

OIKEUSTIEDE

JURISPRUDENTIA

XLVII

2014

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN VUOSIKIRJA

Toimitusneuvosto

Jaana Norio-Timonen, puheenjohtaja
Tuula Linna
Tapio Määttä
Seppo Villa

Toimittaja

Tapani Lohi

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
p. 09 6120 300
www.lakimiesyhdistys.fi
toimisto@lakimiesyhdistys.fi

© 2014 kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys
ISSN-L 0355-8215
ISSN 0355-8215
ISBN 978-951-855-340-6
Oy Nord Print Ab, Helsinki 2014

Sisällys

<i>Markku Järvenoja</i>	Vastike yritysjärjestelyissä. Jatkuva haaste direktiivin, yhtiö- ja vero-oikeuden sääntelyiden yhteensovittamisessa.....	5
<i>Antti Kolehmainen</i>	Syntynyt tai siitetty. Keinohedelmöitetyn lapsen oikeudesta perintöön.....	61
<i>Juhana Riekkinen</i>	Todisteiden hyödyntämiskiellot rikosprosessissa. Teoreettinen perusta ja oikeustila Suomessa.....	119
<i>Pekka Savola</i>	Valtakamppailu lainvalmistelussa: internet-operaattorit tekijänoikeuden täytäntöönpanijoina.....	203
<i>Toni Selkälä</i>	But in this Twilight our Choices Seal our Fate: The Interplay of Autonomy and Dignity in Defining International Legal Response to the Beginning of Human Life	249
<i>Veli-Markus Tapio</i>	Tekijänoikeuslain 57 §:n korvausjärjestelmä musiikin internetpiratismiin torjuntakeinona	335
Kirjoittajat		414

Markku Järvenoja

VASTIKE YRITYSJÄRJESTELYISSÄ

Jatkuva haaste direktiivin, yhtiö-
ja vero-oikeuden sääntelyiden
yhteensovittamisessa

Sisällys

1	JOHDANTO	9
2	YRITYSJÄRJESTELYDIREKTIIVIN IMPLEMENTOINTI.....	12
3	OSAKEVASTIKKEEN ANTAMINEN SUHTEELLISUUSPERIAATTEELLA.....	13
3.1	EVL:n säännöksissä määritelty suhteellisuusperiaate	14
3.1.1	Suhteellisuusperiaatteen sallittavuus	14
3.1.2	Suhteellisuusperiaatteen tulkintaongelmia.....	18
3.1.3	Suhteellisuusperiaatteen aiheuttamia käytännön ongelmia..	22
4	YHTIÖOIKEUDEN ASETTAMAT RAJOITTEET OSAKEVASTIKKEEN ANTAMISELLE	25
5	OIKEUSKÄYTÄNNÖN TULKINTOJEN ”EPÄTASAPAINO” ERI YRITYSJÄRJESTELYMUODOISSA.....	31
5.1	Yleistä	31
5.2	Vastikkeettomuus jakautumisessa	32
6	OSAKEVASTIKKEEN EDUSTETTAVA YHTIÖPÄÄOMAA.....	37
6.1	Osakkeen tuottamat oikeudet	38
6.1.1	Oikeuksien jaottelu	38
6.1.2	Varallisuus-oikeudet.....	38
6.1.2.1	EVL:n jatkuvuusperiaatteen merkitys.....	38
6.1.2.2	Vastikeosakkeilla ei varallisuus- tai äänioikeuksia, KHO 2009:98.....	40
6.1.2.3	Vastikeosakkeilla ei varallisuus-oikeuksia, mutta rajoitettu äänioikeus, KHO 1.12.2009 T 3451	43
6.1.2.4	Oikeuskäytännön arviointia	45
6.1.3	Hallinnointioikeudet	46
7	RAHAVASTIKE JA SEN OSAKEVASTIKEKYTKENNÄN ONGELMAKOHTIA.....	47
7.1	Rahavastikkeen määrän laskeminen.....	47
7.2	Onko rahavastike kohdistettava osakaskohtaisesti?	48
7.3	Sulautumista tai jakautumista vastustavan osakkeiden lunastaminen	51

8 LOPUKSI.....	54
LÄHTEET.....	56
LYHENTEET.....	57
OIKEUSTAPAUKSET.....	57
CONSIDERATION IN CORPORATE REORGANIZATIONS. AN ETERNAL CHALLENGE FOR COORDINATION OF DIRECTIVE, CORPORATE LAW AND TAX LAW.....	58

Vastike yritysjärjestelyissä

Jatkuva haaste direktiivin, yhtiö- ja vero-oikeuden sääntelyiden yhteensovittamisessa

1 JOHDANTO

Vero-oikeudessa säännökset eivät käske, kehota tai kiellä verovelvollista tekemään jotakin tai jättämään tekemättä. Vero-oikeudelliselta sääntelyltä puuttuu siten välitön sääntelyvoima.¹ Tästä huolimatta arkikielellä usein puhutaan, että esimerkiksi veron kiertämissäännös kieltäisi tekemästä jotakin. Vero-oikeudellinen sääntelyn sääntelyvoiman puute nousee mielenkiintoisella tavalla esiin elinkeinotulon verottamisesta annetussa laissa (24.6.1968/360, EVL) säänneltyjen yritysjärjestelysäännösten soveltamisessa ja tulkinnassa. Nämä säännökset perustuvat EU:n yritysjärjestelydirektiiviin (2009/133/EY)², ja ne on Suomessa implementoitu verolainsäädäntöön vuoden 1996 alusta. Yritysjärjestelydirektiivissä säännellään sulautumisen, jakautumisen, osittaisjakautumisen, liiketoimintasiirron, osakevaihdon ja eurooppayhteisöjen sääntömääräisen kotipaikan siirron verokohtelia rajat ylittävissä tilanteissa. Direktiivin sääntely perustuu veroneutraalisuuteen. Sääntelyssä edellytetyllä tavalla toteutetussa yritysjärjestelyssä sekä siirrettävien varojen arvonnousun että osakkeenomistajien omistamien osakkeiden arvonnousun verotus lykkääntyy siihen hetkeen, jolloin siirtyneet varat tai vastikkeena saadut osakkeet luovutetaan. Järjestelyn osapuolina olevien yhtiöiden ja niiden osakkeenomistajien verotuksissa noudatetaan jatkuvuusperiaatetta, jolloin verotukselliset arvot siirtyvät vastaanottavalle yhtiölle tai vastikkeena saaduille osakkeille. Vaikka sääntelyn perustana on verotukseen lykkääntyminen eli järjestely ei aiheuta tuloveroseuraamuksia toteuttamishetkellä, aiheuttaa sääntely kuitenkin käytännössä runsaasti

¹ Ks. *Knuutinen* 2009, s. 62–64 ja *Järvenoja* 2013, s. 29–30.

² Neuvoston direktiivi 2009/133/EY, annettu 19 päivänä lokakuuta 2009, eri jäsenvaltioissa olevia yhtiöitä koskeviin sulautumisiin, jakautumisiin, osittaisjakautumisiin, varojensiirtoihin ja osakkeiden vaihtoihin sekä eurooppayhtiön (SE) tai eurooppaosuuskunnan (SCE) sääntömääräisen kotipaikan siirtoon jäsenvaltioiden välillä sovellettavasta yhteisestä verojärjestelmästä.

vaikeita vero-oikeudellisia soveltamis- ja tulkintaongelmia. Direktiivin sääntely ei siis perustu lopullisen verovapauden myöntämiseen. Samalla on pyritty turvaamaan jäsenvaltioiden oikeus arvonnousun verottamiseen siirtyneiden varojen tai vastikkeena saatujen osakkeiden luovutuksissa.

