoitettu pätevä aihe tehdä ruuanjakelutyöntekijänsä kanssa yli 20 määräaikaista työsopimusta. *Oikeustositseikkana* pidettiin *työvoimatarpeen pysyvyyttä*: jos pysyvää tarvetta ei olisi ollut, määräaikaiset sopimukset olisivat olleet lainmukaisia.

Kaupunki täsmensi vasta korkeimmassa oikeudessa, millä perusteilla sen jo kärjäoikeudessa vetoama keskeneräinen toiminnantapatarkastus osoitti, että työvoiman tarve ei ollut pysyvä. Näiden perusteiden katsot-

⁷³ Ks. *Virolainen – Pölönen* 2003 s. 400; *Lappalainen* 2004 s. 157; ks. myös *Frände* 2009 s. 570. – Esim. ratkaisussa *KKO 2014:6* muutoksenhakija vetosi ensimmäisen kerran hätävarjeluun liioitteluun vasta KKO:ssa. Väite tutkittiin mutta hylättiin perusteettomana.

tiin olevan todistustositseikan tai aputosiseikan asemassa työvoimatarpeen pysyvyyttä arvioitaessa, eivätkä ne olleet prekludoituneet.

Tapauksessa työntekijän esittämä preklusioväite on hyvin tavanomainen ja se perustuu erottelun (oikeustositseikka – todistustositseikka tai aputosiseikka) vaikeuteen. Vaikeuden perimmäinen syy lienee siinä, että oikeustositseikan tasolla oleva seikka joudutaan tavallisesti päättämään sovellettavasta normista. Jotta oikeustositseikka siviiliasiassa erotuisi todistustositseikoista, se voidaan joutua muotoilemaan abstraktimmalle ja juridisemmalle tasolle kuin termeistä ”elävän elämän tapahtuma” tai ”tapausfakta” voisi päätellä.⁷⁴

Lisäksi kaupunki esitti uutena todisteena kaupunginvaltuuston pöytäkirjan 22.2.2010 ja siihen liittyvän kuntien välisen sopimuksen kuntaliitoksesta. Kun valtuuston kokous oli pidetty ennen jutun vireilletuloa eikä kaupunki ollut esittänyt pätevää syytä sille, miksi se ei ollut esittänyt pöytäkirjaa jo alemmissa oikeuksissa, pöytäkirja oli *todisteena* prekludoitunut.

3.4 Preklusion kohteena uudet todistuskeinot

Todisteesta puhuttaessa on erotettava toisistaan todistusteema, todistuskeino ja todistustositseikka.⁷⁵

- *Todistusteemalla* tarkoitetaan todistelun kohdetta, siis asianosaisen väitettä yksittäisen seikan olemassolosta (”...talon pesuhuoneen lattiasa oli homevaurio jo kaupanteon hetkellä.”).
- *Todistuskeinoja* ovat muun muassa todistajan kuuleminen, asiakirjatodistelu ja katselmus.
- *Todistustositseikalla* tarkoitetaan sitä todistavaa seikkaa, jolla todistusteemaa pyritään näyttämään toteen. Todistustositseikkoja ovat

⁷⁴ Aineellisen oikeuden normin mukaisen edellytyksen, oikeustositseikan ja todistustositseikan välistä suhdetta voidaan tässä tapauksessa kuvailla myös seuraavasti. Prosessioikeudessa oikeustositseikka on siis konkreettinen tosiseikka, tapausfakta. Konkreettisuus tarkoittaa elävän elämän tapahtumaa tai olosuhdetta taikka asiointilaa. Sillä on kuitenkin yhteys abstraktiin normiin, josta saadaan informaatiota niistä mahdollisista asiointiloista, joihin seuraamus voidaan kytkeä. Jutussa *KKO 2015:64* vastaajana olleen kaupungin vastatositseikkana vetoama konkreettinen asiointilaa oli se, *ettei työvoimaa tarvittu pysyvästi*. Tämä väitetty asiointilaa voidaan katsoa tulleen muotoilluksi TSL:n 1:3.2:n mukaisen *perustellun syyn* pohjalta. Se, että kaupungilta olisi puuttunut tarve palkata työvoimaa pysyvästi, olisi välitön edellytys oikeusseuraamukselle eli oikeuteen tehdä määräaikaisia työsopimuksia. Pysyvän tarpeen puuttetta pyrittiin todistelemaan toimintatapatarkastuksesta ilmenevillä seikoilla.

⁷⁵ Ks. esim. *Lappalainen*, Todistelusta 2012 s. 588–589.

todistajan lausuma (”...näköhavaintojeni mukaan lattian alusrakenteet olivat kosteat ja niitä peittivät sienirihmastot”) ja asiakirjan sisältö sekä katselmushavainnot.

Alioikeuspreklusiossa⁷⁶ on katsottu, että preklusion kohteena ovat ainoastaan *todistuskeinot* (esim. todistaja, asiakirja). Todistepreklusio tarkoittaa, ettei uutta todistajaa hyväksytä kuultavaksi eikä uutta asiakirjaa hyväksytä oikeudenkäyntiaineistoksi. Todistusteemojen ei ole katsottu prekludoituvan alioikeusmenettelyssä.⁷⁷ Oikeudenkäyntiaineistoon jo kuuluvaa todistetta eli todistusseikkaa voidaan siis käyttää myös muun todistusteeman todisteluun kuin siihen, johon se alun perin on ilmoitettu. – Nämä samat periaatteet soveltuvat myös muutoksenhakua koskevaan preklusioon.

Esimerkki: Muutoksenhakija on hävinnyt alemmissa oikeuksissa sopimukseen perustuvaa puutavaran toimittamista koskevan kauppahinnan velkomusriidan. Kanteensa perusteeksi hän on vedonnut oikeustositseikkana sopimusehtoon, jonka mukaan hänellä myyjänä on oikeus korottaa myyntihintaa kuljetuskustannusten noustessa polttoaineen hinnankorotuksien seurauksena. Ehdon hän on katsonut tulleen sopimuksen osaksi, koska vastaaja on hyväksynyt tällaisen käytännön. Alemmissa asteissa hän on vedonnut vastaajan konkludenttiseen käyttäytymiseen, josta hän on esittänyt suullista todistelua.

KKO:ssa hän on vedonnut oikeudenkäyntiaineistoon jo kuuluvasta vastaajan kirjeestä ilmenevään erääseen ilmaisuun tulkiten sen vasta nyt käytännön nimenomaiseksi hyväksymiseksi. Tällainen vetoaminen on sallittu. Kirje on esitetty KäO:ssa todisteeksi toisesta todistusteemasta, esimerkiksi tavaran laadusta. Kirjeen ilmaisu on todistustositseikka oikeustositseikkana olevaan sopimusehdon hyväksymiseen nähden. Vastaajan on syytä vastata tällaiseen tulkintaväitteeseen, koska KKO sen todennäköisesti tutkii.

⁷⁶ Ks. *Leppänen* 1998 s. 325 ss.

⁷⁷ Ks. *Leppänen* 1998 s. 334 ss. *Saranpää* on katsonut, että aika alkaisi olla kypsä teemapreklusion soveltamiseen dispositiivisissa riitajutuissa; ks. *Saranpää* DL 2014 s. 699 ss. Ks. myös *Huovila* 2015 s. 324.

4 POIKKEUKSET ELI PREKLUUSIOTA KOSKEVAT ANTEEKSIAANTOPERUSTEET

4.1 Perusteet ja näyttökynnys

Poikkeuksia preklusiosta voidaan OK 30:7.1:n nojalla sallia kahdella perusteella:

1. muutoksenhakija *ei ole voinut* vedota seikkaan tai todisteeseen alemmassa oikeudessa tai
2. hakijalla on ollut *pätevä aihe* olla vetoamatta seikkaan tai todisteeseen.

Säännös sisältää myös todistelua koskevan näyttökynnysmääräyksen: muutoksenhakijan tulee saattaa perusteen (*ei ole voinut* -peruste tai *pätevä aihe* -peruste) olemassaolo *todennäköiseksi*.⁷⁸ Se tarkoittaa täyttä näyttöä alhaisempaa todennäköisyyttä, jota arvioitaessa keskeiset periaatteet ovat yhtäältä asianosaisen näyttömahdollisuudet ja toisaalta väärän lopputuloksen riski pääasiassa. Käräjäoikeuspreklusiossa Leppänen on katsonut, että mitä vaikeammin näytettävä peruste on kyseessä ja mitä merkityksellisempi seikka tai todiste on prosessin kannalta, sitä matalampi pitäisi näyttökynnyksen olla.⁷⁹

OK 30:7.1:n mukaan samat anteeksiantoperusteet ja sama näyttökynnys koskevat sekä uusia seikkoja että todisteita; samoin on säännelty OK 25:17:n mukainen hovioikeuspreklusio.

Sen sijaan OK 6:9:n mukaan vuodesta 2003 alkaen käräjäoikeuspreklusiota koskevat eri säännöt. Sekä seikkoja että todisteita koskee sama anteeksiantoperuste, *pätevä syy*. Uuden todisteen hyväksymisen näyttövelvollisuutta on alennettu: nykyään uusi todiste voidaan käräjäoikeudessa hyväksyä, *jos voidaan olettaa*, että asianosaisen myöhäinen vetoaminen johtuu pätevästä syystä. Ajatuksena on, että asianosaisen on oltava huolellisempi oikeustositseikoissa kuin todisteissa.⁸⁰ Lisäksi aikaisemmasta poiketen asiaosaisille on annettu valta sopia todistepreklusioon anteeksiannosta; uusi todiste voidaan siis hyväksyä, jos asianosaiset siihen suostuvat.⁸¹

⁷⁸ Ks. myös *Vaitoja* 2014 s. 178 ss.

⁷⁹ Ks. *Leppänen* 1998 s. 376.

⁸⁰ Ks. HE 32/2001 vp s. 62.

⁸¹ Ks. LaVM 12/2002 vp s. 8 ja *Sippo – Välimaa* 2003 s. 229 ss.

Näyttökynnyskysymyksessä OK 30:7 ei siis tee eroa seikkojen ja todisteiden välillä. Kirjallisuudessa on katsottu, että todisteita koskevaan preklusion anteesiantoon pitäisi suhtautua myönteisemmin kuin seikkapreklusion anteesiantoon.⁸² Tällainen huomautus voi jäädä arvoitukseksi ja mielikuvien tasolle. Voi olla, että reaali maailmassa anteesiantoperusteet soveltuvat helpommin todistepreklusion. Mutta kyse ei tällöin ole normatiivisesta vaan empiirisestä kysymyksestä. Riippumatta kumpaan asiaryhmään kohdistuvasta preklusiosta on kyse, anteesianto tulisi ratkaista jäljempänä mainituilla konkreettisilla asiasyillä. Olennaista pitäisi olla anteesiannon perusteet eikä preklusion kohde.

Samasta lähtökohdasta suhteellistaisin myös niin sanotun suppiloperiaatteen eli väitteen, että anteesiantokynnys nousee oikeudenkäynnin edessä⁸³, joten sen tulisi olla kaikkein korkein korkeimmassa oikeudessa. Yleiselle tasolle jätettynä väite jää sisällöttömäksi. Yhdenkään oikeustapauksen perusteluissa en ole huomannut, että suppiloperiaatteeseen olisi nimenomaisesti edes viitattu. Miksi kynnys olisi korkeimmassa oikeudessa korkeampi, jos päteväenä syynä on hovioikeuden kehno prosessinjohto tai hovioikeuden ratkaisun jälkeen muuttunut oikeustila? – Selvää on, että suppiloperiaatteella on merkitystä silloin, kun ilmenee, että seikkaan tai todisteeseen olisi ollut mahdollista vedota jo käräjäoikeudessa. Tällöin asianosaisen on pystyttävä perustelemaan, miksei vetoamista ole toimitettu kummassakaan alemmassa oikeudessa.

4.2 Ei ole voinut -peruste

Ensimmäinen peruste – *ei ole voinut* – tarkoittaa, että seikan tai todisteen esittämiseksi alemmissa oikeuksissa on ollut este, joka voi olla oikeudellinen (esimerkiksi todisteen esittämiskielto) tai fyysinen (todistaja ollut tavoittamattomissa) taikka tiedollinen: todiste on löytynyt vasta määräajan jälkeen; asianosainen on siis ollut aidosti tietämätön todisteen olemassaolosta tai sen sijainnista.

KKO 19.10.2012; R2011/812: Henkirikosasian syyttäjät olivat saaneet tietoonsa uutta todistelua vasta HO:n tuomion jälkeen toista asiaa (seksuaalirikosasia) koskevassa tutkinnassa. Tältä pohjalta oli toimitettu myös henkirikosasiassa lisätutkintaa, johon perustuvaa aineistoa he vaativat saada esittää KKO:ssa. Vastaaja katsoi, että esitutinnan jatkuva

⁸² Ks. *Jokela* 2010 s. 342.

⁸³ Ks. *Vaitoja* 2014 s. 184.

täydentäminen ja uudet tutkimukset vaaransivat oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin, jos uuden aineiston esittäminen sallittiin.

Syyttäjien katsottiin saattaneen OK 30:7.1:ssä tarkoitettuun tavoin todennäköiseksi, että he eivät voineet vedota uusista kertomuksista ilmeviin seikkoihin tai kertomusten taltiointeihin todisteina alemmissa oikeuksissa. KKO katsoi merkittävän yleisen edun vaativan murhaepäilyyn perusteellista selvittämistä vireillä olevassa oikeudenkäynnissä. Väitteitä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaarantumisesta ja esitutinnan suorittamistavasta ja esitutkintaperiaatteiden noudattamisesta tulee tarkastella pääasiallisesti ratkaistaessa ja oikeudenkäyntiä kokonaisuudessaan arvioitaessa.

Kysymys oli laajaa huomiota saaneesta ja monivaiheisesta Ulvilassa tapahtuneesta henkirikosasiasta. Henkirikosasian käsittelyn loppuvaiheessa vastaajaa vastaan oli nostettu seksuaalirikossyyte, jonka tutkinnan yhteydessä oli saatu selvitystä, jonka syyttäjät katsoivat merkitykselliseksi henkirikosasiassa. Tieto tästä selvityksestä oli tullut syyttäjien tietoon vasta, kun hovioikeus oli antanut syytteen hylkäävän tuomionsa henkirikosasiassa.

Korkeimman oikeuden päätöksen perustelujen mukaan asiassa annettiin merkitystä syytteen vakavuudelle. Kun syytteen mukaan kyse oli murhasta, myös julkinen etu vaatii, että tällaiset syytteet tutkitaan perin pohjin. Syytetyt kannalta tärkeä asianmukaisen esitutkinnan ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutuminen tuli perustelujen mukaan otettavaksi huomioon varsinaisessa oikeudenkäynnissä ja uuden näytön arvioinnissa. – Preklusion anteeksianto johti asian palauttamiseen käräjäoikeuteen ja asian uuteen käsittelyyn. Siinä hovioikeuden syytteen hylkäävä tuomio sai lainvoiman, kun korkein oikeus hylkäsi syyttäjien valituslupahakemuksen.