Tämän artikkelin keskeinen kysymys liittyy ns. suhteellisuusperiaatteen noudattamisvaatimukseen vastikkeen antamisessa sulautumisessa ja jakautumisessa. Suhteellisuusperiaatteen mukaan vastikeosakkeita on annettava sulautuvan tai jakautuvan osakeyhtiön osakkeenomistajille siinä suhteessa kuin he omistivat näiden yhtiöiden osakkeita. Periaatteen tiukka soveltaminen voi aiheuttaa hankalia tulkintatilanteita tai tarpeettomia epäjatkuvuuksia. Tämä voi merkitä, että liiketoiminnallisesti ja -taloudellisesti järkevää yritysjärjestelytoimenpidettä ei voida suunnittelussa mallissa toteuttaa. Suunnitellun tavoitteen saavuttaminen edellyttää silloin mahdollisesti monimutkaisempien rakenteiden käyttämistä. Periaatteen soveltaminen voi pahimmillaan estää kokonaan suunnitellun rakennemuutoksen toteuttamisen. Periaatteen tiukka soveltaminen voi myös estää yhtiöoikeudellisen sääntelyn tuomien joustojen hyödyntämisen ja vaativan jäykempien toimintamallien käyttämistä.

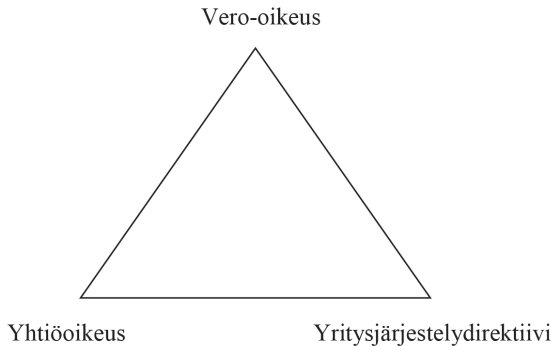
Tässä tutkimuksessa selvitetään ensinnäkin EVL:ssä säännellyn suhteellisuusperiaatteen direktiivin mukaisuutta sekä sen aiheuttamia erilaisia tulkintaongelmia. Artikkelin kannalta keskeiset direktiiviin perustuvat yritysjärjestelymuodot ovat sulautuminen, kokonaisjakautuminen ja osittaisjakautuminen. Tulkintaongelmista käsitellään laajalti erilaisia sulautumisen ja jakautumisen tyyppitilanteita, joihin oikeuskäytännössä on otettu kantaa ja jotka voivat aiheuttaa tulkinnallista ”epätasapainoa” näiden kahden yritysjärjestelymuodon kesken. Esille nousevat myös vastikeosakkeiden erilaisiin osakeoikeuksiin sekä osake- ja rahavastikkeen kytkentöihin liittyvät tulkintakysymykset. Keskeisesti näissä tulkintaongelmissa on kysymys suhteellisuusperiaatteen vaikutuksesta direktiivissä säädettyyn verotuksen lykkääntymisen periaatteeseen: milloin suhteellisuusperiaatteen tiukka noudattaminen voi vaarantaa tai estää verotuksen lykkääntymisvaihtokutsun toteutumisen.

EVL:n säännökset on kirjoitettu koskemaan osakeyhtiöitä, mutta EVL 52.1 §:ssä sääntely on laajennettu koskemaan muitakin TVL 3 §:ssä tarkoitettuja yhteisöjä ja kotimaisia elinkeinoyhtymiä. Tässä kirjoituksessa sääntelyä tarkastellaan osakeyhtiöiden näkökulmasta, koska käytännössä suurin osa järjestelyyn osallistuvista yhteisöistä on osakeyhtiöitä.³ Mainittujen kolmen yritysjärjestelymuodon osalta verotus kytkeytyy myös osakeyhtiölainsäädäntöön, koska niiden toteuttamisesta säädetään OYL 16

³ Ks. laajemmin vero- ja yhtiöoikeuden suhteesta *Järvenoja* 2013, s. 106–193.

ja 17 luvuissa. Yhtiöoikeudellinen sääntely kytkee yhtiöoikeuden mukaan yritysjärjestelyjä koskevaan ”Bermudan kolmioon”, jossa kolmion eri kulmina ovat yhtiöoikeus, vero-oikeus ja yritysjärjestelydirektiivi. Tätä asetelmaa voidaan kuvata seuraavalla kolmiolla:

Kuvio 1. Vero-oikeuden, yhtiöoikeuden ja yritysjärjestelydirektiivin triaalistinen suhde.



Kuvio ei ole rakenteeltaan täysin samanlainen kuin yleensä esitetty kolmio, jossa yritysjärjestelydirektiivin paikalla on joko talous tai kirjanpito. Kolmiossa eri kolmion nurkilla on tiivis keskinäinen yhteys toisiinsa sitä kautta, että verotuksen perusteena ovat taloudelliset tapahtumat tai olosuhteet ja näitä taloudellisia tapahtumia hyvin usein säännellään joko yksityis- tai yhtiöoikeudessa. Näin taloudelliset tapahtumat siivilöityvät vero-oikeudelliseen kontekstiin yksityisoikeudellisen lainsäädännön kautta. Edellä esitetyssä kolmiossa eri nurkkien yhteys toisiinsa on selkeästi toisenlainen, koska yritysjärjestelydirektiivi ei suoraan vaikuta yhtiöoikeudelliseen tulkintaan tai soveltamiseen, vaan sen vaikutus on reaali maailmassa. Direktiivin sääntely ja sen säännösten implementointi suomalaisen verolainsäädäntöön aiheuttavat sen, että käytännössä usein valitaan toimintavaihtoehdoista tai niiden variaatioista se, joka täyttää vero-oikeudellisen sääntelyn vaatimukset. Vero-oikeus ja yritysjärjestelydirektiivi ovat samalla puolella kolmiota: direktiivin sääntely on implementoitava kansalliseen lainsäädäntöön. Direktiivillä voi olla joko välitöntä vaikutusta vero-oikeudelliseen soveltamiseen tai tulkintavaikutusta implementoitujen säännösten tulkintaan. Tämän vuoksi kolmion tulisikin ehkä olla suorakulmainen kolmio, jossa kateetteina olisivat yritysjärjestelydirektiivi ja EVL:n yritysjärjestelysäännösten vero-oikeudellinen sääntely sekä hypotenuusana yhtiöoikeudellinen sääntely. Tällainen kolmio kuvastaa paremmin näiden kolmen säännöslähteen keskinäisiä suhteita.

2 YRITYSJÄRJESTELYDIREKTIIVIN IMPLEMENTOINTI

Yritysjärjestelydirektiivin implementointi perustui seuraaville kolmelle periaatteelle:⁴

- Verosääntely on itsenäinen: veroedut koskevat vain sellaisia järjestelyjä, jotka täyttävät EVL:ssa asetetut edellytykset. Veroetuja ei siten myönnetä kaikille OYL:n mahdollistamille järjestelyille.
- Verosääntely on sama sekä kotimaisissa järjestelyissä että järjestelyissä, joissa on mukana kotimaisia ja toisessa jäsenvaltiossa kotipaikan omaavia yhteisöjä tai osakkeenomistajia. Tällainen implementointi tehtiin syrjintäriskien eliminoimiseksi ja sen varmistamiseksi, ettei voisi syntyä houkutusia käyttää ulkomaisia yhteisöjä tosiasialliselta luonteeltaan kotimaisten yritysjärjestelyjen toteuttamiseen.
- Verosääntelyyn sisältyy erillinen veron kiertämissäännös. Veroedut voidaan evätä tai peruuttaa, jos on ilmeistä, että järjestelyn yksinomaisena tai yhtenä pääasiallisena tarkoituksena on ollut veron kiertäminen tai veron välttäminen.

Näistä periaatteista ensimmäinen, verosääntelyn itsenäisyys, on kiinnostava tämän kirjoituksen kannalta. Käytännössä tämä tarkoittaa, että sulautuminen on määritelty EVL 52a §:ssä ja kokonais- ja osittaisjakautuminen EVL 52c §:ssä. Sulautumisen ja jakautumisen on täytettävä näissä säännöksissä asetetut direktiiviin perustuvat edellytykset, jotta ne voivat olla tuloverotuksessa veroneutraaleja, eli järjestelyn tuloveroseuraamukset lykkääntyvät siihen hetkeen, kun siirtyneet varat tai vastikkeena saadut osakkeet luovutetaan.