4.3 Pätevä aihe -peruste

Pätevä aihe tarkoittaa sitä, että seikkaan olisi voitu vedota tai todiste olisi voitu esittää aiemmin, mutta asianosaisella on ollut hyväksyttävä syy jättää vetoaminen tekemättä tai todiste esittämättä.

”Pätevä aihe” on väljyytensä ja epämääräisyytensä takia itsessään vaikea termi. Ongelma helpottuu, jos aihe tai syy ymmärretään⁸⁴ asiayhteydessään. Tältä pohjalta lähdettäessä voidaan ajatella, että kyse on oikeudenmukaisen, siis reilun ja tasapuolisen oikeudenkäynnin kannalta pätevästä aiheesta. Oikeudenkäynti ei olisi oikeudenmukainen, jos preklusio-

⁸⁴ Ks. Lindell 1993 s. 302 ss.

ta ei annettaisi anteeksi. Toisaalta vaikka preklusiosta poikkeamista kutsutaankin tässä anteeksiannoksi, ei kyse ole tahallisen tai huolimattoman prosessaamisen anteeksiantamisesta. Päinvastoin: nykyaikana prosessiin osallistujilta vaaditaan ammattimaista toimimista. Tällöin lähtökohtana on, että asiamiehen huolimattomuudesta tai puutteellisista tiedoista ja taidoista johtuvaa preklusiota ei anneta anteeksi.

Kun pätevä aihe tulee useimmiten kysymykseen anteeksiantoperusteena, seuraavassa jaksossa 5 kysymystä tarkastellaan hieman laajemmin. Kun lakitekstin mukaan OK 30:7:n anteeksiantoperusteet ovat samansisällöiset kuin hovioikeuden riita-asioita koskevassa OK 25:17.1:ssä, hovioikeusmenettelyä koskeva oikeuskäytäntö voidaan ottaa huomioon myös arvioitaessa menettelyä KKO:ssa.

4.4 Arvioinnin keskiössä prosessaamisen moitteettomuus ja huolellisuus

Toisin kuin esimerkiksi eräissä Ruotsin RB:n varhaisemmissa preklusiosäännöksissä,⁸⁵ suomalaisen lakitekstin mukaan kummassakaan anteeksiantoperusteessa ei viitata moitteettomuuden tai huolellisuuden arviointiin, mutta moitteeton ja huolellinen prosessaaminen näyttää olevan luonteva anteeksiantoperusteiden prima facie -tarkastelukulma. Lainvalmistelun perusteella näyttääkin selvältä, että preklusion pitäisi koskea vain huolimattomasti tai välinpitämättömästi prosessannutta asianosaista.⁸⁶ Tämä on hyväksytty myös oikeuskirjallisuudessa.⁸⁷ Pätevä aihe voi olla käsillä ja preklusio voidaan antaa anteeksi, jos myöhästyneen seikkaan tai todisteeseen vetoamisen synnä ei ole ollut asianosaisen moitittava tai huolimaton prosessaaminen. Seuraavassa anteeksiantoperusteiden tarkastelussa kysytäänkin, millaisen huolellisuusvelvoitteen täyttämistä asianosaiselta vaaditaan, jotta preklusio väistyy.

⁸⁵ Esim. alkuperäisessä HO-preklusiota koskeneessa RB 50:25:ssa uuteen seikkaan vetoaminen prekludoitui, jos vetoamisen katsottiin johtuneen asiattomasta syystä (otillbörligt syfte) tai törkeästä huolimattomuudesta (grov vårdlöshet), ks. *Lindell* 1993 s. 113 ss. ja *Welamsson – Munck* 2011 s. 76–77.

⁸⁶ Ks. HE 32/2001 vp s. 61.

⁸⁷ Ks. *Leppänen* 1998 s. 355 ss.; *Jokela* 2015 s. 50 ss.; *Vaitoja* 2014 s. 173 ss. Vrt. *Lindell* 1993 s. 302 ss.

5 PÄTEVÄN AIHEEN ARVIOINTI ERÄISSÄ TYYPPIKILANTEISSA

Seuraavassa jaksossa 5.1 tarkastelen oikeuskäytännössä esiin tulleiden tapausten kautta tyypillisiä perusteita, joissa väitetään olevan kyseessä pätevä aihe antaa preklusio anteeksi. Kysymykseen tulevat seuraavat perusteet: jutun arviointiin vaikuttava oikeussääntö tai sen tulkinta on muuttunut kesken prosessin (5.1.1); asianosaisen prosessuaalisen asema on muuttunut (5.1.2); alempi tuomioistuin on tehnyt menettelyvirheen, jonka vuoksi asia on joutunut väärille urille (5.1.3); asianosainen havaitsee itse tehneensä esimerkiksi kanteen perusteen arvioinnissa virheen, jonka hän haluaa oikea (5.1.4).

Jaksossa 5.2 tarkastelen vielä sitä, vaikuttavatko pätevän aiheen arvioinnissa jotkut muut näkökohdat, kuten seikan tai todisteen vaikutus prosessin kulkuun (5.2.1) ja jutun lopputulokseen (5.2.2) sekä toisen asianosaisen kanta uuden vetoamisen sallimiseen (5.2.3). Kun jaksossa 5.1 on kyse varsinaisista anteeksiantoperusteista, jakson 5.2 näkökohtia voidaan kutsua täydentäviksi harkintaperusteiksi. Tämä ryhmittely perustuu siihen, että korkeimman oikeuden käytännössä täydentäviä harkintaperusteita ei ole käytetty yksin ratkaisevina perusteina vaan muiden perusteiden lisäksi.

Oikeuskirjallisuudesta voi päästä sellaiseen käsitykseen, että pätevä aihe tai pätevä syy -peruste on saanut alioikeuksissa eräänlaisen avoimen yleislausekkeen luonteen, joka antaa tuomioistuimelle paljon harkintavaltaa.⁸⁸ Pätevän syyn pohjalta preklusiota annetaan anteeksi mitä moninaisimmin syin. Tarkastelussa pidän silmällä myös sitä, soveltuuko yleislausekeajattelu KKO-preklusioon.

5.1 Varsinaiset eli välittömät anteeksiantoperusteet

5.1.1 Oikeudellisen tilan muuttuminen

Jutun oikeudellinen ympäristö voi muuttua esimerkiksi, kun prejudikaatteihin perustuva oikeuskäytäntö on muuttunut kesken prosessin.

KKO 1996:135: Korkein oikeus oli 21.12.1995 antamassaan ratkaisussa *KKO 1995:215* aikaisemmasta oikeuskäytännöstä poiketen katsonut, että työntekijän työttömyyskassasta saamat työttömyyspäivärahat oli otet-

⁸⁸ Ks. Leppänen 1998 s. 363.

tava pääosaltaan huomioon työnantajan työntekijälle työsopimuslain 51 §:n 1 momentin nojalla suoritettavaa vahingonkorvausta määrättäessä. Työnantaja oli vireillä olleessa toisessa oikeudenkäynnissä vasta Korkeimmassa oikeudessa vedonnut päivärahojen saamiseen korvattavan vahingon määrää vähentävänä seikkana. Työnantajalla katsottiin olleen oikeudenkäymiskaaren 30 luvun 7 §:n 1 momentissa edellytetty pätevä aihe olla vetoamatta sanottuun seikkaan alemmissa oikeuksissa.

Korkein oikeus muutti aikaisempaa useista julkaistuista ratkaisuista ilmevästi oikeusohjetta uudella 21.12.1995 antamallaan vahvennetulla jaostolla tehdyllä ratkaisulla. Tuon ratkaisun antamisen aikana hovioikeudessa oli vireillä toinen samanlainen asia, jossa työnantajan valitusmääräaika oli päättynyt toukokuussa 1994 ja hovioikeus antoi tuomionsa 31.1.1996. Jälkimmäisessä asiassa työnantaja saattoi vedota uuden oikeusohjeen mukaiseen seikkaan eli työntekijän työttömyyskassasta saamiin päivärahoihin vasta korkeimmassa oikeudessa.

Vuoden 1996 ratkaisussa oli kysymys korkeimman oikeuden oman prejudikaateilla aikaisemmin vahvistetun oikeusohjeen muuttamisesta. Oikeustila prosessin käynnistämisvaiheessa oli paalutettu selvästi korkeimman oikeuden aikaisemmillä prejudikaateilla. Kun oikeusohjetta oli muutettu kesken prosessin, on jokseenkin selvää, että asianosaisten oli saatava muuttaa prosessaamisensa uuden säännön mukaiseksi. Minkäänlaista huolimattomuutta ei hänen prosessaamisestaan voinut ilmetä.

Seuraavassa ratkaisussa *KKO 2015:28* prosessin käynnistämisvaiheen oikeustila ei ollut yhtä selvä vaan ongelmalliseksi tullut VanhL 11 § voitiin katsoa tulkinnanvaraiseksi. Tapauksen preklusiokysymyksen otsikko on kysymysmuotoinen:

KKO 2015:28: Kysymys velan vanhentumisesta ja erityisesti vapaa-muotoisesta katkaisutoimesta velkojan lähetettyä velalliselle maksuvaihtimuksen sisältäneen kirjeen. Kysymys myös preklusiosta Korkeimmassa oikeudessa.

Pääasiassa oli kyse ulosottovalitusjutusta, jossa valittajana oli velallinen. Jutussa oli ongelmana, oliko velka ollut enää perimiskelpoinen kolmannessa 26.8.2011 vireille tulleessa ulosotossa vai oliko velka jo vanhentunut. Jutun faktat ja asianosaisten väitteet olivat seuraavat:

Velallista vastaan oli annettu vuonna 2003 yksipuolinen tuomio vuokraveloista. Velan vanhentuminen oli riidattomasti katkaistu ensimmäisessä ulosotossa 22.3.2005, josta oli alkanut viiden vuoden vanhentumisaika; vanhentuminen tuli siis katkaista viimeistään 22.3.2010. Vel-

kaa perinyt perimisyhtiö vetosi siihen, että 2005 alkanut vanhentumisai-ka oli katkennut 24.9.2008 vireille tullessa toisessa ulosotossa. Tuo ulosotto oli päättynyt 18.12.2008 ilman että tiedoksiantoa tai ilmoitusta oli toimitettu velalliselle, koska tämä oleskeli tuolloin Virossa. Velallinen väitti, ettei sellainen ulosotto, josta hän ei ole saanut tietoa, katkaisut vanhentumista. Käräjäoikeus ja hovioikeus hylkäsivät valituksen.

Hovioikeuden 17.10.2012 antaman tuomion jälkeen korkein oikeus oli 21.12.2012 antamallaan ratkaisulla *KKO 2012:107* katsonut, että sellainen ulosotto, johon perintäyhtiö vetosi, ei katkaissut vanhentumista. Velalliselle myönnettiin valituslupa. Vastauksessaan perintäyhtiö vetosi uutena seikkana vapaamuotoiseen katkaisutoimeen: se oli 20.12.2009 lähettänyt velalliselle maksuvaatimuksen väestötietojärjestelmän mukaiseen osoitteeseen. Joka tapauksessa myös tällä toimella velkoja katsoi katkaissensa vanhentumisen.

Preklusiokysymyksenä korkeimmassa oikeudessa oli ratkaistava, oliko perintäyhtiöllä (*Lindorff Oy*) pätevä aihe vedota maksukehotuksen lähettämiseen ja siihen liittyviin todisteisiin vasta korkeimmassa oikeudessa. Preklusion korkein oikeus ratkaisi seuraavasti:⁸⁹

9. Korkein oikeus toteaa, että asian arvioinnissa on otettava huomioon, missä määrin kysymys on ollut tulkinnanvarainen ja missä määrin *Lindorff Oy:n* on ollut perusteltua ajaa asiaansa vain sillä perusteella, jolla se on alemmissa asteissa asiaa ajanut, eli vetoamalla pelkästään ulosoton vireilletuloon.

10. Ratkaisussa *KKO 2012:107* on otettu kantaa siihen, mikä merkitys oli annettava vanhentumisen katkaisuvaikutuksen kannalta sille seikalle, että ulosottoviranomaiset ovat ulosottoa koskevien säännösten mukaan voineet jättää tiedoksiannon tekemättä velkojan ulosottoon asianmukaisesti saattamassa asiassa. Vanhentumislain 11 §:n 1 momentin 3 kohdassa olevan pääsäännön mukaan velan vanhentuminen katkeaa, kun velkoja panee vireille ulosottoasian. Lain esitöiden mukaan vanhentuminen katkeaa silloinkin, kun velallisen olinpaikka jää tuntemattomaksi eikä edes tietoa ulosoton vireilletulosta voida toimittaa (*HE 187/2002 vp s. 22–23 ja 61*). Vanhentumislain 11 §:n 3 momentin poikkeussäännön mukaan, jos velkoja peruuttaa hakemuksensa tai asian käsittely päättyy muusta syystä ilman, että tiedoksianto tai muu lain edel-

⁸⁹ *KKO:n* ratkaisun lähtökohdat ja perustelut tässä tapauksessa kuten myös seuraavassa kohdassa käsiteltävässä ratkaisussa *KKO 2015:51* on aiheellista selostaa laajasti, koska prosessuaalinen arviointi on kiinteästi sidoksissa aineellisen oikeuden ja tapauksen faktojen arviointiin sekä jutun mahdolliseen monimutkaisuuteen. Ilman tämän yhteyden selvittämistä pätevän aiheen arviointi ei kunnolla avaudu.

lyttämä ilmoitus velkojan vaatimuksesta on toimitettu velalliselle, vanhentuminen ei katkea.

11. Korkein oikeus toteaa, että velkoja Lindorff Oy:n kannalle – hakemuksen toimittaminen ulosottoon on lähtökohtaisesti velkojan kannalta riittävä – on saatavissa edellä 10 kohdassa mainituin tavoin selvää tukea vanhentumislain 11 §:n 1 momentin 3 kohdan esitöistä. Lisäksi vanhentumislain 11 §:n 3 momentissa tarkoitetun poikkeussäännön soveltamisala voidaan lain esitöiden perusteella ymmärtää siten suppeaksi, ettei se koskisi sellaisia melko tavanomaisia tapauksia, joissa tiedoksianto tai ilmoitus jää toimittamatta, koska velallinen on tietymättömissä. Sen lisäksi oikeuskirjallisuudessa kysymykseen on otettu selvästi kantaa samalla tavalla kuin edellä 10 kohdassa mainituissa lain esitöissä (ks. Tuula Linna ja Tatu Leppänen, *Ulosottomenettely*, 2003, s. 258 ja Ari Saarnilehto, *Vanhentumislaki*, 2004, s. 146–147).

12. Näillä perusteilla Korkein oikeus katsoo, että Lindorff Oy on voinut perustellusti ajaa asiaansa pelkästään ulosoton vireillepanoon vedoten. Yksityiseen katkaisutoimeen vetoamatta jättäminen ei ole ollut huolimattonta asian ajamista. Siihen vetoaminen on tullut tarpeelliseksi vasta, kun Korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2012:107 on annettu tässä asiassa annetun hovioikeuden päätöksen jälkeen.

13. Lisäksi Korkein oikeus toteaa, että oikeudenkäynti Korkeimmassa oikeudessa ei sanottavasti laajene sen johdosta, että Lindorff Oy:n sallitaan vedota uuteen seikkaan ja sen edellyttämiin todisteisiin.

14. Näillä perusteilla Korkein oikeus päätyy siihen, että Lindorff Oy:llä on ollut oikeudenkäymiskaaren 30 luvun 7 §:n 1 momentissa tarkoitettu pätevä aihe vedota uuteen seikkaan ja sen mukaisiin todisteisiin vasta Korkeimmassa oikeudessa.

Yhtiön alun perin valitsemaa VanhL 11 §:n tulkintaa ja siihen perustuvaa prosessaamista voitiin perustella lain esitöillä ja oikeuskirjallisuuden kannanotoilla.⁹⁰ Kun korkein oikeus oli myöhemmin hovioikeuden tuomion antamisen jälkeen päätenyt toiseen tulkintaan, kantajalla katsottiin olleen pätevä aihe vedota uusiin seikkoihin ja todisteisiin. Korkeimman oikeuden enemmistö ja vähemmistö ovat noudattaneet erilaista huolellisen prosessaamisen mittapuuta. Enemmistö on vaatinut vain perusteltua menettelyva-

⁹⁰ Yhtiön kanta on saanut jälkikäteen tukea myös lainvalmistelusta. Korkeimman oikeuden ratkaisussa *KKO 2012:107* omaksuma – ja ratkaisussa 2015:28 toistettu – tulkinta VanhL 11.3 §:stä on sittemmin johtanut VanhL:n muuttamiseen; ks. L 324/2016. Muutoksella pyritään selventämään VanhL:n 11.3 §:ää siten, että ulosoton vireillepano katkaisee vanhentumisen, jos tiedoksiantoa ei ole saatu toimitettua velalliselle tämän ulkomailta oleskelun takia. Esitöiden mukaan tämä on ollut lain tarkoitus jo alun perinkin ja se on ilmennyt VanhL:n alkuperäisistä esitöistä; ks. HE 137/2015 vp s. 13–14 ja LaVM 3/2016 vp s. 4–5.

lintaa mutta vähemmistö on vaatinut kaikkiin seikkoihin vetoamista. Vähemmistön kantaan vaikuttivat ilmeisesti myös heidän käsityksensä VanhL 11 §:n sisällöstä.

Täydentävänä harkintaperusteena korkein oikeus on lisäksi arvioinut sitä, mikä merkitys preklusion anteeksiannolla oli prosessin kulkuun. Vapaamuotoiseen vanhentumisen katkaisuun vetoamisen salliminen merkitsi, että Lindorffin vaatimuksen takia velalliselle varattiin tilaisuus lausua preklusiosta, ja siltä varalta, että preklusio annettiin anteeksi Lindorffin uudesta vanhentumisen katkaisemisväitteestä ja sitä koskevasta uudesta todisteesta. Velallisen vastattua Lindorffille varattiin vielä tilaisuus lausua velallisen lausuman johdosta. Kirjelmien vaihto kesti noin kuukauden. Se ei juurikaan pitkittänyt oikeudenkäyntiä eikä prosessi sanottavasti laajentunut.

5.1.2 Prosessuaalisen aseman muuttuminen kesken prosessin

Riita-asiassa asianosaisen asiamies joutuu suunnittelemaan prosessaamisensa niiden tietojen pohjalta, jotka hän on asiakkaaltaan ja vastapuolelta saanut. Vaikka asiat poikkeavat toisistaan, ammattilainen tietää, että prosessin vaiheet voivat toistaa samantyyppisiä kaavoja ja sen mukaisesti hän menettelynsä suunnittelee. Joskus kaikki muuttuu eivätkä otaksumat pidäkään. Asianosaisen asema saattaa muuttua kesken prosessin. Syynä voi olla esimerkiksi vastapuolen yllättävä menettely kuten seuraavassa tapauksessa.

KKO 1999:91: – Kysymys myös preklusiota koskevan oikeudenkäymiskaaren 30 luvun 7 §:n 1 momentin soveltamisesta Korkeimmassa oikeudessa.

Asiassa oli kysymys siitä, oliko tiekuljetussopimuslakiin perustuva L:n korvausvaatimus rahdinkuljettaja S Oy:tä vastaan vanhentunut. Korvausvaatimus perustui siihen, että kuljetus oli viivästynyt ja tavarain viimeinen erä oli luovutettu 2.7.1993. Jutussa sovellettavan TKSL 41 §:n mukaan kante on pantava vireille vuoden kuluessa tavarain luovuttamisesta. Kirjallinen vaatimus kuitenkin keskeyttää vanhentumisen siihen asti kunnes, rahdinkuljettaja kirjallisesti torjuu vaatimuksen ja palauttaa siihen liitetyt asiakirjat. L oli lähettänyt telekopiona vaatimuksen 21.9.1993. KäO katsoi S Oy:n toimihenkilön suullisen todistajalausunnon ja asiakirjanäytön perusteella näytetyksi, että rahdinkuljettaja S Oy oli asianmukaisesti torjunut vaatimuksen 8.10.1993, jonka jälkeen vanhentuminen ei enää ollut keskeytyneenä. Kun kante oli pantu vireille vasta 30.5.1996, se hylättiin vanhentuneena.

Hovioikeus katsoi, että S Oy:n oli näyttänyt vain sen, että se oli lähettänyt vastauksen telekopiona ja palauttanut L:n lähettämät laskut, mutta S Oy ei ollut näyttänyt, että L oli myös vastaanottanut vaatimuksen ja laskut. Näin ollen S Oy ei ollut asianmukaisesti torjunut L:n vaatimusta eikä vaatimus ollut vanhentunut.

Valituksessaan korkeimpaan oikeuteen S Oy vetosi uusina todisteina telekopioon ja kirjejäljennökseen ja perusteli niiden esittämistä vasta nyt sillä, että L:n lausumat HO:ssa eivät vastanneet totuutta ja ettei S Oy ollut uskonut, että KäO:n tuomiota muutettaisiin L:n lausumien perusteella.

KKO:n käsittelyratkaisu: S Oy:n nyt esittämän aineiston perusteella on aihetta epäillä, etteivät L:n lausumat S Oy:n lähettämän telekopioviestin ja palauttamisen laskujen vastaanottamisesta olleet totuudellisia. S Oy:llä oli oikeus esittää uutta selvitystä L:n sanotunlaisen käyttäytymisen johdosta. Tämän vuoksi ja ottaen huomioon todisteen merkitys aineellisesti oikean lopputuloksen kannalta ja se, että S Oy on voinut KäO:n asiassa päätyä lopputulokseen nähden pitää aikaisemmin esittämänsä näyttöä riittävänä, S Oy:llä on katsottava olleen OK 30:7.1:ssä tarkoitettu pätevä aihe olla aiemmin vetoamatta uuteen todisteeseen.

Käsittelyratkaisusta äänestettiin. Eri mieltä ollut jäsen totesi vaatimuksen torjumiskysymyksen olleen riittainen jo ennen oikeudenkäyntiä. Siten L:n väitetyllä totuudenvastaisella käyttäytymisellä ei voinut olla vaikutusta S Oy:n menettelyyn oikeudenkäynnissä. Todiste olisi ollut esitettävissä jo alemmissa oikeuksissa. Jäsen katsoi todisteen prekludoituneen.

Enemmistön kanta näyttää hyväksyttävältä erityisesti väitetyn L:n valehtelun perustella. Täydentävänä harkintaperusteena on käytetty todisteen merkitystä jutun lopputulokselle. Tässä tilanteessa se on ollut oikeaan osunut, vaikka valehtelukin olisi ollut riittävä peruste. Vähemmistön kantaa voi selittää sillä, että kysymys vaatimuksen torjumisesta oli riittainen näyttökysymys. Tältä pohjalta voi väittää, että huolellisen kantajan piti varautua erilaisiin kiistämisperusteisiin. Mutta rajan sai vetää valehteluun: vaatimus siihen varautumisesta tuntuu liialliselta. Huolellisuuden mittapuu asetettiin normaalin rehellisen prosessaajan mukaan. Kantaja sai suunnitella prosessinsa sen mukaisesti, että vastaaja toimii rehellisesti ja reilusti.

Samantyyppiseen, prosessuaalisesti uuteen tilanteeseen asianosainen saattaa joutua alemman oikeuden yllättävän ratkaisun takia. Seuraavassa tapauksessa Veroviraston veropetokseen perustava vahingonkorvausvaatimus oli hyväksytty alioikeudessa, mutta hylätty vanhentuneena HO:ssa. HO oli katsonut, ettei verovirasto ollut näyttänyt, että veroviraston kor-

vausvaatimus olisi esitetty veropetoksesta syytetyille A:lle siinä muodossa kuin korvaussaatavan vanhentumisen katkaiseminen edellytti ennen vanhentumisajan umpeen kulumista.

KKO 2002:100: Käsittelyratkaisu: Verovirasto on vasta Korkeimmassa oikeudessa esittänyt selvitystä siitä, miten A on saanut korvausvaatimuksen tiedokseen. Kun selvityksen esittäminen oli tullut tarpeelliseksi vasta hovioikeuden ratkaisun johdosta, verovirastolla oli OK 30:7.1:ssä tarkoitettu pätevä aihe olla esittämättä selvitystä alemmissa tuomioistuimissa.

Seuraavassa HO-preklusiota koskevassa monimutkaiselta näyttävässä patenttiriidassa uuden todisteen esittäminen tuli ajankohtaiseksi, kun muun muassa muutoksenhakijan vaatimuksien johdosta toinen osapuoli arvioi prosessuaalisen asemansa muuttuneen. Preklusiota koskeva kysymys vaatii taustakseen KKO:n otsikon ja prosessuaalisen aseman selvityksen.

KKO 2015:51: Yhtiöllä M on suomalainen analogiamenettelmäpatentti (peruspatentti) ja menettelmäpatentti koskien muun muassa astman hoitoon käytettävää lääkettä, joka sisältää vaikuttavana aineena montelukastia. Yhtiö K on nostanut yhtiötä M vastaan negatiivisen vahvistuskanteen vaatien vahvistettavaksi, että K:n montelukastia vaikuttavana aineena sisältävät lääkevalmisteet ja montelukastin valmistamiseksi käytetty menetelmä eivät loukkaa M:n suomalaisia patenteja. M on puolestaan nostanut K:ta vastaan kanteen, jossa se on vaatinut vahvistettavaksi, että K on loukannut M:n peruspatenttiin perustuvaa yksinoikeutta.

Korkeimman oikeuden ratkaisussa on kysymys

- patenttilain 57 a §:n 1 momentin todistustaakkaa koskevan säännöksen tulkinnasta;
- patenttilain 57 a §:n 2 momentin liikesalaisuuksien suojan huomioon ottamista koskevan säännöksen tulkinnasta;
- oikeudesta vedota uuteen kirjalliseen todisteeseen hovioikeudessa;
- suullista todistelua koskevan arvioinnin oikeudellisista lähtökohdista.

Jutun prosessuaalisen aseman kannalta oli keskeistä seuraava seikka: Patenttilain 57a §:n mukaan K oli velvollinen näyttämään, että sen lääkevalmisteissa käytetty vaikuttava aine *montelukasti* oli valmistettu menetelmällä, joka oli erilainen kuin M:n patentilla suojatut menetelmät. KäO oli 28.2.2011 katsonut, että K oli onnistunut todistustaakkansa

kannossa ja hyväksyi K:n negatiivisen vahvistuskanteen ja hylkäsi M:n loukkauskanteen.

Vastatessaan HO:ssa M:n muutoksenhakemukseen K oli vedonnut uuteen kirjalliseen todisteeseen K29, johon kuuluvat asiakirjat olivat farmaseuttisen aineen, montelukastin, valmistusasiakirjoja. Ne olivat pääosin aineen valmistajan Matrix-yhtiön liikesalaisuuksia. K perusteli uuteen todisteeseen vetoamistaan ensiksikin sillä, etteivät todisteeseen sisältyneet asiakirjat olleet hänen hallussaan jutun ollessa käräjäoikeudessa; toiseksi K perusteli vaatimustaan sillä, että M oli esittänyt muutoksenhakemuksessaan uusia väitteitä, joita vastaan puolustautuakseen hänen tulisi saada vedota todisteeseen. Näiden syiden lisäksi K vetosi siihen, että HO oli 30.12.2010 samantyyppisessä analogiamenettelypatentin loukkausta koskeneessa niin sanotussa losartiinjutussa asettanut vastaajalle hyvin korkean näyttökynnyksen vaikuttavan aineen losartiinin valmistusmenetelmän osalta. K:n mielestä tilanne oli verrattavissa ratkaisussa *KKO 1996:135* esillä olleeseen oikeusohjeen muuttumiseen kesken prosessin.

HO katsoi, että K oli menettänyt OK 25:17n nojalla oikeutensa vedota todisteeseen K29. Itse pääasiassa HO päätyi siihen, ettei K ollut esittänyt riittävää näyttöä siitä, että K:n lääkkeiden montelukasti olisi valmistettu K:n menetelmällä. HO hylkäsi K:n negatiivisen vahvistuskanteen ja hyväksyi M:n loukkauskanteen.

KKO ratkaisi todistetta K29 koskevan preklusiokysymyksen seuraavasti:

25. Korkein oikeus toteaa, että K:n ilmoitusta siitä, ettei sillä ollut ollut oikeudenkäynnin käräjäoikeudessa alkaessa hallussaan hovioikeudessa nimeämänsä kirjallisen todisteen K29 asiakirjoja, ei ole syytä epäillä. Myöskään ei ole syytä arvioida, että K:n asianajo oikeudenkäynnissä käräjäoikeudessa olisi ollut sillä tavoin puutteellista taikka huolimaton, että yhtiön olisi jo sillä perusteella katsottava menettäneen oikeuden vedota ilmoittamaansa uuteen todisteeseen hovioikeudessa. M:n valituksesta hovioikeudelle ilmenee, että M oli voimakkaasti kiistänyt K:n nimeämän todistajan toimitusjohtaja BHB:n kertomuksen uskottavuuden. Käräjäoikeus on K:n vahvistuskanteen hyväksyessään antanut sille kuitenkin näytön harkinnassaan merkittävän todistusarvon. Edellä mainitut seikat ovat voineet perustellusti vaikuttaa siihen, että K on M:n haettua muutosta käräjäoikeuden tuomioon arvioinut lisänäytön esittämisen hovioikeudessa tarpeelliseksi.