Säännöksissä ei viitata suoraan OYL:n säännöksiin. EVL:n säännöksiin soveltuminen kuitenkin edellyttää, että sulautuminen ja jakautuminen toteutetaan OYL:n edellyttämällä tavalla, koska säännöksissä edellytetään, että osakeyhtiö purkautuu selvitysmenettelyttä. Tämä on ilmaistu säännöksissä lähes samanasaisesti: sulautumisessa ”purkautuen selvitysmenettelyttä”, kokonaisjakautumisessa ”purkautuu selvitysmenettelyttä” ja osittaisjakautumisessa ”selvitysmenettelyttä siirtää, ilman että se purkautuu”. Oikeuskäytännössä ei tietävästi ole yhtään julkaistua ratkaisua, jossa olisi otettu kantaa tähän kytkökseen OYL:iin. Yhdessäkään ratkaisussa ei siis ole otettu kantaa tilanteeseen, jossa esimerkiksi sulautuminen täyttäisi EVL 52a §:ssä asetetut edellytykset, mutta ei täyttäisi OYL:ssa asetettuja edellytyksiä.

Verosääntelyn itsenäisyys on käytännössä merkinnyt sitä, että direktiivin sääntely on pyritty kirjaamaan EVL:n säännöksiin lähes sanatarkasti. Tämä

4 HE 177/1995 vp, luku 2.1.

ei sinänsä ole välttämätöntä, koska SEUT 288 artiklan mukaan direktiivit ovat jäsenvaltioita sitovia vain niissä asetettujen tavoitteiden suhteen. Jäsenvaltiot voivat siten valita direktiivin tavoitteen toteuttamistavan. Yritysjärjestelydirektiivin implementoinnissa olisi siten voitu myös koordinoita verosäännökset OYL:n säännösten kanssa siten, että verosäännökset kattaisivat kaikki OYL:n sallimat vaihtoehdot. Valitun sääntelymallin vuoksi EVL:n ja OYL:n sääntelyiden välille on jäänyt eroja, jotka voivat käytännössä joskus aiheuttaa verovelvollisille ikäviä yllätyksiä. Näitä yllätyksiä voi aiheutua myös sen vuoksi, että suomalainen OYL on varsinkin oman pääoman joustavuuden ja sääntelyn osalta jossakin määrin muiden jäsenvaltioiden sääntelystä poikkeava. Kun yritysjärjestelydirektiivin määrittelyjä on säädetty, on verrokkina ollut senhetkinen yhtiöoikeudellinen sääntely, joka poikkeaa varsin olennaisesti tämänhetkisestä kotimaisesta yhtiölainsäädännöstä.

3 OSAKEVASTIKKEEN ANTAMINEN SUHTEELLISUUSPERIAATTEELLA

EVL:ssa säänneltyjen yritysjärjestelyjen rakenteeseen kuuluu, että joko varat siirtävä yhtiö tai sen osakkeenomistajat saavat vastikkeeksi vastaanottavan yhtiön osakkeita. Vastaanottavan yhtiön osakkeet ovat keskeinen vastike yritysjärjestelyissä, kun sekä EVL 52a §:n mukaan sulautumisessa että EVL 52c §:n mukaan kokonais- ja osittaisjakautumisessa saadaan antaa vastikkeena myös rahaa. Rahavastikkeen määrä on säännöksissä rajoitettu tiukasti. Rahavastikkeen antamiseen palaan laajemmin myöhemmin luvuissa 6 ja 7, mutta tässä luvussa käsittelen rahavastikkeen antamisen kytkeytymistä osakevastikkeen antamiseen suhteellisuusperiaatteella.

Yritysjärjestelysäännösten tarkoituksena ei ole mahdollistaa yritys-kaupan tekemistä säännöksissä säännellyillä yritysjärjestelytoimilla niin, että sulautuvan tai jakautuvan osakeyhtiön osakkeenomistajien osakkuus lakkaisi, eikä heistä tulisi vastaanottavan yhtiön osakkeenomistajia. Tämän vuoksi rahavastikkeen antamista on rajoitettu hyvin voimakkaasti. Muun kuin osake- tai rahavastikkeen antaminen on suljettu kokonaan veroneutraalien yritysjärjestelytoimien ulkopuolelle. Osakevastikkeen antamisessa on myös hyvin selkeitä rajoitteita, kuten tässä luvussa esitetyn perusteella voidaan hyvin havaita. Nämä rajoitteet vastikkeen laadussa ja määrässä merkitsevät sitä, että yritysjärjestelydirektiivi ja EVL:n säännökset rajoittavat niitä verrattuna OYL:n antamiin mahdollisuuksiin.

3.1 EVL:n säännöksissä määritelty suhteellisuusperiaate

Sulautumista koskevassa EVL 52a.1 §:n 1) kohdassa edellytetään, että sulautuvan yhtiön osakkeenomistajat saavat vastikkeena omistamiensa osakkeiden mukaisessa suhteessa vastaanottavan yhtiön liikkeeseen laskemia uusia osakkeita tai sen hallussa olevia omia osakkeita. Vastaavasti jakautumista koskevassa EVL 52c.1 §:ssä edellytetään, että jakautuvan yhtiön osakkeenomistajat saavat vastikkeena omistamiensa osakkeiden mukaisessa suhteessa kunkin vastaanottavan yhtiön liikkeeseen laskemia uusia osakkeita tai sen hallussa olevia omia osakkeita. Säännökset ovat sanamuodoiltaan lähes identtiset; poikkeuksena on jakautumista koskeva vaatimus siitä, että osakevastiketta saadaan jakautuvassa yhtiössä omistettujen osakkeiden mukaisessa suhteessa kustakin vastaanottavasta yhtiöstä. Tämä vaatimus aiheutuu luonnollisesti jakautumisen luonteesta, koska ainakin kokonaisjakautumisessa on aina vähintään kaksi vastaanottavaa yhtiötä. Kuvattua osakevastiketta koskevaa rajoitetta voisi kutsua osakeomistuksen suhteellisuusperiaatteeksi.

3.1.1 Suhteellisuusperiaatteen sallittavuus

Direktiivit voidaan jakaa täysin harmonisoiviin direktiiveihin ja minimiharmonisointidirektiiveihin. Ensimmäisessä ryhmässä direktiivin implementoinnissa edellytetään jäsenvaltioilta samanlaista teknistä sääntelyä eli säännöksien on oltava tekniseltä ratkaisultaan samanlaisia ja samansisältöisiä. Tällaisena direktiivinä voidaan pitää arvonlisäverodirektiiviä. Yritysjärjestelydirektiiviä voidaan sitä vastoin pitää minimiharmonisointidirektiivinä, jolloin jäsenvaltioiden on toteutettava direktiivin tavoitteet, mutta niiden saavuttaminen voidaan toteuttaa erilaisilla teknisillä ratkaisulla eli erilaisilla säännöksillä. Keskeistä on tavoitteen saavuttaminen, ei keinojen samanlaisuus. Tärkeää on, että jäsenvaltiot toteuttavat direktiivin tavoitteen eli eivät aseta lisäehtoja yritysjärjestelyn veroneutraaliudelle direktiivissä asetettujen edellytysten lisäksi. Direktiivin veroneutraaliudelle asettamiin ehtoihin ei siten kansallisessa lainsäädännössä voida asettaa lisäehtoja.⁵

Yritysjärjestelydirektiivin 2 artiklan a) kohdan i) alakohdassa määritellyssä absorptiosulautumisessa sulautuva yhtiö purkautuu selvitysmenettelyttä antaen osakkailleen vastikkeeksi toisen yhtiön yhtiöpääomaa edustavia arvopapereita. Saman 2 artiklan a) kohdan ii) alakohdassa määritellyssä kombinaatiosulautumisessa sulautuvat yhtiöt purkautuvat selvitysmenettelyttä antaen osakkailleen vastikkeeksi uuden yhtiön yh-

⁵ Ks. laajemmin *Ståhl* 2005, s. 50–52 ja 56.

tiöpääomaa edustavia arvopapereita. Kummassakaan säännellyissä sulautumismuodoissa, joissa osakevastiketta on annettava, ei ole edellytetty, että osakevastiketta olisi annettava suhteellisuusperiaatteen mukaisesti. Direktiivi ei siis edellytä sitä, että sulautuvan yhtiön osakkeenomistajille on annettava osakevastiketta heidän sulautuvassa yhtiössä omistamien osakkeiden mukaisessa suhteessa.