26. Korkein oikeus toteaa, että hovioikeuden edellä tarkoitettussa niin kutsutussa losartaani-ratkaisussa on ollut kysymys näytön riittävydestä analogiamenettelypatentin loukkausta koskevassa riidassa. Hovioikeus on nyt kysymyksessä olevassa tuomiossaan todennut käsillä olevan tapauksen vastaavan relevantilla tavalla aiemmassa ratkaisussa kyseessä

ollutta tapausta. Lisäksi hovioikeus on nimenomaisesti viitannut siihen, ettei tuossa jutussa vastaajana olleen tahon katsottu täyttäneen valmistusmenetelmää koskenutta näyttötaakkaansa. Tästä on pääteltävissä, että hovioikeuden mainitussa losartaani-ratkaisussaan omaksuma tulkinta näytön riittävydestä on hovioikeuden omassa ratkaisukäytännössä saanut huomattavaa merkitystä linjaratkaisuna.

27. Korkein oikeus toteaa, ettei edellä kuvatussa losartaani-ratkaisussa ole ollut kysymys vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön perustuvan oikeusohjeen muuttamisesta, kuten Korkeimman oikeuden ennakkoratkaisussa KKO 1996:135. Kysymys on pikemminkin siitä, että hovioikeus on mainitulla ratkaisullaan ottanut kantaa tulkinnanvaraisena pitämäänsä kysymykseen näyttökynnyksen ylitymisestä patenttilain 57 a §:ssä säädetyssä käännetyn näyttötaakan tilanteessa.

28. Syntyneessä tilanteessa K on voinut perustellusti arvioida lisänäytön esittämisen tarpeelliseksi kärjäoikeudessa esittämiensä kirjallisten todisteiden ja henkilötodistelun tueksi. Nämä seikat olisivat puoltaneet uuden näytön esittämisen sallimista hovioikeudessa. Toisaalta oikeudenkäynnin merkittävä laajeneminen voi olla uuden todisteen esittämisen sallimista vastaan puhuva seikka. Pyrkimys aineellisen totuuden selvittämiseen puoltaa oikeutta uuden todisteen esittämiseen. Asiassa esiin tulleita seikkoja kokonaisuutena arvioidessaan Korkein oikeus päätyy katsomaan, että K:lla on ollut pätevä aihe esittää nimeämänsä uusi todiste K29 vasta hovioikeudessa. Hovioikeuden ei siten olisi tullut jättää todistetta huomioon ottamatta.

Ratkaisun perustelut poikkeavat tavallisista preklusioratkaisuista siinä, että se näyttää olevan punnintaratkaisu. Ratkaisua ei ole perusteltu vain yhdellä ratkaisevalla seikalla vaan siinä on otettu avoimesti huomioon eri suuntaan vievät seikat.

Preklusioon *anteeksiantamista puolsivat*: (i) kun todiste oli toisen yrityksen liikesalaisuus, syytä ei ollut epäillä K:n ilmoitusta, ettei sillä ollut todistetta, kun prosessi KäO:ssa alkoi; (ii) M oli muutoksenhakemuksessaan voimakkaasti kiistänyt sellaisen todistajan kertomuksen uskottavuuden, jonka kertomukselle KäO oli antanut merkittävän todistusarvon; (iii) K:n prosessaaminen KäO:ssa ei ollut ollut sillä tavalla huolimatonta, että se olisi menettänyt oikeutensa vedota todisteeseen. Nämä seikat ja hovioikeuden äskettäin losartiini-ratkaisussa ottama kanta todistustaakan korkeuteen antoivat KKO:n mielestä K:lle perustellun aiheen arvioida lisänäytön esittämisen tarpeelliseksi. Pyrkimys aineellisen totuuden selvittämiseen puolsi myös anteeksianto.

Anteeksiantoa vastaan ja siis preklusioon puolesta puhui uhka oikeudenkäynnin merkittävästä laajentumisesta.

Kaikki seikat huomioon ottaen -harkinnassa eli kokonaisharkinnassa päädyttiin anteeksiannon puolelle. Perustelut on kirjoitettu niin, että enin osa punnintaperusteista puhui anteeksiannon puolesta. Todiste K29 ei siis ollut prekludoitunut. KKO palautti jutun HO:n uudelleen käsiteltäväksi.

Jos päähuomio kiinnitetään prosessaamisen huolellisuuden arviointiin, perustelujen pohjalta on melko helppo päätyä siihen, ettei K:n prosessaaminen ollut huolimaton. Tätä arviota tukee myös jutun vaikeus, siis sen monimutkaisuus ja monen relevantin seikan harkinnanvaraisuus.⁹¹

Vaikka preklusiokysymys ratkaistaan periaatteessa itsenäisesti, kiperässä tilanteessa sen arviointiin eivät voi olla vaikuttamatta jutun muut ongelmalliset kysymykset. Jos aineelliseen totuuteen pyrkiminen otetaan yhdeksi ratkaisuperusteeksi, se voi avata padot niin, että periaatteessa kaikki jutussa merkittävät seikat vaikuttavat myös preklusiokysymyksen ratkaisuun. Kuten KKO:n perusteluista ilmenee, KKO arvosteli HO:n todisteluratkaisun perusteita (kohta 30). Lisäksi KKO arvioi todistustaakkakysymystä monipuolisemmin kuin HO (kohdat 14–15).

Jos kesken prosessin tapahtuu *asianosaisseuraanto*, preklusion näkökulmasta joudutaan kysymään, miten suhtaudutaan siihen, että seuraaja vetoaa uusiin seikkoihin ja todisteisiin. Kun alkuperäinen asianosainen menettää esimerkiksi yleisseuraannon takia asianosaiskelpoisuutensa, onko kyse sellaisesta prosessuaalisen aseman muuttumisesta, jolla preklusio voitaisiin antaa anteeksi. Korkeimmassa oikeudessa ongelma voi tulla ajankohtaiseksi esimerkiksi sellaisessa perustilanteessa, jossa asianosaisseuraanto tapahtuu HO-prosessin jälkeen ja seuraaja tahtoo vedota valituslupahakemuksessa ja valituksessa seikkoihin tai todisteisiin, joihin hänen edeltäjänsä ei ole vedonnut.⁹²

Laissa pääosin sääntelemätön mutta lainopissa ja käytännössä kehitetty asianosaisseuraanto perustuu prosessiekonomisiin syihin. Seuraajan ei tarvitse aloittaa prosessia uudestaan alusta alkaen vaan hän *voi jatkaa* siitä, mihin edeltäjä jäi. Toisaalta pääsääntönä on, että hän myös *joutuu jatkaamaan* edeltäjänsä jäljiltä. Tämä suojaa prosessin toista osapuolta. Seuraan-

⁹¹ Ks. myös *Koulu* s. 458.

⁹² Preklusion näkökulmasta tilanteet voivat olla hyvin erilaisia. Yksi muunnelma on tilanne, jossa seuraaja vetoaa uudelleen seikkoihin tai todisteisiin, jotka alemmat oikeudet ovat jo katsooneet prekludoituneiksi. Tässä yhteydessä ei ole kuitenkaan tilaisuutta arvioida kuin suppeasti tekstissä esiin nostettua perustilannetta.

to ei siis vaikuta seuraantoa edeltäneen prosessin pätevyYTEEN.⁹³ Seuraajan asemaa arvioidaan jatkuvuus- ja sidonnaisuusperiaatteen pohjalta.⁹⁴

Asianosaisseuraannon käsitteeseen perustuva ajattelu näyttäisi johtavan siihen, ettei seuraanto sellaisenaan ainakaan paranna seuraajan asemaa niin, että hän voisi vedota uusiin seikkoihin riippumatta siitä, olisiko edeltäjä voinut niihin vedota. Häntä ei arvioida uutena asianosaisena, joka voisi arvioida vetoamistaan puhtaalta pöydältä eikä hänelle voida antaa anteeksi myöhäistä vetoamista ei ole voinut -perusteella. Seuraaja ei siis yleensä voi saada myöhäistä vetoamista anteeksi sillä yksinkertaisella syyllä, että hän ei ole voinut vedota seikkaan aikaisemmin, koska hän ei ole ollut asianosaisen asemassakaan aikaisemmin.

Seuraajan kannalta jäisi näin ollen ratkaisevaksi, onko hänellä ollut pätevä aihe vedota seikkaan tai todisteeseen vasta korkeimmassa oikeudessa. Kun pätevän aiheen tärkeimpänä kriteerinä on prosessaamisen huolellisuuden arviointi, sitä arvioidaan kummankin omien olosuhteiden mukaan. Jos käsillä on neutraali anteeksiantoperuste kuten hovioikeuden ratkaisun jälkeen muuttunut oikeustila, johon kummallakaan ei ole tilaisuutta vedota, pätevä aiheen arviointi on sekä edeltäjään että seuraajaan nähden yhtäläistä.

Jos kyse on seikasta, johon edeltäjä olisi voinut vedota, mutta on sen huolimattomuuttaan laiminlyönyt, asianosaisseuraannon käsitteestä näyttää johtuvan, että huolimaton prosessaaminen koituu seuraajan vahingoksi, vaikka hän itse ei ole ollutkaan huolimaton. Mutta sellaisissa tilanteissa, joissa edeltäjän taitamattomuus voidaan antaa anteeksi, seuraajan pitäisi saada tämä hyväkseen. Esimerkiksi jos yksityishenkilö on ollut maallikkona yksin ilman lainoppinutta apua vastaamassa velkomuskanteeseen eikä ole ymmärtänyt vedota hankalasti havaittavaan velan vanhentumiseen, vastaajan kuolinpesän selvittäjänä oleva asianajaja saa tähän vastatosiseikkaan myöhässä tapahtuneen vetoamisen anteeksi, jos se olisi perittävällekin anteeksi annettu.

En ole havainnut, että asianosaisseuraantoa koskeva preklusio olisi ollut esillä korkeimman oikeuden käytännössä. Sen sijaan asianosaisseuraantoa lähellä olevan itsenäisen väliintulijan asemaan on otettu kantaa ratkaisussa *KKO 2004:11*. Jutussa oli kysymys hovioikeudessa tapahtuneesta väliintulosta. Korkein oikeus totesi, että väliintulijan oikeutta vedota uusiin seikkoihin ja todisteisiin rajoitti, kuten varsinaista asianosaistakin, OK 25:17:n säännös. Tämä tarkoitti, että väliintulijan vetoamisoikeus

⁹³ Ks. *Lappalainen* Asianosaiset 2012 s. ja *Ekelöf – Boman II* 1996 s. 152 ss ja *Lindell* 1993 s. 375 ss.

⁹⁴ Ks. *Hupli* 2006 s. 134.

ei ollut laajempi kuin asianosaisen. Korkein oikeus totesi kuitenkin, että väliintulijan ja asianosaisen tarpeet vedota erilaiseen selvitykseen saattoivat poiketa toisistaan ja se voitiin ottaa huomioon pätevää aihetta arvioitaessa. – Ratkaisun perustelut näyttävän seuraavan jatkuvuus- ja sidonnaisuusperiaatetta, mutta joustavan jonkin verran tilannekohtaisen arvioinnin hyväksi. Perustelujen mukaista ajattelutapaa voi suositella lähtökohdaksi myös asianosaisseuraantoihin.

Oikeuskirjallisuudessa Lindell ja Hupli ovat puoltaneet jatkuvuus- ja sidonnaisuusperiaatteesta luopumista, Lindell yleisesti ja Hupli tarkastelemassaan erityistapauksessa.⁹⁵ Lindell perustelee kantaansa ensiksikin sillä, että kysymys on seuraajan eduista. Seuraannon jälkeen seuraajalla on etunsa ja oikeutensa puolustettavanaan ja niitä hänen pitää saada puolustaa täysin määrin, muuten asianosaisseuraannon tarkoitus ei toteudu. Prosessitaloudellisesti on joka tapauksessa tehokkaampaa, että asia hoidetaan vanhassa prosessissa kuin uudessa, jossa seuraaja olisi itsenäinen asianosainen.

Hupli tarkastelee konkurssiin joutuneen velallisen aikanaan aloittaa oikeudenkäyntiä, jossa velallinen on vaatinut oikeustoimen julistamista pätemättömäksi. Konkurssin jälkeen konkurssipesä vetoaa kanteen perusteeksi myös takaisinsaantiperusteeseen. Hupli viittaa Lindellin perusteluihin ja lisäksi siihen, että vasta konkurssi herättää tarpeen tutkia asiassa myös takaisinsaantiperusteet. Olisi myös periaatteelliselta kannalta epäilyttävää, jos velallinen voisi laiminlyönneillään heikentää pesän asemaa konkurssitakaisinsaannissa.

Huplin mainitsemassa seuraantotapauksessa hänen esittämänsä asiassyyt puoltavat sinänsä – Huplin termin – preklusion murtamista ainakin silloin, kun seuraanto tapahtuu käräjäoikeusprosessin alkuvaiheessa. Mutta jos seuraanto tapahtuu vasta hovioikeuden ratkaisun jälkeen, korkeimmassa oikeudessa vastaan voi tulla instanssijärjestyksen periaate. Takaisinsaantiperusteeseen vetoamisen salliminen saattaa tehdä jutusta huomattavasti laajemman ja edessä olisi joka tapauksessa sen palauttaminen todennäköisesti käräjäoikeuteen asti. Tällöin voidaan kysyä, mitä hyötyä asianosaisseuraannosta preklusion murtajana saadaan. – Tässä yhteydessä asiaan ei ole mahdollisuutta paneutua tämän enempää.

⁹⁵ Ks. Lindell 1993 s. 374–381 ja Hupli 2006 s. 139–141.

5.1.3 Tuomioistuimen materiaalisien prosessinjohton puutteet ja muut menettelyvirheet

Joskus voidaan havaita, että seikka ja todiste olisivat tulleet prosessin kohteeksi, jos tuomioistuin olisi noudattanut materiaalisien prosessinjohton normeja asianmukaisesti.⁹⁶ Tämä voi vaikuttaa pätevän syyn olemassaolon arviointiin.

Toisaalta voitaneen lähteä myös siitä, että jos tuomioistuin on kiinnittänyt prosessinjohtossaan huomiota seikkaan tai todisteeseen, mutta asianosainen on torjunut vetoamismahdollisuuden, asianosainen on puolensa valinnut ja saa kantaa riskin valinnastaan.⁹⁷

Tapauksessa *KKO 2005:69* korkein oikeus katsoi, että alemmat oikeudet olivat arvioineet todistustaakan väärin. Tästä syystä asianosaiset saivat esittää uusia todisteita korkeimmassa oikeudessa.

KKO 2005:69:n otsikko on kysymysmuodossa: Kysymys todistelusta ja todistustaakasta yritysten väliseen liikesuhteeseen perustuvaa saatavaa koskevassa asiassa. Kysymys myös preklusiosta.