Direktiivin 2 artiklan b) kohdassa määritellyssä kokonaisjakautumisessa jakautuva yhtiö purkautuen selvitysmenettelyttä siirtää varansa ja velkansa kahdelle tai useammalle olemassa olevalle taikka uudelle yhtiölle antaen osakkailleen suhteellisuussäännön mukaisesti vastikkeeksi varat vastaanottavien yhtiöiden yhtiöpääomaa edustavia arvopapereita. Saman 2 artiklan c) kohdassa määritellyssä osittaisjakautumisessa jakautuva yhtiö purkautuen selvitysmenettelyttä siirtää varansa ja velkansa antaen osakkailleen vastineeksi vastaavassa suhteessa varat ja vastuut vastaanottavien yhtiöiden liikkeeseen laskemia yhtiöpääomaa vastaavia arvopapereita. Molemmissa jakautumismuodossa direktiivi edellyttää, että jakautuvan yhtiön osakkeenomistajien on saatava osakevastiketta suhteellisuusperiaatteen mukaisesti. Jakautuvan yhtiön osakkeenomistajien omistussuhteet eivät saa siis muuttua vastaanottavalta yhtiöltä saatavien osakkeiden omistuksen osalta.

Direktiivissä suhteellisuusperiaatetta edellytetään noudatettavan jakautumisten osalta, mutta ei sulautumisissa. Sekä EVL 52a §:n sulautumissäännöksessä että EVL 52c §:n jakautumissäännöksessä edellytetään suhteellisuusperiaatteen soveltamista. Sulautumisen osalta on aiheellista pohtia, onko EVL 52a §:n vaatimus suhteellisuusperiaatteen noudattamisesta osakevastikkeen antamisessa direktiivin vastainen ja rajoittaa siten direktiivissä tavoitteeksi asetettua siinä määriteltyjen sulautumisten veroneutraaliutta. Kun yritysjärjestelydirektiiviä voidaan pitää minimiharmonisointidirektiivinä, jäsenvaltiot voivat toteuttaa direktiivin tavoitteet myös muilla sääntelytekniikoilla kuin direktiivissä kuvatuilla säännöksissä. Suomessa direktiivin säännökset on implementoitu kansalliseen lainsäädäntöön hyvin sanamuotouskollisesti direktiivin määrittelyjä noudattaen. Direktiivin tavoitteita ei saavuteta, jos kansallisessa lainsäädännössä asetetaan lisäedellytyksiä direktiivissä määriteltyjen sulautumismuotojen veroneutraalidelle. EVL 52a § asettaa selkeästi tällaisen lisäedellytyksen, jota direktiivin sääntelyssä ei ole eli suhteellisuusperiaatteen noudattamisen osakevastikkeen antamisessa. Siten voidaan perustellusti puoltaa tulkintaa, että EVL 52a §:n suhteellisuusperiaate ei ole edellytys veroneutraalille sulautumiselle.

Kysymystä voidaan tarkastella myös siitä näkökulmasta, onko direktiivin määrittely selkeä ja ehdoton. Sanamuodon mukaisessa tulkinnassa voidaan todeta, että 2 artiklan a) kohdassa ei ole vaatimuksena suhteellisuusperiaate. Tätä voidaan tukea sillä, että 2 artiklan b) kohdan molempien jakautumis-
muotojen osalta tällainen vaatimus on asetettu. Siten, jos direktiiviin olisi haluttu suhteellisuusperiaatetta koskeva vaatimus myös sulautumiseen, tämä olisi määrittelyyn kirjoitettu. Siten tulkintaa, jonka mukaan EVL 52a §:n säännöksessä asetetaan lisäedellytys veroneutraaluidelle, voidaan tukea myös direktiivin sääntelyn selkeydellä ja ehdottomuudella. Direktiivi saa vähintään tulkintavaikutusta EVL 52a §:n tulkintaan. Mielestäni ei siten voida vaatia, että EVL 52a §:n soveltumisen edellytyksenä on, että osakevastikkeen antamisessa on noudatettava suhteellisuusperiaatetta.

Esittämäni tulkintaa voidaan puoltaa myös EUT:n tuomiossa C-285/07 A.T. esittämällä tulkinnoilla.⁶ Tapauksessa A.T:n, joka oli saksalainen osakeyhtiö, yritysryhmään kuului saksalainen rajavastuuyhtiö C-GmbH, jonka osuuksista se omisti 89,5 prosenttia. A.T. siirsi 28.4.2000 nämä osuudet ranskalaiselle G-S.A. osakeyhtiölle vastikkeena tämän yhtiön uusista osakkeista, jotka vastasivat 1,47 prosenttia osakepääomasta ja jotka olivat peräisin osakepääoman korotuksesta. Saadut osakkeet, joiden pörssikurssi laski tämän jälkeen rajusti, oli luovutettava edelleen viiden vuoden kuluessa rahoitusmarkkinoiden valvontaa koskevien sääntöjen nojalla.

Koska emoyhtiö A.T:n C-GmbH:ssa omistamia osuuksia ei ollut niiden luovuttamisen jälkeen arvostettu G-S.A.:n kauppaoikeudellisessa ja verotusta varten laaditussa taseessa näiden osuuksien kirjanpitoarvoon, kuten siihen asti oli tehty A.T:n verotusta varten laaditussa taseessa, vaan mainittujen osuuksien varojen siirtämistä koskevassa sopimuksessa vahvistettuun markkina-arvoon, Saksan veroviranomainen katsoi, että A.T. ei saanut vuoden 2000 verotuksensa yhteydessä jatkaa C-GmbH:n luovutettujen osuuksien alkuperäisten kirjanpitoarvojen käyttämistä vastikkeena saamiensa G-SA:n osuuksien arvona. Veroviranomainen katsoi siis, että varojen siirto oli verollinen tapahtuma, ja verotti täten varojen siirrosta saadusta arvonkorotuksesta, joka vastasi C-GmbH:n osuuksien alkuperäisten hankintakustannusten ja markkina-arvon välistä eroa.

Bundesfinanzhof oli kuitenkin epävarma siitä, onko edellytys kaksinkertaisesta kirjanpitoarvosidonnaisuudesta rajat ylittävien varojensiirtojen tapauksessa yhteensopiva yhteisön oikeuden kanssa. Se päätti lykätä ratkaisun antamista ja esitti EUT:lle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen: ”Onko direktiivin 8 artiklan 1 ja 2 kohta esteenä sellaiselle jäsenvaltion verosääntelylle, jonka mukaan siirrettäessä yhteisön pääomayhtiössä

⁶ Ks. laajemmin *Järvenoja* 2013a, s. 67–69.

omistettuja osuuksia toiseen yhteisön pääomayhtiöön siirtävän yhtiön on mahdollista jatkaa siirrettyjen osuuksien kirjanpitoarvojen käyttämistä vain silloin, kun vastaanottava pääomayhtiö on omalta osaltaan arvostanut siirretyt varat niiden kirjanpitoarvoihin (kaksinkertainen kirjanpitoarvosidonta (doppelte Buchwertverknüpfung))?”