Jutussa kantaja Ingosstrahin (I) ja vastaaja Stockmannin (S) välillä oli maksukorttisopimus, jonka mukaan maksukortin saaneet I:n eräät työntekijät olivat oikeutettuja ostamaan tuotteita S:n tavaratalosta. I:n ja S:n välillä oli muutakin liiketoimintaa, muun muassa rakennusurakoita. I väitti suorittaneensa S:lle 1,5 miljoonaa dollaria, josta pääosa kohdistui urakoihin ja noin 200 000 maksukorttitilin etumaksuksi. I velkoi S:ltä ennakosta käyttämätöntä jäänyttä 112 000 dollaria. Käräjäoikeus katsoi, että I oli velvollinen näyttämään toteen, että 200 000 dollarin suorituksessa olisi kysymys maksukorttitilin etumaksusta. Kun se ei ollut tätä taakkaansa täyttänyt, käräjäoikeus hylkäsi kanteen. I vetosi hovioikeudessa uusiin kirjallisiin todisteisiin. Hovioikeus katsoi todisteiden prekludoituneen. Korkeimmassa oikeudessa toimitettiin valmisteluis-tunto. Kumpikin asianosainen pyysi saada esittää uutta kirjallista todistelua.

Preklusiota koskevassa käsittelyratkaisussa lausuttiin seuraavasti:

”Prosessinjohto alemmissa oikeuksissa ei ole ollut kaikilta osiltaan asianmukaista. Todistustaakka on arvioitu väärin ja keskeisiltä osiltaan sivuutettu. Tämä on johtanut yllätyksellisiin ratkaisuihin, joihin Ingosstrah ei ole ollut velvollinen varautumaan. Tämän vuoksi korkein oikeus on järjestänyt asiassa edellä mainitun valmisteluis-tunnon ja varannut asianosaiselle tilaisuuden esittää selvitystä.”

⁹⁶ Ks. *Leppänen* 1998 s. 368 ss.

⁹⁷ Ks. jäljempänä jaksossa 6.3 in fine selostettua ratkaisun *KKO 1999:63* kommentointia ja erityisesti esittelijä Antilan mietintöä.

Tapauksessa alemmat oikeudet arvioivat ilmeisesti kantajan todistustaakkaa jäykästi ja kaavamaisesti itse oikeussuhteen monitahoisuutta huomioon ottamatta. Korkein oikeus arvioi oikeussuhdetta ja sen mukaista todistustaakkaa toisin ja ilmeisesti niin, että kantajan esittämän perusnäytön jälkeen kiistämisperusteita koskeva näyttövelvollisuus oli siirtynyt vastaajalle. Kummallakin puolella oli pätevä aihe esittää näyttönsä korkeimmassa oikeudessa.

5.1.4 Asianosaisen erehdyksen korjaaminen

Yleinen periaate on, että asianosainen vastaa asiamiehensä virheestä. Jos asiamies on huolimattomuuttaan jättänyt seikkaan tai todisteeseen vetoamatta, se käy päämiehen vahingoksi.⁹⁸ Pätevän syyn mittapuun lähtökohta on objektiivinen. Jos asianosainen käyttää asiamiestä, asiamieheltä vaaditaan asianajoalan keskimääräisiä tietoja ja kykyä. – Seuraavat kaksi ratkaisua koskevat preklusiota hovioikeudessa. Yleisen kysymyksenasettelun kannalta ne soveltuvat myös KKO-preklusioon.

KKO 2006:54: Pankki oli kärjäoikeudessa vaatinut luoton takaajilta perusteettoman edun palauttamista katsoen näiden hyötyneen perusteettomasti pankin kustannuksella, kun pankin sanottuun luottoon kohdistama suoritus päävelalliselta oli osaksi peruutunut lainvoimaisen tuomion johdosta. Koska pankin kanne ei ollut perustunut vastaajien antamien takausten voimassaoloon vaan takausvastuun lakkaamisesta aiheutuvan edun perusteettomuuteen, kärjäoikeus ei olisi saanut perustaa ratkaisuaan siihen, että vastaajat olivat velvolliset kanteessa vaadittuun suoritukseen antamiensa takausten perusteella.

Korkeimman oikeuden tuomioista ilmenevin perustein katsottiin, ettei pankilla ollut oikeutta vedota takausvastuuseen enää hovioikeudessa.

Tässä tapauksessa kantajana ollut pankki oli velkonut sinänsä takaajan asemassa olleilta velallisilta saatavaansa perusteettomana etuna ja vasta vastauksessaan hovioikeudessa nimenomaisesti vedonnut vaihtoehtoisena perusteena takaussitoumuksiin. Kärjäoikeus oli hyväksynyt kanteen takaussitoumuksen perusteella, vaikka pankki oli kärjäoikeudessa nimenomaisesti lausunut, ettei se vetoa takaussitoumuksiin, jotka olivat tulleet esiin vain vastaajien vastauksesta. Korkein oikeus katsoi, että kantajanpan-

⁹⁸ Poikkeuksena on katsottu olevan tilanne, jossa asiamies on toiminut törkeän huolimattomasti ja päämies vilpittömästi; ks. *Leppänen* 1998 s. 354.

kin vetoamis- tai väittämistaakka oli subjektiivinen. Sen itsensä olisi tullut vedota takauksiin jo käräjäoikeudessa eikä vasta vastauksessaan hovioikeuteen. Kun pankki ei ollut saattanut todennäköiseksi, että sillä olisi ollut pätevä aihe olla vetoamatta takausvastuusiin jo käräjäoikeudessa, korkein oikeus katsoi, että vaihtoehtoiseen seikkaan eli takaussitoumukseen vetoaminen oli prekludoitunut hovioikeudessa. – Kanne hylättiin, kun vastaajien ei katsottu saaneen perusteetonta etua pankin kustannuksella. Takaajien takausvastuun ei nimittäin katsottu vanhentumisen takia lakanneen.

Tapaustietojen perusteella⁹⁹ näyttää siltä, että kanteen perustaminen perusteettoman edun mukaisiin seikkoihin oli pankin tietoinen valinta, koska se arveli takaussitoumuksien vanhentuneen. Pankki ei siis tahtonut koettaa edes kepillä jäätä vanhentumattomuuden puolesta, vaikka ennakkopäätöksen *KKO 1992:114* pohjalta siihen oli vahvoja perusteita, kuten alemmat oikeudet ja korkein oikeuskin obiter dictum totesivat. Pankin valitseman virheellisen kanneperusteiden takia jutussa jouduttiin aineellisesti väärään lopputulokseen, mutta se ei preklusioratkaisuun vaikuttanut.¹⁰⁰

Toisessa tapauksessa käräjäoikeuden jonkin verran ponnettoman prosessinjohtoon takia saattoi olla tulkinnanvaraista, oliko vastaajana ollut työnantaja vedonnut työntekijän irtisanomisperusteena myös kollektiiviperusteeseen.

KKO 2003:4: Kysymys siitä, oliko työnantaja kiistäessään perusteettomasta työsopimuksen päättämisestä vaadittua korvausta koskevan kanteen käräjäoikeudessa vedonnut sellaisiin seikkoihin, joiden nojalla käräjäoikeuden olisi tullut tutkia, oliko työnantajalla oikeus irtisanoa työntekijä myös taloudellisista ja tuotannollisista syistä. – Kysymys myös käräjäoikeuden prosessinjohtosta.

Vastustaessaan työsopimuksen perusteettomaan irtisanomiseen perustuvaa korvauskannetta työnantaja oli vedonnut siihen, että maalaamon tuotannon johtajana toiminut työntekijä oli jättänyt noudattamatta asiakkaan vaatimaa tavaran pakkaustapaa. Tältä pohjalta asiassa oli oikeudellisesti kyse siitä, oliko työnantajalla ollut vanhan 1970 työsopimuslain 37.2 §:n tarkoittama erityisen painava syy irtisanoa työsopimus, koska työntekijä oli rikkonut velvollisuuksiaan (individuaaliperuste). Työnantaja oli vastauksessaan viitannut myös siihen, että työntekijän laiminlyönnit olivat olleet jatkuvia ja että hänen aikaisempi laiminlyöntinsä oli aiheuttanut asiakkaan

⁹⁹ Ks. erityisesti korkeimman oikeuden esittelijän mietintö.

¹⁰⁰ Toisin kuin esittelijän mietinnössä korkeimman oikeuden tuomion perusteluissa ratkaisua ei tältä kannalta pohdita.

menetyksen ja johtanut maalaamon tappiollisuuteen. Tältä osin kysymys oli siitä, missä tarkoituksessa asiakkaan menetykseen ja maalaamon tappiollisuuteen oli vedottu: tarkoittiko työnantaja vain sitä, että työntekijän laiminlyönnit olivat erityisen moitittavia ja vakavia, vai myös sitä, että työ oli vähentynyt taloudellisista ja tuotannollisista syistä siten, että työnantajalla oli oikeus irtisanoa työsopimus myös kollektiiviperusteella.

Painavimmat perusteet puhuivat sen puolesta, että työnantajayhtiö oli vedonnut vain individuaaliperusteeseen. Käräjäoikeuden valmisteluistunnon ja pääkäsittelyn pöytäkirjan yhteenvedosta ilmeni, että riitakysymykseksi oli katsottu erityisen syyn eli työntekijän henkilöön liittyvän irtisanomisperusteiden olemassaolo. Tämä irtisanomisperuste poikkesi niin merkittävällä tavalla taloudellisesta ja tuotannollisesta irtisanomisperusteesta, ettei työnantajan voitu katsoa esimerkiksi tietämättömyydestä tai erehdyksestä jättäneen kollektiiviperusteeseen vetoamatta. Tältä pohjalta katsottiin, että käräjäoikeuden ei ollut tarpeen prosessinjohtokeinoinkaan enempää selventää, mihin yhtiö tarkoitti vedota. Kun yhtiö ei ollut saattanut todennäköiseksi, ettei se olisi voinut vedota kollektiiviperusteeseen jo käräjäoikeudessa tai että sillä olisi ollut pätevä aihe olla tekemättä niin, sillä ei ollut oikeutta vedota tähän seikkaan myöskään hovioikeudessa.

Asiassa on selvää, että mainitut taloudelliset ja tuotannolliset syyt olivat olemassa ja työnantajan tiedossa jo kun asia oli käräjäoikeusvaiheessa. Tämän takia asiassa ei ollut kyse *ei voinut* -perusteesta, vaan pätevästä aiheesta. Mitään pätevää aiheeseen liittyvää työnantaja ei tuonut esiin.

Tapauksen seikastosta tulee selvästi ilmi se, että siviiliasiassa väittämistaakan piiriin kuuluvissa oikeustositseikoissa on selvästi mukana oikeudelliset näkökohdat. Jos katsottaisiin, että oikeustositseikat olisivat pelkkiä raakoja tapausfaktoja, vastaajan asemassa olevan työnantajan olisi ehkä voitu katsoa täyttäneen vastatositseikkaa koskevan vetoamisvelvollisuutensa, kun se oli tuonut esiin asiakkaan menetyksen ja maalaamon tappiollisuuden. Jutussa oli kuitenkin kantajana olleen työntekijän kannalta olennaista, kumpaan oikeudelliseen kategoriaan – individuaalisyyhin vai kollektiiviperusteisiin – työnantaja tahtoi vetoamisensa perustaa. Tässä yhteydessä ja näissä olosuhteissa työnantajan vetoamista ei ollut perusteita yhdistää kollektiiviperusteisiin.¹⁰¹

Syyttäjältä voidaan vaatia hyviä tietoja rikos- ja rikosprosessioikeudesta.

KKO 2010:36: Jutussa oli kyse siitä, oliko metallirunkoisella tuolilla tehty pahoinpitely törkeä. Syyttäjä oli alemmissa oikeuksissa vedonnut

¹⁰¹ Ks. tapaukseen liittyvistä materiaallisen prosessinjohton kysymyksistä *Vaitoja* 2014 s. 221–222.

siihen, että tekoväline oli RL 21:6.1:n 3-kohdassa tarkoitettu hengenvaarallinen väline ja että teko oli kokonaisuudessaan törkeä. KKO:ssa syyttäjä vetosi lisäksi siihen, että teko oli asianomistajan puolustuskyvyttömyyden takia tehty myös erittäin raa'alla tai julmalla tavalla. Näihin seikkoihin vetoamisen katsottiin prekludoituneen eikä seikkoja tutkittu enää KKO:ssa.

Tapauksessa raaka ja julma tekotapa katsottiin oikeustosisaikaksi eikä oikeudelliseksi luonnehdinnaksi. Saattoi olla, että syyttäjä oli kiireessä ajatellut yhden perusteen, eli tekovälineen, riittävän viemään teon törkeäksi.

Lähtökohtana on, että asia on selvitettävä oikeudelliselta ja tosiasiapuoleltaan perusteellisesti jo ennen prosessiin ryhtymistä. Faktapohjaa koskevaa huolimattomuutta ja virheellistä juridista analyysyä ei yleensä anneta anteeksi. ”Preklusiosääntelyn painopiste on preventiossa.”¹⁰² Säännöksiä soveltamiskäytäntö näyttää korostavan ammattitaitoista ja huolellista prosessaamista. Kaikissa edellä mainituissa kolmessa jutussa asioita ajaneet ammatillaiset olivat tehneet virheellisiä ratkaisuja, joita ei annettu anteeksi.

Vaikka näissä tapauksissa ei toisenlaisiin arvioihin ollut aihetta, tilanteet voivat vaihdella. Jutut ovat erilaisia, eikä kaikkia pidä ajaa samalla tavalla. Joskus prosessiekonomisille näkökohdille voidaan antaa merkitystä, mutta prosessitaktisille syille ei.¹⁰³ Inhimillistä on, että virheitä tulee huolellisellekin eikä kaikkea voi tietää etukäteen; juttu voi elää joskus arvaamattomasti. Joskus huolimattomalta ja virheelliseltä näyttävän menettelyn syynä ovat monet tekijät; syynä voi olla osaksi myös toisen asiaosaisen ja vielä lisäksi tuomioistuimen menettely. Nämä seikat on syytä ottaa lopullisissa arvioissa huomioon.

Jos asianosainen ajaa asiaansa itse, arvion lähtökohtana ovat edelleen keskimääräisen maallikon kyvyt, mutta arviota voidaan täydentää hänen subjektiivisilla kyvyillään.¹⁰⁴

5.2 Täydentävät harkintaperusteet

Edellisessä jaksossa oli kysymys varsinaisista anteeksiantoperusteista, jotka saattoivat yksinään riittää anteeksiantoperusteeksi. Tässä jaksossa otetaan esille sellaisia seikkoja, joille on annettu merkitystä joko varsinais-

¹⁰² *Leppänen* 1998 s. 18.

¹⁰³ Ks. *Jokela* 2010 s. 341

¹⁰⁴ Ks. *Leppänen* 1998 s. 355 ss. ja *Jokela* 2015 s. 50.

ten anteeksiantoperusteiden tai muiden seikkojen ohella anteeksiantoa harkittaessa. Itse preklusiosäännöksestä OK 30:7:stä voidaan panna merkille, että anteeksiantoperusteissa ei mainita kohtuullisuutta (joka voisi viitata väärän tuomion uhkaan) eikä prosessuaalista tarkoituksenmukaisuutta (joka voisi viitata menettelyn epätarkoituksenmukaiseen paisumiseen) eikä myöskään vastapuolen suostumukseen kuten OK 6:9.2:ssa. Lainopissa näille seikoille on annettu merkitystä erityisesti alioikeusprosessissa¹⁰⁵; korkeimman oikeuden käytännössä kuitenkin vain kaksi ensiksi mainittua seikkaa ovat olleet esillä.

5.2.1 Uuden seikan tai todisteen vaikutus prosessin kulkuun

Preklusion tarkoitus keskittää prosessia ja estää tarpeeton jutun paisuminen puoltaa sitä, että huomiota kiinnitetään myös siihen vaikutukseen, joka seikkaan tai todisteeseen vetoamisella on prosessin kulkuun. On kysyttävä, hajottaako ja paisuttaako uuteen seikkaan ja todisteisiin vetoaminen prosessia kohtalokkaasti tai sietämättömästi. Muutoksenhaussa joudutaan kiinnittämään huomiota siihen, seuraako vetoamisen sallimisesta myös instanssijärjestyksen periaatteen järkkäytyminen. Lisäksi kaikissa tapauksissa on pidettävä silmällä, voidaanko prosessin toisen osapuolen puolustautumismahdollisuudet turvata.

Ratkaisussa *KKO 2015:28*, jossa varsinaisena anteeksiantoperusteena oli muuttunut säännöksen tulkinta, annettiin asiassa merkitystä sille, että oikeudenkäynti korkeimmissa oikeudessa ei sanottavasti laajentunut sen johdosta, että Lindorff Oy:n sallittiin vedota uuteen seikkaan ja sen edellyttämiin todisteisiin (perustelujen kohta 13). Uusi seikka ja todiste olivat yksinkertaisia tutkia, jopa niin yksinkertaisia, ettei juttua ollut syytä palauttaa. Tässä tapauksessa täydentävä harkintaperuste vahvensi varsinaisen anteeksiantoperusteen painoa.

Sen sijaan ratkaisussa *KKO 2005:69*, jossa anteeksiantoperusteena oli alempien oikeuksien menettelyvirhe, merkitystä ei annettu sille, että oikeudenkäynti laajeni korkeimmissa oikeudessa selvästi suullisine käsittelyineen ja lisäaineistoinen.¹⁰⁶ Samantyyppinen harkinta ilmenee ratkaisussa *2015:51*. Siinä jutun ilmeinen laajentuminen puhui anteeksiantoa vastaan, mutta lopullisessa punninnassa sen merkitys jäi vähäiseksi, kun anteeksi-

¹⁰⁵ Ks. *Leppänen 1998 s. 361 ss.* ja *Jokela 2015 s. 50 ss.*

¹⁰⁶ Ks. myös jäljempänä jaksossa 6 käsiteltävässä tapauksessa *KKO 1999:63* vähemmistön perustelut, jossa asianosaisen taitamattomasta prosessaamisesta johtunut preklusio olisi annettu anteeksi, koska keskittäminen ei olisi vaarantunut.

annon puolesta puhuivat useammat ja painavammat näkökohdat, muun muassa hovioikeuden virheellinen arviointi todistelukykyksensä. – Näiden tapausten perusteella voi siis väittää prosessin laajenemisesta johtuvalta haitalta on vähemmän painoa silloin, kun anteeksiannon varsinaisena perusteena eli punninnan toisella puolella on tuomioistuimen virhe.

5.2.2 Todisteen tai seikan merkitys jutun lopputulokselle

Jos seikka tai todiste näyttää olevan kerta kaikkiaan ratkaiseva jutun lopputuloksen kannalta, vaikuttaako tämä pätevän syyn harkintaan? Hovioikeus ja käräjäoikeuspreklusiota koskevissa lainvalmistelutöissä kysymykseen on vastattu myöntävästi.¹⁰⁷

Aiheellisesti on kuitenkin huomautettu, että tämä perusteen laava hyväksyminen voi johtaa koko preklusiosääntelyn vesittymiseen. Kirjallisuudessa onkin katsottu, että ratkaisevuus olisi yksi seikka muiden joukossa pätevän syyn olemassaoloa harkittaessa: mitä ratkaisevampi esimerkiksi todiste on, sitä enemmän vaaka kallistuu pätevän syyn puolelle.¹⁰⁸ Valehtelelevan kantajan tapauksessa KKO 1999:91 todisteen ratkaisevuus on nostettu täydentäväksi perusteluksi, mutta ratkaisu olisi ollut hyväksyttävä pelkän valehtelunkin perusteella.

Seikkapreklusiota koskevassa ratkaisussa *KKO 2006:54* seikan merkittävyydelle ei annettu merkitystä. Seikkaan vetoamattomuus oli kantajalle kohtalokasta; kantaja hävisi juttunsa tästä syystä, mutta vetoamattomuus oli alun perin kantajan nimenomainen tarkoitus ja tietoinen valinta, jonka myöhäinen katuminen ei enää sitä pelastanut. Todistepreklusiota koskevassa punnintaratkaisussa *KKO 2015:51* todisteen ilmeisen suuri merkitys painoi anteeksiannon puolesta, mutta vain yhtenä tekijänä muiden joukossa. Jäljempänä jaksossa 6 käsiteltävässä tapauksessa *KKO 1999:63*, jossa preklusiota ja sen anteeksiantoa pohtivat vähemmistö ja mietinnön jättänyt esittelijä, tämä näkökohta oli esittelijän mietinnössä esillä.

Näyttää siltä, että korkein oikeus on aiheellisesti pysynyt tässä kysymyksessä varovaisella ja pidättyvällä linjalla.

¹⁰⁷ Ks. HE 15/1990 vp s. 3 ja 126.

¹⁰⁸ Ks. *Leppänen* 1998 s. 362.

5.2.3 Vastapuolen kanta

Eräiden muiden maiden preklusiosääntelyssä annetaan merkitystä myös vastapuolen kannalle: jos vastapuoli hyväksyy vetoamisen, asiaan ei puututa. Näin asia on nykyisin säännelty meilläkin alioikeuspreklusiossa todisteiden osalta (OK 6:9.2)¹⁰⁹, mutta hovioikeus- ja korkein oikeus-preklusiossa kysymys on sääntelemättä. Pääperiaate on kuitenkin selvä: preklusiosäännöksiä sovelletaan viran puolesta. Preklusiosääntelyyn ottaminen ei vaadi vastapuolen väitettä eivätkä asianosaiset voi myöskään sopia säännöksiä soveltamatta jättämisestä. Pätevän synn arvioinnissa suostumukselle voidaan kuitenkin antaa merkitystä.¹¹⁰ KKO-preklusiosääntelyä koskevia ratkaisuja en tästä kysymyksestä ole havainnut.

Oikeudellisen elämän tilanteet vaihtelevat. Korkeimman oikeuden suullisissa käsittelyissä on eteen tullut tilanteita, joissa on ollut harkinnanvaraista, merkitseekö vetoaminen uuteen seikkaan vetoamista vai onko kysymys alkuperäisen vetoamisen täydentämisestä taikka tarkentamisesta. Jos toinen osapuoli ei asiaan puutu, vaan vastaa vetoamiseen, koko ongelma saatetaan sivuuttaa. Korkeimmissa oikeudessakin käydään mieluummin oikeutta aineellisen oikeuden kysymyksistä kuin oikeudenkäynnistä.

5.3 Pätevä aihe yleislausekkeena

Edellä olevan tarkastelun pohjalta voidaan kysyä, onko pätevä aihe -perustetta sovellettu yleislausekkeena. Jos yleislausekkeella ymmärretään sitä, että sen pohjalta voidaan ottaa huomioon monenlaisia anteeksiantoperusteita, pätevä aihe -perustetta voidaan epäilemättä sanoa yleislausekkeeksi. Perusteet, jotka ovat johtaneet preklusiosääntelyyn, ovat varsin heterogeenisiä.

Entä pohjautuvatko ratkaisut yhteen ratkaisuperusteeseen vai onko pätevän aiheen katsottu olevan käsillä vasta useiden seikkojen yhteisvaikutuksena ja vastakkaisten seikkojen punninnan pohjalta?

Käsittelyjen tapauksien pohjalta näyttää siltä, että sekä preklusiosääntelylle kalliutuvat että sen sivuuttamiseen johtaneet ratkaisut on rakennettu pääosin yhden perusteen varaan: kantajan nimenomainen väärä valinta (KKO 2003:4 ja 2006:54); syyttäjän erehdys (KKO 2010:36); tuomioistui-

¹⁰⁹ Ks. *Sippo – Välimaa* 2003, s. 233–234, jossa katsotaan, että vastapuolen myönteiselle kannalle tulisi antaa varsin painava merkitys myös seikkapreklusiossa.

¹¹⁰ Ks. *Leppänen* 1998 s. 362.

men selvä menettelyvirhe (KKO 2005:69); muuttunut prosessuaalinen asema (KKO 1999:91 ja 2002:100) sekä prejudikaatilla kokonaan muutettu oikeusohje (KKO 1996:135). Ainakaan näistä ratkaisuista ei voida havaita monien seikkojen yhteisvaikutusta eikä punnintaperusteluja. Näyttää siltä, että pätevä aihe -perustetta on sovellettu tavallisimmin joko–tai-menettelmällä: joko peruste on ollut selvästi pätevä tai se ei ole ollut lähelläkään. Tätä voidaan pitää perusteltuna, kun kyse on prosessisäännöksistä. Selvyys ja yleiskatsauksellisuus ovat usein parempia arvoja kuin hajanainen ja vaikeasti hahmotettava tapauksellinen oikeudenmukaisuus.

Tapauksessa *KKO 2015:28* on käytetty täydentävänä lisäperusteluna sitä, ettei oikeudenkäynti sanottavasti laajentunut sen johdosta, että valittajan sallittiin vedota uuteen seikkaan ja todisteeseen. Ratkaisu *2015:51* näyttää olevan aineistossa ainoa, jossa ratkaisuun on päädytty usean seikan yhteisvaikutuksen ja kokonaisharkinnan pohjalta.¹¹¹ Tuossa tapauksessa pätevä aihe -perustetta on käytetty samantyyppisesti kuin kohtuullistamislausekkeita siviilioikeudessa ja siis niiden tyyppisenä yleislausekkeena.

Näiden kahden ratkaisun pohjalta ei voida väittää, että perustelut olisivat muuttuneet joko–tai-perusteluista punnintaratkaisuihin. Oikeampaa lienee todeta, että perustelutavat ovat monipuolistuneet siten, että punnintaratkaisutkin ovat mahdollisia, vaikka tavallisempia olisivat edelleen joko–tai-perustelut.

5.4 Huolellisen prosessaamisen mittapuu

Tapauksista ei ole helppoa yleistää, millaista huolellisen prosessaamisen mittapuuta niissä on vaadittu, koska tilanteet ja asetelmat vaihtelevat. Joku-
nen havainto voidaan tehdä.

Alan ammattilaisilta, syyttäjiltä ja asianajajilta, vaaditaan ammattitaitoa. Huonoa aineellisen oikeuden tai prosessioikeuden osaamista ei anneta anteeksi, vaikka tuloksena voi olla aineellisen oikeuden kannalta väärä tuomio (KKO 2003:4, 2006:54 ja 2010:36). Helpoimmin preklusio annetaan anteeksi, jos tuomioistuin on tehnyt menettely- tai aineellisen oikeuden arvointivirheen (KKO 2005:69). Sama koskee tilanteita, joissa uusi vetoaminen perustuu seikkoihin, joihin asianosainen ei ole voinut vaikuttaa (KKO 1996:135). Myös vastapuolen odottamattomasta menettelystä johtuvaa vetoamista on ymmärretty (KKO 1999:91).

¹¹¹ Samoin jäljempänä jaksossa 6 käsiteltävässä ratkaisussa *KKO 1999:63* vähemmistön perustelut.

Vaikeimpia ovat tapaukset, joissa uusi vetoaminen johtuu siitä, että asianosainen on arvioinut menestyvänsä suppeammalla prosessiaineistolla kuin mihin hänellä olisi ollut mahdollista vedota. Näissä tilanteissa paino asetetaan niille perusteille, miksi on tyydytty suppeaan aineistoon. Jos valinnalla on myös hyväksyttävät oikeudelliset perusteet, preklusio saa väistyä (KKO 2015:28). Vaikka pelkkä prosessiekonomia ei asiaa ratkaise, juttu kokonaisuudessaan on syytä ottaa harkinnassa huomioon. Pientä asiaa voi olla perusteltua ajaa suppealla aineistolla – erään kollegani sanoin: ”Hyttystä ei tarvitse ampua tykillä.” Ja vaikka laajaa ja vaikeaa asiaa on valmisteltava ja ajettava kaikella huolella, sellainen juttu voi olla myös herkkä muuttumaan ja muutokset voivat vaatia joustavaa reagointia.

5.5 Asianajollisia ja menettelyllisiä kysymyksiä

Asianajollisesti on olennaista, että pyyntö vedota uudelta näyttävään tai uuteen oikeustositseikkaan taikka todisteeseen perustellaan. Siis silloin kun asiamies on epävarma, onko kyse uudesta seikasta tai todisteesta, on yritettävä perustella, millä juridisilla perusteilla kyse ei ole uudesta seikasta tai todisteesta. Siltä varalta, että seikka tai todiste katsottaisiin uudeksi, on taas syytä esittää konkreettisesti – eikä vain lakitekstiä jäljentäen – ne perusteet, mistä syystä seikkaan tai todisteeseen ei ole voitu vedota aikaisemmin, taikka mikä on se tässä tilanteessa käsillä oleva pätevä aihe olla aikaisemmin vetoamatta. Jos siis asiamies vetoaa esimerkiksi vain siihen, että seikkaan ei ole aikaisemmin voitu vedota perustelematta, mikä on se konkreettinen syy – esimerkiksi HO:n ratkaisun jälkeen muuttunut oikeustila – hän ottaa riskin, ettei vetoamista katsota luvalliseksi.

Silloin kun muutoksenhakija on vedonnut uuteen seikkaan tai todisteeseen siten, että asiassa joudutaan pohtimaan preklusiota tai siitä poikkeamista, herää kysymys korkeimman oikeuden prosessinjohtotoimista. Tavallista on, että muutoksenhakijat eivät perustele vetoamistaan edes abstraktisti OK 30:7:ään vetoamalla puhuttamattakaan siitä, että he toisivat esiin ne juttuun liittyvät perusteet, miksi vetominen tulisi ottaa huomioon. Jos kyse on vakavasti otettavasta preklusiokysymyksestä, jaosto ryhtyy yleensä välitoimiin: muutoksenhakijalta tai vastapuolelta pyydetään lausuma siitä, miksi seikkaan tai todisteeseen vedotaan vasta nyt ja millä konkreettisilla juttuun liittyvillä perusteilla korkeimman oikeuden tulisi ottaa vaatimus huomioon. Toiselle osapuolelle varataan luonnollisesti tilaisuus vastata ja esittää omat vaatimuksensa.