Tapauksessa oli siis kysymys siitä, voidaanko kansallisessa lainsäädännössä asettaa lisäedellytyksiä direktiiviin perustuvan yritysjärjestelyn verotukselliselle hyväksyttävyydelle. EU-tuomioistuin totesi, että direktiivin 8 artiklan 1 ja 2 kohdan pakottavasta ja selvästä sanamuodosta ei ilmene millään tavalla, että yhteisön lainsäätäjän tahtona olisi ollut jättää jäsenvaltioille täytäntöönpanoa koskevaa harkintavaltaa, jonka avulla ne voisivat asettaa hankitun yhtiön osakkaiden hyväksi säädetylle verotuksen neutraalisuudelle ylimääräisiä edellytyksiä. EUT totesi, että tällaisen täytäntöönpanoa koskevan harkintavallan jättäminen jäsenvaltioille olisi vastoin kyseisen direktiivin tarkoitusta. Direktiivin tarkoituksena on perustaa yhteinen verojärjestelmä sen sijaan, että laajennettaisiin jäsenvaltioissa voimassa olevia kansallisia järjestelmiä yhteisön tasolle, koska näiden järjestelmien väliset erot ovat omiaan aiheuttamaan vääristymiä. Direktiivin 8 artiklan 1 ja 2 kohdassa säädetylle eri jäsenvaltioissa olevia yhtiöitä koskevien osakkeenvaihtojen verotuksen neutraalisuudelle ei voida asettaa ylimääräisiä edellytyksiä. Tällaisesta tilanteesta on kysymys, jos hankkivan yhtiön olisi kirjattava siirrettyjen osakkeiden alkuperäinen kirjanpitoarvo verotusta varten laadittuun taseeseensa. Direktiivin tavoitteena on yritysten rajat ylittävien toimintojen uudelleenjärjestämiseen kohdistuvien verotuksellisten esteiden poistaminen. EUT:n mielestä tämä tapahtuu varmistamalla, ettei osakkeiden mahdollisia arvonnousuja veroteta ennen niiden tosiasiallista toteutumista.

EUT katsoi, että jäsenvaltion verolainsäädäntö, jossa kieltäydytään yleisesti myöntämästä direktiivissä myönnettyjä veroetuuksia sen soveltamisalaan kuuluville osakkeidenvaihtoa koskeville liiketoimille pelkästään sillä perusteella, että hankkiva yhtiö ei ole arvostanut verotusta varten laaditussa taseessaan siirrettyjä osuuksia niiden alkuperäiseen kirjanpitoarvoon, ei voi perustua direktiivin veron kiertämistä koskevan 15 artiklan 1 kohdan a alakohtaan eikä sen voida tällä perusteella katsoa olevan sen kanssa yhteensopiva.

EUT:n tuomiosta voidaan tehdä johtopäätös, ettei yritysjärjestelydirektiivin tavoitteiden saavuttamista saa rajoittaa asettamalla veroneutraalille yritysjärjestelylle lisäedellytyksiä kansallisessa lainsäädännössä. Tapauksessa C-285/07 A.T. tällainen lisäedellytys oli, että osakevaihdossa osakkeiden luovuttajan verotuksessa sovelletaan verotuksen lykkääntymisetua vain,

jos hankkiva yhtiö kirjaa hankitut osakkeet jatkuvuusperiaatteella samaan arvoon kuin mihin ne oli kirjattu luovuttavan yhtiön taseessa. Tällaista rajoitetta ei ole direktiivissä säädetty. On huomattava, että direktiivi sääntelee osakevaihdossa vain osakkeita luovuttavan tahon verotusta, ei osakkeita hankkivan verotusta. Tästä huolimatta kansallisessa lainsäädännössä ei saatu asettaa lisäedellytyksiä hankkivan verovelvolliseen liittyen. Voidaan todeta, että vielä perustellumpaa on, ettei lisäedellytyksiä voida asettaa direktiivin sääntelyn kohteena olevan verovelvollisen verokohtelulle.

Jakautumismuotojen osalta tilanne on toinen, koska direktiivin sääntelyssä on asetettu veroneutraaliuden edellytykseksi suhteellisuusperiaatteen noudattaminen osakevastikkeen antamisessa. Siten EVL 52c §:n soveltumisessa voidaan edellyttää suhteellisuusperiaatteen noudattamista. Direktiivin luonne minimidirektiivinä ei sinänsä estäisi, että EVL 52c §:n suhteellisuusperiaatteesta luovuttaisiin, koska tällainen muutos ei rajoittaisi direktiivissä taattujen jakautumismuotojen veroneutraaliuden saavuttamista.

3.1.2 Suhteellisuusperiaatteen tulkintaongelmia

Osakevastike, joka annetaan sulautuvan tai jakautuvan yhtiön osakkeenomistajille, määräytyy yleensä kokonaislukuina eli esimerkiksi sulautuvan yhtiön osakkeenomistaja saa yhtä sulautuvan yhtiön osaketta vastaan yhden vastaanottavan yhtiön osakkeen. Mutta aina näin ei ole. Osakevastikkeen suhdeluku voi olla huomattavastikin kokonaisluvussa poikkeava: esimerkiksi jakautuvan yhtiön osakkeenomistaja saa yhtä osaketta vastaan 0,15695 vastaanottavan yhtiön osaketta. Tämä voi käytännössä tarkoittaa sitä, että osakevastike ei ole kokonaisluku, vaan osittain murto-osainen. OYL:n mukaan ei kuitenkaan osakeannissa eikä yritysjärjestelyissä voida antaa murto-osaisia osakkeita. Käytännössä osakevastikkeen määrä pyöristetään alaspäin lähimpään kokonaislukuun. Murto-osaiset oikeudet voidaan yhdistää kokonaisiksi osakkeiksi ja myydä ne pörssissä, jos vastaanottava yhtiö on noteerattu yhtiö. Murto-osaisien oikeuksien taloudellinen arvo voidaan myös maksaa osakkeenomistajille rahavastikkeena.⁷

Murto-osaisia osakevastikkeita voi käytännössä esiintyä lähinnä noteerattujen yhtiöiden yritysjärjestelyissä tai laajaomisteisten yhtiöiden yhdistyessä tai jakautuessa etenkin, kun vastaanottavana yhtiönä on toimiva liiketoimintaa harjoittava yhtiö. Tämä aiheutuu siitä, että sulautumis- ja jakautumisvastikkeen suuruuden määräytymisessä on otettava huomioon sekä sulautuvan tai jakautuvan että vastaanottavan yhtiön arvot, joiden suhteen perusteella osakevastikkeen määräytymisperuste asetetaan. Varsinkin

⁷ Ks. Airaksinen – Pulkkinen – Rasinaho 2007, s. 183–184.

noteeratuissa yhtiöissä on usein mielekästä, että osakkeiden murto-osat yhdistetään kokonaisiksi osakkeiksi, jotka myydään pörssissä ja rahat jaetaan osakkeenomistajille heidän omistamiensa murto-osien mukaisesti. Tällainen tilanne on verotuksessa tulkittava rahavastikkeen käyttämiseksi osakkeenomistajille annettavana vastikkeena. Kun murto-osaiset osakkeet voidaan yhdistää vasta, kun sulautuminen tai jakautuminen on rekisteröity täytäntöönpanotuna, syntyy osakkeenomistajalle lopullinen oikeus vastikkeeseen. Sitä ennen oikeus siihen on ollut vero-oikeudellisessa mielessä ennakkollinen oikeus, jonka perusteella ei voida veroseuraamuksia määrätä. Tätä tulkintaa voidaan puoltaa myös sillä, että jos sulautumisen tai jakautumisen täytäntöönpano raukeaa, ei rahavastikkeen perusteella osakkeenomistajalle synny mitään luovutusvoittoverotuksen alaista oikeustointa. Kun oikeus murto-osaan syntyy yritysjärjestelyn täytäntöönpanon hetkellä, on se tulkittava rahavastikkeeksi, eikä markkinoilta saaduksi suoritukseksi. Kysymys on siis EVL 52a.1 §:n ja 52c.1 §:n tarkoittamasta rahavastikkeesta, jonka perusteella osakkeenomistajia voidaan verottaa osakkeen luovutuksesta EVL 52b.4 §:n ja 52c.3 §:n perusteella.