6 ERÄS TAPAUS SEIKKAPREKLUSIOSTA

Pedagogisena kertauksena seikkapreklusiosta otan esiin ratkaisun *KKO 1999:63*, jossa tulivat esiin ensin väittämistaakka ja myöhemmin eriävissä mielipiteissä preklusio ja preklusion anteeksiantoperusteet. Kyse oli hovioikeuspreklusiosta riita-asiassa. Kun riita-asiassa preklusion edellytykset hovioikeudessa ovat samat kuin korkeimmassa, ratkaisu olisi ilmeisesti ollut sama, vaikka vetoaminen suosiolahjaan olisi tehty vasta korkeimmassa oikeudessa.

Ratkaisun otsikko kuuluu näin:

KKO 1999:63: Rintaperilliset A, B ja C eivät olleet kärjäoikeudessa rintaperillistä D vastaan ajamansa lakiosan täydennyskanteen perusteeksi vedonneet perittävän tarkoitukseen suosia lahjoituksella D:tä A:n, B:n ja C:n vahingoksi. Koska A, B ja C olivat vedonneet ainoastaan lahjoituksen ennakkoperintöluonteeseen, kärjäoikeus hylkäsi kanteen. Hovioikeus katsoi, että vaikka A, B ja C eivät olleet vedonneet kanteensa tueksi perittävän suosimistarkoitukseen, kärjäoikeus olisi voinut perustaa tuomionsa siihen, että kanteessa tarkoitettu lahja oli perintökaaren 7 luvun 3 §:n 3 momentissa tarkoitettu suosiolahja. Perittävän tarkoitus hänen lahjoittaessaan omaisuuttaan ei ollut vaaditun oikeusseuraamuksen kannalta välittömästi ratkaisuun vaikuttava seikka. Vaaditun oikeusseuraamuksen kannalta on ollut välttämätöntä vedota ainoastaan kantajien oikeutta lakiosaan loukkaavaan lahjoitukseen. (Ään.)

6.1 Tapauksen ongelmat

Tapauksen kysymyksenasettelun ymmärtäminen vaatinee lyhyen selostuksen rintaperillisen lakiosasuojan perusteista. Suomen perintökaari (PK) perustuu tiukkaan lakiosasuojaan. Perittävä ei voi testamentilla eikä elinajalla luovutuksillaan loukata rintaperillisen lakiosaa. Toisin kuin esimerkiksi anglosaksisissa oikeusjärjestyksissä, meillä perittävän tahdonautonomiamia on supistettu rintaperillisten hyväksi. Ne perittävän elinajanaan tekemät disponoinnit, joita vastaan annetaan lakiosasuojaa, ovat ennakkoperintö, suosiolahja ja testamenttiin rinnastuva lahja. Nämä kolme luovutustyyppiä ovat kaikki perusteiltaan lahjoja, mutta eroavat toisistaan kahdessa suhteessa: henkilösuhteidensa ja tarkoituksensa osalta.

Tapauksessa oli kyse ennakkoperinnöstä ja suosiolahjasta; prosessuaaliseksi ongelmaksi tuli niiden erilainen tarkoitus. Ennakkoperinnöksi katsottavan lahjan tarkoitus ei ole suosia yhtä perillistä toisen kustannuksella

vaan tarkoitus on, että luovutus otetaan huomioon vastaisessa perinnönjaossa. Suosiolahjan tarkoitus on nimensä mukaisesti taas suosia saajaa toisten kustannuksella, siis siten, ettei luovutusta oteta vastaisessa jaossa tasoituseränä huomioon. Luovuttajan tarkoitus on ennakkoperinnössä olla tasa-puolinen mutta suosiolahjassa päinvastainen, siis suosia luovutuksen saajaan toisten vahingoksi. Luovuttajan tarkoitus selvitetään joko luovutuksen ehdoista tai olosuhteiden pohjalta.

Tapauksessa A, B ja C ajoivat lakiosantäydennyskannetta veljeään D:tä vastaan, koska heidän äitinsä oli lahjoittanut eräät asunto-osakkeet D:lle. Jutussa kantajat ajoivat kannetta sillä perusteella, että kyseessä oli ennakkoperintö ja vain ennakkoperintö; he olivat nimenomaisesti torjuneet vetoamasta suosiolahjaluonteeseen. Kantajien arvio näyttää osuneen tyystin harhaan. Luovutus ei voinut olla ennakkoperintö, mutta suosiolahja se oli.

Käräjäoikeus hylkäsi kanteen, koska suosiolahjaluonteeseen ei ollut vedottu. Kantajat valittivat hovioikeuteen vaatien kanteen hyväksymistä, koska kyse oli suosiolahjasta. He vaativat saada vedota luovutuksen suosimistarkoitukseen vasta hovioikeudessa, kun käräjäoikeuden pääkäsittelyssä kuullun viimeisen todistajan kertomuksesta ilmeni, että luovutus ei ollutkaan ennakkoperinnöksi katsottava. Kantajat lähtivät hovioikeudessa siitä, että suosimistarkoituksesta heillä oli väittämisen- eli vetoamistaakka, mutta vetoamisoikeus oli prekludoitunut. Tämän vuoksi he vetosivat anteeksiantoperusteeseen: heillä oli pätevä aihe vedota siihen vasta hovioikeudessa.

Hovioikeus katsoi, että väittämistaakka ei koskenut luovutuksen luonnehdintaa suosiolahjaksi. Olennainen oikeustositseikka oli osakkeiden luovutus. Suosiolahjaluonne oli oikeudellista luonnehdintaa, johon voitiin vedota vasta hovioikeudessa. Kanne hyväksyttiin. – Mietinnön jättänyt esittelijä katsoi suosimistarkoituksen kuuluvan väittämistaakan piiriin. Kun siihen vedottiin vasta hovioikeudessa, se oli prekludoitunut. Myöskään anteeksiantoperustetta ei ollut käsillä. – D:lle myönnettiin valituslupa.

6.2 Väittämistaakka

Järjestyksessä ensimmäinen prosessuaalinen ongelma korkeimmassa oikeudessa koski *väittämistaakkaa*, siis sitä, tuliko kantajien vedota myös luovutuksen tarkoitukseen suosiolahjana. Käräjäoikeus oli väittämistaakan kannalla, hovioikeus ei. Korkeimman oikeuden enemmistö asettui hovioikeuden kannalle. Väittämistaakka koski vain sitä, että perittävä oli tehnyt

kantajien lakiosaa loukkaavan luovutuksen. Väittämistaakan piiriin ei kuulunut luovuttajan suosimistarkoitus. Suosimistarkoitus ei enemmistön mielestä ollut vaaditun oikeusseuraamuksen kannalta välittömästi relevantti.

Vähemmistö sekä esittelijä olivat eri mieltä tässä kysymyksessä. He katsoivat, että suosimistarkoitus oli väittämistaakan piirissä. Kantajat olivat määräämisvaltansa mukaisesti valinneet vedotaennakkoperintöluonteeseen. Luovutuksen tarkoitus oli oikeudellisesti merkityksellinen ja siihen oli vedottava nimenomaisesti, jotta se voisi olla tuomion perusteena.

6.3 Preklusio

Kun enemmistö ratkaisi asian jo väittämistaakan perusteella, sen ei tarvinnut ottaa kantaa järjestyksessä seuraavaan ongelmaan eli *preklusioon*. Tältä osin esittelijä ja vähemmistö jatkoivat työtään. Kun hovioikeuspreklusiota koskeva kysymys ratkesi saman kysymyksen perusteella kuin väittämistaakan – kyse on lakiosan täydennyksen tuomitsemisen kannalta välittömästä seikasta, oikeustositseikasta – ja kun kyse oli riita-asiasta, suosimistarkoitukseen vetoaminen oli prekludoitunut vasta hovioikeudessa vedottuna.

Tämän jälkeen kysymys oli siitä, oliko kantajilla ollut tuolloisen OK 25:14.2:n mukaisesti (nykyisen OK 25:17.1) pätevä aihe olla vetoamatta suosimistarkoitukseen kärjäoikeudessa. Vähemmistö kiinnitti huomiota siihen, että kanne ratkaistiin perittävän subjektiivisen tahdon mukaan: oliko hänen tarkoituksensa ollut suosia vai ei. Kummassakin tapauksessa seuraamuksena on lakiosan täydennyksen tuomitseminen. Näin ollen preklusion tarkoituksena oleva oikeudenkäynnin keskittäminen ei vaarantunut, vaikka kantajat vetosivat suosimiseen vasta hovioikeudessa. Lisäksi vähemmistö viittasi siihen, että lainkäytön keskeinen tavoite on aineellisoikeudellisesti oikean ratkaisun tekeminen. Vähemmistö katsoi, että anteeksiantoperuste oli käsillä.

Esittelijä päätyi mietinnössään siihen, ettei anteeksiantoperuste ollut käsillä. Vähemmistön viimeinen argumentti – oikean tuomion tavoite – oli esittelijän mukaan seikka, joka voitiin ottaa harkinnassa huomioon, mutta sen ei yksin pitänyt asiaa ratkaista, koska se vesittäisi koko preklusiosääntelyn tarkoituksen. Tässä tapauksessa esittelijän kannassa oikeaa lopputulosta enemmän painoi se, että kysymys luovutuksen suosimistarkoituksesta oli ollut kärjäoikeuden valmistelussa nimenomaisesti esillä. Kantajien lainoppinut asiamies oli kuitenkin nimenomaisesti lausunut, ettei siihen

vedota. Se, että asiassa päädyttiin väärään tuomioon, oli näin ollen seurausta kantajapuolen omasta valinnasta.

6.4 Mietteitä

Tapauksessa on esillä tiivistetysti prosessisääntöjen kohtalonomainen merkitys ja vaikutus: miten säännöksiä sovelletaan ja tulkitaan, kun ensi näkemältä ne näyttävät vievän vääjäämättä väärään tuomioon.

Väittämistaakkakysymys koskee sitä, vaaditaanko lakiosan täydennyksen tuomitsemiseen se, että kantajien oli vedottava luovutuksen suosimistarkoitukseen vai riittikö, että on vedottu pelkästään lakiosaa loukkaavaan luovutukseen. Jos kysymys esitetään siinä muodossa, että onko vedottava ”suosiolahjaan”, voi helposti väittää, että kyse on oikeudellisesta luonnehdinnasta. Mutta jos kysyy, onko vedottava perittävän tahdontilaan, siis suosimistarkoitukseen, voinee yhtä helposti väittää, että tämä tahdontila on seikka, johon on vedottava.¹¹² Ymmärrän tätä jälkimmäistä vaihtoehtoa paremmin kuin edellistä. PK 7 luvun eli materiaalisen oikeuden näkökulmasta perittävän tarkoitus on keskeinen seikka arvioitaessa, voidaanko rintaperillisille antaa lakiosasuojaa perittävän elinaikaisia luovutuksia vastaan. Vertailukohtia saadaan muiltakin oikeudenoilta. Esimerkiksi rikosasiassa syyte on torso, jossa siinä on pelkkä tapahtumainkuvaus ilman väitettä vastaajan tahdontilasta.

Preklusiota koskevan kysymyksen ongelmana on anteeksiantoperusteen olemassaolo. Tässä tapauksessa kysymykseen saattoi tulla vain pätevä aihe -peruste. Vähemmistö haki tälle termille sisältöä preklusion tarkoituksesta, asian käsittelyn keskittämisestä. Vähemmistö katsoi, ettei keskitämistavoite vaarantunut. Perusteluja voitaneen lukea siitä näkökulmasta, että suosiolahja on ennakkoperinnön kääntöpuoli. Kun kyse ei ollut ennakkoperinnöstä, siitä tässä tapauksessa seurasi automaattisesti, että kyse oli suosiolahjasta. Vähemmistön perustelu viittaa lähinnä tarkoituksenmukaisuuteen ja prosessiekonomiseen näkökulmaan: prosessi pysyi samana. Tätä täydensi kohtuullisuusperusteeseen viittaava materiaalisesti väärän tuomion välttämistavoite. – Nämä perustelut ovat sinänsä järkeenkäyviä, mutta lain sanamuodon pohjalta niitä voidaan arvostella.

Myös esittelijää materiaalisesti väärän tuomion antaminen ilmeisesti askarrutti. Kun tätä kysymystä oli lainvalmistelussa pohdittu, eikä sille annettu sijaa anteeksiantoperusteena kuin eräänä tekijänä muiden joukos-

¹¹² Ks. Virolainen LM 2000 s. 1167–1168.

sa,¹¹³ tämä näkökohta jäi tärkeämmän näkökohdan alle. Se oli kantajapuolen tarkoituksellista toimintaa. He olivat valinneet sen, mille korteilla he pelasivat. Seitsemän vuotta myöhäisemmässä tapauksessa *KKO 2006:54* tälle annettiin ratkaiseva merkitys. – Ymmärrän esittelijänkin kantaa hyvin, varsinkin sellaisessa tapauksessa, jossa kantajien asiamiehen vastuuvakuutus on kunnossa. Perimmäinen virhe koko jutussa oli taitamaton, jutun juridiikkaa huonosti osaava asianajo.

Säännöksien tulkintamenetelmien kannalta voi tehdä sen havainnon, että enemmistö tulkitse oikeustositseikan käsitettä melko käsiteläinopillises-ti¹¹⁴, kysymystä lähemmin erittelemättä ja materiaalitamatta kallistuen oikeustositseikan suppeaan tulkintaan. Vähemmistö ja esittelijä olivat tältä osin ahkerampia. Vähemmistön tulkinta anteeksiantoperusteiden osalta oli funktionaalista ja hyvin ymmärtävää sekä perustelut monipuolisia.

7 LOPPUARVIOINTIA

Vaikuttaa siltä, että sekä asianajat että tuomarit vierastavat edelleen jo 20 vuotta kaikissa oikeusasteissa voimassa ollutta preklusiota. Asianajajia arveluttaa preklusion ansamaisuus ja tuomarit karttavat mielellään tekemästä preklusiosta johtuvaa aineellisesti väärää tuomiota.¹¹⁵ Tuoreessa oikeuskirjallisuudessa kannat ovat edelleen ristiriitaisia. *Vaitoja* on väitöskirjassaan katsonut preklusion tarpeettomaksi; hän väittää, että ilman sitä tultaisiin toimeen.¹¹⁶ *Saranpää* on puolestaan katsonut, että uusi lakimiespolvi voisi olla kypsä soveltamaan tiukempaakin preklusiota, jossa myös todistusteemat prekludoituisivat.¹¹⁷ Omat kokemukseni sekä asianajan alalta että tuomarinpöydän takaa puoltavat preklusiota ja mieluummin sen tiukentamista kuin siitä luopumista. Olennainen ongelma suomalaisessa oikeudenkäynnissä on huono juridinen osaaminen. Aineellista ja menetelyllistä oikeutta osataan huonosti. Välillä näyttää siltä, että juttuja ei osata eikä aina edes välitetä ajaa eikä ratkaista juridiikka edellä.¹¹⁸ Poikkeukset ilahduttavat aina. Vain hyvä koulutus voi parantaa osaamista pysy-

¹¹³ Ks. HE 15/1990 vp, s. 126; anteeksiantoperustetta koskeva viittaus koskee todistepreklusiota.