EVL 52a.1 ja 52c.1 §:n perusteella rahavastiketta saadaan antaa vastikkeena sulautumisessa ja jakautumisessa. Säännöksen sanamuodon perusteella rahavastiketta ei ole pakko antaa edes silloin kun osakevastikkeena tulisi osittain murto-osainen oikeus osakkeeseen. Tässäkään tilanteessa säännösten mukaan ei ole velvollisuutta antaa rahavastiketta, jos sulautumis- ja jakautumissuunnitelmassa päätetään, ettei murto-osaista oikeutta osakkeeseen anneta vastikkeena. Direktiivin 2 artiklan a) kohdan i) ja ii) alakohdissa, b) kohdassa ja c) kohdassa sääntely on samanlainen, kun niiden mukaan sulautuvan ja jakautuvan osakkeenomistajille voidaan antaa ”mahdollisesti käteisväliraha”. Siten myöskään direktiivi ei velvoita rahavastikkeen antamiseen edes, kun osakkeenomistajalle annettaisiin murto-osainen oikeus osakkeeseen. Sulautumis- ja jakautumissäännösten soveltamistilanteissa tämä tarkoittaa sitä, ettei rahavastikkeen antamisvelvoitetta ole, eikä sen antamatta jättämistä voida pitää perusteena sille, että osakevastikkeen antamista koskevaa suhteellisuusperiaatetta rikottaisiin.

Edellä on osoitettu, että EVL 52a.1 §:n vaatimus suhteellisuusperiaatteen noudattamisesta sulautumisessa annettavan osakevastikkeen osalta ei perustu direktiiviin, eikä sitä voida siten edellyttää noudatettavan toteutettavissa sulautumisissa. Tämä tarkoittaa sitä, että sulautumisen veroneutraaliutta ei mielestäni voida evätä, vaikka rahavastike jätetään antamatta murto-osaisten osakevastikeoikeuksien vuoksi. Rahavastike voidaan siis jättää antamatta, vaikka sulautuvan yhtiön osakkeenomistajien keskinäiset osakeomistus-suhteet jossain määrin muuttuvat osakevastikkeen pyöristämisen vuoksi.

Rahavastike voidaan siis jättää murto-osaisten osakeoikeuksien vuoksi antamatta kokonaan vaarantamatta EVL 52a §:n soveltuvuutta sulautumiseen.

Edellä on todettu myös, että sekä direktiivi että EVL 52c § edellyttävät, että kokonais- ja osittaisjakautumisessa osakevastike on annettava jakautuvan yhtiön osakkeenomistajille heidän jakautuvan yhtiön osakeomistusten mukaisessa suhteessa. Kun suhteellisuusperiaatetta on noudatettava jakautumisessa, voi tämä aiheuttaa erilaisia tulkinnallisia ongelmia kuin sulautumisten osalta. Tämä ongelma konkretisoituu osakkeenomistajan saadessa murto-osaisen oikeuden osakkeeseen jakautumisvastikkeena.

Murto-osainen oikeus osakkeeseen voidaan jakautumisessa ottaa huomioon antamalla rahavastiketta oikeuden arvon mukaisesti, yhdistämällä murto-osaiset oikeudet osakkeiksi ja myymällä ne pörssissä tai jättämällä antamatta rahavastiketta. Kaikissa vaihtoehdoissa osakevastikkeen määrä pyöristetään alempaan lähimpään kokonaislukuun, koska murto-osaisia osakkeita ei voida antaa ja koska jakautuvan yhtiön osakkeenomistajille ei ole perusteltua antaa enempää osakevastiketta kuin mihin hänellä on oikeus eli pyöristäminen ylöspäin ei tule kysymykseen. Tarkastelen näistä rahavastikkeen antamisen tai antamatta jättämisen vaikutusta osakevastikkeen antamisessa noudatettavaan suhteellisuusperiaatteeseen.

Tarkastelen tulkintaongelmaa yksinkertaistetun esimerkin avulla:

X Oy, jonka 6 000 osakkeesta A omistaa 1 500 osaketta, B 2 170 osaketta ja C 2 330 osaketta, aikoo jakautua osittaisjakautumisella siten, että liiketoiminta K siirretään vastaanottavaan toimivaan yhtiöön Y Oy. A:n omistusosuus X Oy:stä on siis 25 %, B:n 36,17 % ja C:n 38,83 %. A, B ja C saavat vastikkeena Y Oy:n uusia osakkeita. Y Oy:ssä on vanhastaan 6 000 osaketta. X Oy:stä siirtyvän liiketoiminnan arvo on 8 miljoonaa euroa. Y Oy:n arvo on 13,5 miljoonaa euroa. Osakevastike annetaan siirrettävän liiketoiminnan ja vastaanottavan yhtiön arvojen suhteen perusteella, eli $8/13,5$, jolloin yhdellä X Oy:n osakkeella yhtiön osakkeenomistajat saavat 0,5926 Y Oy:n uutta osaketta.

Osakevastikesuhteen perusteella A:n pitäisi saada 888,9 Y Oy:n uutta osaketta, B:n 1285,94 osaketta ja C:n 1380,76 osaketta. Heille voidaan antaa vain kokonaisia osakkeita, joten A saa 888 Y Oy:n uutta osaketta, B saa 1285 Y Oy:n uutta osaketta ja C saa 1380 Y Oy:n uutta osaketta. Yhteensä uusia Y Oy:n osakkeita annetaan jakautumisvastikkeena siis 3 553 kappaletta. Pyöristämissäännön vuoksi uusia osakkeita jää yhteensä antamatta 2,6 kappaletta. A:n osuus niistä on pyöristämisen vuoksi 24,99 %, B:n osuus 36,17 % ja C:n osuus 38,84 %. Euromääräisesti A:n omistusosuuden arvo alenee 1 200 euroa, koska siirtyneestä liiketoiminnasta hänen osuutensa oli 2 miljoonaa euroa (25 % 8 miljoonasta eurosta), mutta vastikkeina saatavien osakkeiden arvo on 1 998 800 euroa. Yhteensä

X Oy:n osakkaiden omistuksen arvo laski pyöristämissäännön vuoksi 3 466,67 euroa, joka jakautuu seuraavasti: A 1 200 euroa, B 1 253,33 euroa ja C 1 013,33 euroa.

Pyöristämissäännön vuoksi EVL 52c.1 §:n edellyttämä suhteellisuusperiaate ei toteudu, koska A saa osakevastiketta vähemmän kuin mikä hänen jakautuvan yhtiön omistusosuutensa perusteella olisi pitänyt saada. C:n omistusosuus suhteessa osakkeenomistajaan A puolestaan kasvoi. Tiukasti sanamuodon mukaisesti tulkittuna EVL 52c.1 §:n asettamat veroneutraalin jakautumisen edellytykset eivät täyty ja jakautumista tulisi pitää verollisena luovutustapahtumana. Tähän ei ole vaikutusta sillä, maksetaanko jakautuvan yhtiön osakkeenomistajille rahavastiketta vai ei.

On mahdollista ajatella, että tulkinnallinen ongelma voidaan korjata rahavastikkeen maksamisella, koska jakautuvan yhtiön osakkeenomistajat saavat taloudellisessa mielessä yhtä suuren vastikkeen kuin mikä oli heidän omistusosuutensa mukainen osuus jakautuvasta yhtiöstä siirtyvän liiketoiminnan arvoon. Osakevastikkeen ja rahavastikkeen yhteenlaskettu taloudellinen arvo vastaisi siten jakautumisessa siirtyneen liiketoiminnan taloudellista arvoa. Jakautumisvastikkeen hyväksyttävyyden kytkemistä sen taloudellisen arvon oikeaan jakautumiseen osakkeenomistajien kesken voidaan perustella sillä, että rahavastikkeen eräänä käyttötarkoituksena on ajateltu olevan toimia tällaisissa tilanteissa tasausereinä.⁸ Rahavastike on oivallinen keino varmentaa, että jakautuvan yhtiön osakkeidenomistajien saama vastike vastaa taloudelliselta arvoltaan heidän omistusosuutensa mukaista arvoa jakautumisessa siirtyneistä nettovaroista. Jos vastikkeen taloudelliselle arvolle annetaan ratkaiseva painoarvo, merkitsisi tämä sitä, että osakevastikkeen pyöristämistilanteissa olisi pakko antaa myös rahavastiketta, jotta jakautuminen olisi veroneutraali. Tällainen tulkinta olisi direktiivin ja EVL 52c.1 §:n sanamuotojen vastainen, koska niiden mukaan rahavastiketta saadaan antaa. Rahavastikkeen antaminen ei ole säännöksen mukaan pakollista, eikä säännöksessä ole tällaista kytköstä tai kytkentää kokonaisvastikkeen taloudelliseen arvoon.

Murto-osaisen osakkeen antamiskielto kytkee jakautumisen OYL:n sääntelyyn. Tätä kytköstä ei voida kokonaan välttää, vaikka edellä todetun mukaisesti EVL:n yritysjärjestelysääntely kirjoitettiin itsenäiseksi ilman nimenomaista kytkentää yhtiöoikeudelliseen sääntelyyn. Tosiasiallinen kytkös yhtiöoikeudelliseen sääntelyyn, kun niiden mukaan sulautumisessa ja jakautumisessa sulautuva ja jakautuva yhtiö purkautuvat selvitysme-

⁸ Ks. *Järvenoja* 2007, s. 105, jossa asian tarkastelu on kytköksissä siihen, mikä rahasuoritus tulkitaan EVL 52a.1 §:ssä tarkoitetuksi rahavastikkeeksi.

nettelyttä. Tämän tosiasiallisen kytkennän vuoksi mielestäni yhtiöoikeudellinen sääntely ja sen asettamat rajoitteet on otettava huomioon myös vero-oikeudellisessa yritysjärjestelyjen tulkinnassa. Kun OYL estää murto-osaisten osakkeiden antamisen, on tämä otettava huomioon jakautumisen veroneutraaliutta arvioitaessa. Osakevastikkeen pyöristämisellä on otettu huomioon myös OYL:n asettamat rajoitteet, mikä on hyväksyttävä vero-oikeudellisessa tulkinnassa, koska rahavastikkeen antamisvelvollisuutta ei ole laissa säädetty. Niissä tilanteissa, joissa rahavastiketta annetaan, rahavastike verotetaan osakkeiden luovutuksena, joten osakkeenomistaja ei voi saada verotuksellista etuutta, vaikka osakevastikkeen suhteellisuusperiaatetta ei olekaan voitu sanatarkasti noudattaa OYL:n asettamien rajoitteiden vuoksi. Jos rahavastiketta ei ole annettu, voidaan mielestäni samoilla perusteilla puoltaa tulkintaa, että suhteellisuusperiaatetta on noudatettu.

3.1.3 Suhteellisuusperiaatteen aiheuttamia käytännön ongelmia

Keskinäisessä kiinteistöosakeyhtiössä osakkeet oikeuttavat tietyn tilan, esim. huoneiston tai rakennuksen, hallintaan. Osakkeiden hallintaoikeus voi kohdistua erityyppiseen tai eriarvoiseen omaisuuteen. Jakautumisen toteuttaminen voi tällaisessa tilanteessa aiheuttaa vaikeita tai jopa ylittämättömiä ongelmia.

Asunto-osakeyhtiölain 20 luvussa säädetään asunto-osakeyhtiön mahdollisuudesta jakautua kokonais- tai osittaisjakautumisella. Jakautumisen sääntely vastaa hyvin pitkälle OYL:n mukaista jakautumista. Jakautumissääntelyn tarkoituksena oli muun muassa helpottaa samalla kiinteistöllä sijaitsevien kahden omakotitalon eriyttäminen omiksi asunto-osakeyhtiöiksi. EVL 52c §:ssä oleva vaatimus suhteellisuusperiaatteen soveltamisesta estää käytännössä usein jakautumisen toteuttamisen. Erilajisten osakkeiden käyttäminen ei myöskään ole aina mahdollista, kuten luvussa 6 jäljempänä havaitaan. Yhtiö- ja vero-oikeuden keskinäisen yhteyden koordinoimattomuus aiheuttaa hyvin pitkälti sen, etteivät asunto-osakeyhtiölain jakautumissäännöksiin tavoitteet voi toteutua. Ongelma voitaisiin poistaa lisäämällä EVL 52c §:ään keskinäisiä yhtiöitä koskeva sääntely, jossa otettaisiin huomioon omistuksen ja omaisuuden hallinnan säilyminen jakautumista edeltävän tilanteen mukaisena, jolloin jakautuminen voitaisiin toteuttaa veroneutraalina järjestelynä. Mitään verotuksellista estettä tällaiselle sääntelylle ei ole, koska kuvatulla tavalla toteutetussa järjestelyssä ei omistusta siirtyisi osakkeenomistajilta toiselle. Tilanne on valitettava esimerkki yhtiö- ja vero-oikeuden keskinäisen yhteyden koordinoimattomuudesta.

Keskinäisen kiinteistöosakeyhtiön jakautumisessa ongelmaksi muodostuu siis osakeomistuksen ja tilojen hallinnan eriävyys, kun tarkoituksena on siirtää jakautumisessa varoja vastaanottaviin yhtiöihin siten, että tilojen hallinta säilyy ennallaan. Osakkaiden osakeomistusten taloudelliset arvot muuttuvat, jos jakautumisessa noudatetaan EVL 52c.1 §:n vaatimusta osakevastikkeen jakamisesta kaikissa vastaanottavissa yhtiöissä samassa suhteessa kuin jakautuvassa yhtiössä. Oikeuskäytännössä on ainakin kahdessa KVL:n ennakkoratkaisussa otettu kantaa keskinäisen kiinteistöosakeyhtiön jakautumisen veroneutraaliuteen. Keskeinen ongelma on sama kuin edellä kuvatussa asunto-osakeyhtiön, joka on keskinäinen yhtiö, jakautumisessa.

KVL:n ennakkoratkaisussa 70/2001 oli kysymys keskinäisen kiinteistöosakeyhtiön jakautumisesta siten, että jakautuvan yhtiön osakkaiden ei ollut tarkoitus saada vastaanottavien yhtiöiden osakkeita samassa suhteessa kuin mitä heillä oli ollut jakautuvan yhtiön osakkeita. KVL katsoi, että tällaisessa tilanteessa kysymyksessä ei ollut TVL 28 ja 52c §:ssä tarkoitettu jakautuminen. KVL:n mielestä jakautumista koskevia säännöksiä on sovellettava sanamuodon mukaisesti ja suppeasti. Se asetti tulkinnassaan lain sanamuodon ja poikkeussäännöksenä pitämänsä jakautumissäännöksen suppean tulkinnan suunnitellussa jakautumisessa tavoitteena olleen osakkaiden taloudellisen aseman säilyttämisen edelle.

EVL 52c §:n säännös osakkeiden jakautumisesta samassa suhteessa kuin mitä osakeomistus jakautuneessa yhtiössä on sanamuodoltaan selkeä, joten KVL:n tulkintaa voidaan pitää sanamuodon mukaisena. Toisaalta jakautumissäännöksen tarkoituksena on, että jakautumisessa osakkaiden taloudellinen asema ei muutu. Jos vaaditaan, että keskinäisen kiinteistöosakeyhtiön jakautumisessa osakkaiden tulee saada jakautuneen yhtiön osakeomistuksen mukaisessa suhteessa osakkeita vastaanottavissa yhtiöissä, osakkaiden taloudellinen asema muuttuu jakautumisen seurauksena. Yritysjärjestelydirektiivin hyväksymisen yhteydessä ei luonnollisesti lainkaan pohdittu, kuinka jakautuminen soveltuu suomalaiseen keskinäiseen kiinteistöosakeyhtiöön. Kuten KVL:n ennakkoratkaisu 70/2001 osoittaa, jakautumissäännös ei sovellu nykyisen sisältöisenä yleensä keskinäisiin kiinteistöosakeyhtiöihin, ellei niiden omistus ole keskittynyt käytännössä yhdelle osakkeenomistajalle.