¹¹⁴ Ks. *Virolainen* LM 2000 s. 1166.

¹¹⁵ Ks. esim. *Virolainen* 1999 s. 137 ss. ja *Sippo – Välimaa* 2003 s. 226 ss.

¹¹⁶ Ks. *Vaitoja* 2014, 489

¹¹⁷ Ks. *Saranpää* DL 2014 s. 719; ks. myös *Huovila* 2015 s. 324.

¹¹⁸ Ks. esitelämäni ”Miten siviilijuttua pitäisi ajaa KKO:ssa ja sitä ennen”, Korkeimman oikeuden asianajajapäivänä 9.11.2012, saatavilla <http://www.kko.fi>.

vämmin, mutta koulutuksen pitää olla jatkuvaa.¹¹⁹ Mutta preluusiotakin tarvitaan. Se on juridiikan elinikäisessä opettelussa tarpeellinen keppi, ”lukkarin meriruokoinen jykevä sauva”.

¹¹⁹ Ks. *Huovila* 2015 s. 339–340.

LÄHTEET

- Boman, Robert*: Om åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål. Stockholm: P.A. Norstedt & Söners Förlag 1964.
- Ekelöf, Per Olof – Boman, Robert*: Rättegång II. Åttonde upplagan. Norstedts 1996.
- Ekelöf, Per Olof – Edelstam, Henrik – Pauli, Mikael*: Rättegång V. Åttonde upplagan. Stockholm: Norstedts 2011.
- Ellilä, Tauno*: Hovioikeusmenettely ja oikeudenkäynnin uudistus. Helsinki: SLY 1971.
- Ellilä, Tauno*: Korkein oikeus muutoksenhakuasteena. Nykytilasta lainuudistuksiin. Helsinki: SLY 1973.
- Frände, Dan*: Finsk straffprocessrätt. Helsinki: Edita 2009.
- Helin, Markku*: Lainoppi ja metafysiikka. Helsinki: SLY 1988.
- Helin, Markku*: Institutionaaliset tosiasiat. Teoksessa *Encyclopædia iuridica fennica VII. Oikeuden yleistieteet*. Helsinki: SLY 1999.
- Huovila, Mika*: Ajatuksia prosessioikeuden ajallisuudesta – Miksi jotkut prosessinormit juurtuvat hitaasti lainkäyttöön? Teoksessa *Petteri Korhonen – Timo Saranpää (toim.), Isännän ääni – Juhlakirja Erkki Kustaa Rintala 1935–31/5–2015*. Helsinki: Talentum Pro 2015 s. 323–341.
- Hupli, Tuomas*: Konkurssitakaisinsaanti oikeudenkäyntinä. Helsinki: WSOYpro 2006.
- Jokela, Antti*: Hovioikeusmenettely. 2. uudistettu painos. Helsinki: Talentum 2010.
- Jokela, Antti*: Pääkäsitely, todistelu ja tuomio. Oikeudenkäynti III. Helsinki: Talentum 2015.
- Jokela, Marjut – Kartio, Leena – Ojanen, Ilmari*: Maakaari, 5. uudistettu painos. Helsinki: Talentum 2010.
- Kaisto, Janne*: Kanne, vaatimistaakka ja aineellinen varallisuus oikeus. *Business Law Forum* 2010, s. 145–224.
- Kaisto, Janne – Lohi, Tapani*: Johdatus varallisuus oikeuteen, 2. uudistettu painos. Helsinki: Talentum 2013.
- Koskelo, Pauliine*: Tuomarin ja asianajajan tehtävät ja vastuu EY-oikeuden huomioon ottamisessa kansallisessa lainkäytössä. Teoksessa *Heidi Kaila – Elina Pirjatanniemi – Markku Suksi (toim. / red.), Yksilön oikeusasema Euroopan unionissa. Juhlakirja Allan Rosas. Individens rättsställning inom Europeiska unionen. Festskrift Allan Rosas. Institutet för mänskliga rättigheter vid Åbo Akademi*: Turku, Åbo 2008 s. 623–635.
- Koulu, Risto*: KKO 2015:51 – Todistelu patenttiriidassa. Teoksessa *Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein I 2015* s. 456–458.
- Lappalainen, Juha*: Siviiliprosessioikeus I. Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus 1995.
- Lappalainen, Juha*: Siviiliprosessioikeus II. Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus 2001.
- Lappalainen, Juha*: Rikoksen rakenne prosessioikeuden näkökulmasta. Teoksessa *Prosessioikeudellisia erityiskysymyksiä. Juhlajulkaisu Antti Jokela 60 vuotta*. Turku: Turun yliopisto 2004 s. 147–167.
- Lappalainen, Juha*: Asianosaiset siviiliprosessissa. Teoksessa *Frände, Dan & al.: Prosessioikeus, 4. uudistettu painos*. Helsinki: WSOYPro 2012 s. 401–415 (Lappalainen Asianosaiset 2012).

- Lappalainen, Juha:* Kanne ja vastine siviiliprosessissa. Teoksessa Frände, Dan & al.: Prosessioikeus, 4. uudistettu painos. Helsinki: WSOYPro 2012 s. 497–532 (Lappalainen Kanne 2012).
- Lappalainen, Juha:* Siviilijutun käsittely. Teoksessa Frände, Dan & al.: Prosessioikeus, 4. uudistettu painos. Helsinki: WSOYPro 2012 s. 963–1034 (Lappalainen Käsittely 2012).
- Lappalainen, Juha:* Tuomioistuinten toimivalta siviiliasioissa. Teoksessa Frände, Dan & al.: Prosessioikeus, 4. uudistettu painos. Helsinki: WSOYPro 2012 s. 293–386 (Lappalainen Toimivalta 2012).
- Lappalainen, Juha:* Yleistä todistelusta. Teoksessa Frände, Dan & al.: Prosessioikeus, 4. uudistettu painos. Helsinki: WSOYPro 2012 s. 587–620 (Lappalainen Todistelusta 2012).
- Leppänen, Tatu:* Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta. Helsinki: SLY 1998.
- Lindell, Bengt:* Processuel preklusion. Stockholm: Norstedts 1993.
- Lindell, Bengt:* Civilprocessen – rättegång samt skiljeförfarandet och medling. Tredje upplagan. Uppsala: Iustus förlag 2012.
- Linna, Tuula:* Prosessioikeuden oppikirja. Helsinki: Talentum 2012.
- Linna, Tuula:* Kanteenmuutoskielto, preklusio ja oikeusvoima – prosessioikeuden klassikoita. LM 2015 s. 339–366.
- Miettinen, Martti:* Prejudikaattidispenssistä valituslupaan. Teoksessa Korkein oikeus 60 vuotta – Högsta domstolen 60 år. Helsinki 1979 s. 134–155.
- Modeen, Viking:* Muutoksenhakuoikeus korkeimpaan oikeuteen. Teoksessa Korkein oikeus 60 vuotta – Högsta domstolen 60 år. Helsinki 1979 s. 55–71.
- Männistö, Jarkko:* Siviiliprosessuaalisen oikeusvoimaopin muutoksesta, sen perusteista ja vaikutuksista. LM 2004 s. 37–48.
- Männistö, Jarkko:* Theory of Preclusion. Helsinki: Ajatuspaja Käräjä Oy 2013.
- Rautio, Jaakko:* KKO 2006:54 – Hovioikeuspreklusio. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein I 2006 s. 385–387 (KKO 2006).
- Rautio, Jaakko:* Hyötykonfiskaatiokanne. Helsinki: WSOYpro (2006)
- Rautio, Jaakko:* Ylimääräinen muutoksenhaku. Teoksessa Frände, Dan & al.: Prosessioikeus, 4. uudistettu painos. Helsinki: WSOYPro 2012 s. 1193–1242.
- Salervo, Paavo:* Muutoksenhakumenettelystä korkeimmassa oikeudessa vuoden 1979 lainmuutoksen mukaan. Teoksessa Korkein oikeus 60 vuotta – Högsta domstolen 60 år. Helsinki 1979.
- Saranpää, Timo:* Teemapreklusiosta dispositiivisessa riita-asiassa. DL 2014, s. 699–720.
- Savola, Pekka:* Hylätään selvästi perusteettomana – Tuomioistuimen tutkimisvallasta erityisesti kuluttaja-asioissa. LM 2016 s. 53–76.
- Sippo, Jukka – Välimaa, Asko:* Siviiliprosessin muutetut säännökset. Helsinki: Talentum 2003.
- Tapanila, Antti:* Tuomarin esteellisyys. Helsinki: SLY 2007.
- Tirkkonen, Tauno:* Suomen siviiliprosessioikeus II. Toinen uudistettu painos, toim. Jouko Halila. Porvoo 1977.

Vaitoja, Jari: Väittämistaakka, tuomarin kyselyvelvollisuus ja pakottavaan yksityisoikeudelliseen sääntelyyn perustuvien vaatimuksien tutkiminen siviiliprosessissa. Helsinki: SLY 2014.

Virolainen, Jyrki: Lainkäyttö. Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus Oy 1995.

Virolainen, Jyrki: Uusi alioikeusprosessi riita-asioissa – ongelmakohtia käytännön valossa. DL 1995 s. 329–378.

Virolainen, Jyrki: Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta Leppänen, Tatu, Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta. LM 1999 s. 115–141.

Virolainen, Jyrki: Väittämistaakasta vieläkin vähäsen. LM 2000 s. 1155–1169.

Virolainen, Jyrki – Pölonen, Pasi: Rikosprosessin perusteet. Rikosprosessioikeus I. Helsinki: WSOY 2003.

Welamsson, Lars – Munck, Johan: Processen i hovrätt och högsta domstolen. Rättegång VI. Fjärde upplagan. Stockholm: Norstedts 2011.

Wrede, R. A.: Finlands gällande civilprocessrätt. Andra bandet, fjärde upplaga, red. av O.Hj. Granfelt. Tammerfors 1943.

Lainvalmistelutyöt

HE 112/1953 vp muutoksenhakua korkeimmassa oikeudessa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

HE 3/1954 vp muutoksenhakua korkeimmassa oikeudessa koskevan lainsäädännön uudistamisesta.

HE 106/1978 vp muutoksenhakua korkeimpaan oikeuteen koskevien säännösten uudistamisesta.

HE 15/1990 vp riita-asiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 32/2001 vp oikeudenkäymiskaaren ja eräiden muiden lakien riita-asiain valmistelua, pääkäsitellyä sekä hakemusasioiden käsittelyä koskevien säännösten muuttamisesta.

HE 137/2015 vp ulosottokaaren ja velan vanhentumisesta annetun lain 11 §:n muuttamisesta.

LaVM 3/2016 vp ulosottokaaren ja velan vanhentumisesta annetun lain 11 §:n muuttamisesta.

LYHENTEET

HTL laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta 361/1983

HoTL laki holhoustoimesta 442/1999

IL isyyslaki 11/2015

PK perintökaari 40/1965

TKSL tiekuljetussopimuslaki 345/1979

TakSL laki takaisinsaannista konkurssipesään 58/1991

TSL työsopimuslaki 55/2001

VanhL laki velan vanhentumista 728/2003

OIKEUSTAPAUKSET

KKO 1952 I 14
KKO 1995:215
KKO 1996:135
KKO 1999:63
KKO 1999:91
KKO 2001:77
KKO 2001:136
KKO 2002:100
KKO 2003:4
KKO 2003:55
KKO 2004:11
KKO 2005:69
KKO 2006:54
KKO 2009:89
KKO 2010:36
KKO 19.10.2012 (R2011/812)
KKO 2012:109
KKO 2013:23
KKO 2014:6
KKO 2015:28
KKO 2015:51
KKO 2015:60
KKO 2015:64 (S2013/569)
KKO 2015:80
KKO 2016:33 (S2015/289)
KKO 2016:34

ABOUT PRECLUSION IN THE SUPREME COURT OF FINLAND

This article is concerned with preclusion within a trial in contrast to preclusion between legal proceedings. Rules on preclusion before the Supreme Court can be found in Code of Judicial Procedure section 30 paragraph 7. According to this section the main rule on preclusion is as follows: a party may not introduce new facts or evidence on the case in proceedings before the Supreme Court. An exemption to this rule are acceptable excuses.

The article aims to examine the scope of application of preclusion and acceptable excuses in particular via case law by the Supreme Court with special emphasis on the Courts proceedings. The article is divided into seven sections. The main focus will be placed on scope of application of preclusion in section 3, 4 and 5, which are concerned with specifying, categorising and analysing acceptable excuses. Prior to this, it is necessary to examine briefly the function/purpose of preclusion and its connection to other legal concepts close to it (section 1) and general questions on interpretation of preclusion regulation (section 2). The article seeks to summarise the main rules in section 6 and final analysis (section 7).

Preclusion is applied in the Supreme Court in all cases which require leave to appeal. Though preclusion applies to both civil and criminal cases, the principle of judicial investigation provides that in criminal proceedings the scope of preclusion is narrow on the defendant of a criminal case. Preclusion does not apply in matters which the Court of Appeal deals with as a first instance. Further, in relation to extraordinary rights of appeal, specific preclusion reagination may apply in addition to Code of Judicial Procedure section 30 paragraph 7.

Preclusion applies on facts which are facts in law. In practice applying preclusion is limited mostly by the fact that it is not applied to judicial definition or facts which are evidentiary facts. Preclusion on evidence only applies to means of evidence and not the themes of evidence.

Acceptable excuses on preclusion can be present, should a party give probable reasons that he was not able to introduce fact or evidence previously or that the party had a justified reason for the omission. The following matters will be examined in detail as acceptable excuses on preclusion: change of the judicial situation during a trial, change of procedural status by a party, procedural fault by tribunal and an error by a party. The influence of fact and evidence on the functions of judicial procedure as well as on the outcome of a case and the opinion of the

opposing party on whether they approve the introduced fact or evidence will be examined as supplemental grounds on discretion. In assessing the acceptability of excuses it is essential to evaluate whether the party seeking acceptance has complied with the proceedings in a flawless and thorough manner.

In its previous case law the Supreme Court has mostly decided the issue of acceptable excuse by focusing on only one ground. However, in the recent cases grounds have become more diverse in a way that reasons for decision have also been given by considering several contradicting grounds.

Kirjoittajat

Laura Kirvesniemi

OTM, ylitarkastaja, Etelä-Suomen aluehallintovirasto

Samuli Kulmala

OTM, käräjänotaari, Kanta-Hämeen kärjäoikeus

Marja Luukkonen

OTM, KTK, velvoiteoikeuden tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto

Tuukka Vähätalo

OTM, VT, lainsäädäntösihteeri, oikeusministeriö

Pertti Välimäki

OTT, siviilioikeuden dosentti, oikeusneuvos, korkein oikeus