KVL 70/2001: Autopaikat Oy oli keskinäinen kiinteistöosakeyhtiö, jonka toimialana oli omistaa ja hallita A:n kaupungissa kahta eri tonttia ja niille rakennettavia autopaikkoja. Yhtiön osakkeet oli jaettu neljään eri osakesarjaan, jotka tuottivat erilaisen oikeuden yhtiössä: A- ja D-sarjan osakkeet antoivat äänioikeuden yhtiökokouksessa mutteivät oikeuttaneet

hallitsemaan autopaikkoja. B- ja C-sarjan osakkeet oikeuttivat sen sijaan äänioikeuden lisäksi käyttämään yhtiön omistamia autopaikkoja, B-sarjan osakkeet korttelissa 1 ja C-sarjan osakkeet korttelissa 2. Autopaikat Oy aikoi jakautua kahdeksi uudeksi yhtiöksi. Toiseen vastaanottavaan yhtiöön oli tarkoitus siirtää korttelissa 1 ja toiseen korttelissa 2 sijaitseva tontti niille rakennettavine autopaikkoineen sekä muu niihin liittyvä muu omaisuus ja velat. A-sarjan osakkeenomistajat saisivat jakautumisvastikkeena kummankin vastaanottavan yhtiön osakkeita yhden kutakin osakettaan vastaan. B-sarjan osakkeenomistajat saisivat sen sijaan vastikkeena vain toisen vastaanottavan yhtiön osakkeita yhden kutakin osakettaan vastaan. Nämä B-sarjan uudet osakkeet tuottaisivat oikeuden käyttää yhtä yhtiön omistamaa autopaikkaa korttelissa 1. C-sarjan osakkeenomistajat saisivat vastaavasti vastikkeena vain toisen vastaanottavan yhtiön osakkeita, jotka oikeuttaisivat käyttämään yhtiön omistamaa autopaikkaa korttelissa 2. Jakautumista koskeva säännöstö edellyttää nimenomaisesti, että jakautuvan yhtiön osakkeenomistajat saavat vastikkeeksi vastaanottavien yhtiöiden liikkeeseen laskemia osakkeita aikaisemman osakeomistuksensa suhteessa. Säännöksen on katsottu tarkoittavan sitä, että kaikkien osakkeenomistajien on saatava kunkin vastaanottavan yhtiön osakkeita samassa suhteessa kuin he omistavat jakautuvan yhtiön osakkeita. Jakautumista koskevia erityissäännöksiä on sovellettava suppeasti. Autopaikat Oy:n osakkeenomistajat eivät tulisi saamaan kummankin vastaanottavan yhtiön osakkeita samassa suhteessa kuin he omistivat jakautuvan yhtiön osakkeita. Jakautumiselle asetetut edellytykset eivät siten täytyneet, eikä hakemuksessa kuvattuun järjestelyyn voitu soveltaa TVL 28 §:n ja EVL 52c §:n säännöksiä jakautumisesta. Ennakkoratkaisu vuosille 2001 ja 2002.

KVL:n julkaisemattomassa ennakkoratkaisussa 103/2001 oli kysymys samantyyppisestä tilanteesta kuin ratkaisussa KVL 70/2001. Tapauksessa keskinäisessä kiinteistöosakeyhtiössä oli kaksi osakasta. Jos jakautumisesta olisi noudatettu EVL 52c.1 §:n vaatimusta osakkeiden jakautumisesta samassa suhteessa vastaanottavissa yhtiöissä kuin mikä oli omistusjakauma jakautuvassa yhtiössä, huoneistojen hallinta olisi muuttunut. Tämän välttämiseksi osakkaat olivat sopineet, että vähemmistöosakas luovuttaisi osakkeensa hankintahinnallaan enemmistöosakkaalle ennen jakautumista ja enemmistöosakas luovuttaisi vastaavat osakkeet jakautumisen jälkeen takaisin samalla hinnalla. Mielenkiintoista tapauksessa on, että tätä järjestelyä perusteltiin nimenomaan jakautumissäännöksen aiheuttamilla ongelmilla osakeomistuksen jakautumisessa ja siten verolainsäädännön aiheuttamalla pakolla toteuttaa tilojen hallinnan säilyminen entisenlaisena. Ennakkoratkaisuhakemuksen mukaan luovutettavien osakkeiden käypä arvo

saattaisi ylittää suunnitellun kauppahinnan. KVL katsoi yksimielisesti, että jakautumiseen sovellettaisiin TVL 28 ja EVL 52c §:n säännöksiä, vaikka osakkeiden omistuksessa toteutetaan ns. edestakainen oikeustoimi.

KVL 103/2001 (ei julk.): Keskinäinen kiinteistöosakeyhtiö omisti ja hallitsi kolme tonttia ja niillä olevia rakennuksia. A omisti osakkeista 96,8 % ja B 3,2 % osakkeista. B:n omistamiensa osakkeiden perusteella hallitsemat tilat sijaitsivat yhdellä yhtiön omistamalla kiinteistöllä. Kiinteistöyhtiöön sovellettiin OYL:n säännöksiä. Kiinteistöyhtiön tarkoitus oli jakautua kahdeksi kiinteistöyhtiöksi siten, että toiseen yhtiöön tulisi kaksi kiinteistöä ja toiseen yhtiöön yksi kiinteistö. Ennen jakautumista A ostaisi B:n omistamat osakkeet ja myisi jakautumisen jälkeen B:lle takaisin B:n jo aikaisemmin hallitsemien tilojen hallintaan oikeuttavat, jakautumisessa syntyvän uuden yhtiön osakkeet samalla hinnalla. B:lla olisi järjestelyn jälkeen hallinnassaan samat tilat kuin ennen jakautumista. KVL katsoi, että näissä olosuhteissa jakautumiseen sovelletaan TVL 28 ja EVL 52c §:n säännöksiä.

Tämän KVL:n julkaisemattoman ennakkoratkaisun perusteella ei voida tehdä kovin pitkälle meneviä johtopäätöksiä vastaavan rakenneratkaisun toimivuudesta laajempiomisteisissä kiinteistöosakeyhtiöissä. Toinen ongelma on luovutushinnan suuruus; voiko se hyväksyttävästi olla todennäköisestä luovutushinnasta poikkeava vai edellytetäänkö sen käyttämistä. Ratkaisumallin käyttö ei liene mielekäästä, jos luovutushintojen poikkeaminen hankintahinnasta aiheuttaa merkittävät luovutusvoittoveroseuraamukset osakkeenomistajalle.

4 YHTIÖOIKEUDEN ASETTAMAT RAJOITTEET OSAKEVASTIKKEEN ANTAMISELLE

Edellisessä luvussa käsiteltiin yhtä yhtiöoikeuden asettamaa rajoitetta osakevastikkeen antamisessa eli murto-osaisen osakkeen antamiskieltoa. Tässä luvussa käsitellään muita yritysjärjestelytilanteita, joissa OYL:n sääntely aiheuttaa tulkintakonflikteja vero-oikeudellisen sääntelyn sanamuotojen kanssa.

EVL 52a.1 §:n 2) kohdassa säädetään sulautumismuodoista, joissa ei vaadita sulautumisvastikkeen antamista. Nämä sulautumismuodot ovat tytäryhtiösulautuminen, jossa vastaanottava yhtiö omistaa kaikki sulautuvan yhtiön osakkeet, sekä sisaryhtiösulautuminen, jossa sekä sulautuvan että

vastaanottavan yhtiön kaikki osakkeet ovat saman yhtiön omistuksessa. Tämä muutos säädettiin lakiin vuoden 2007 alusta. Tytäryhtiösulautumista koskevan säännöksen puuttuminen oli yllättävää, koska direktiivissä on sitä koskeva säännös. KVL antoi pian lain voimaantulon jälkeen vuonna ennakkoratkaisun 169/1996⁹, jossa se totesi, että tytäryhtiösulautuminen voidaan myös toteuttaa veroneutraalisti. Myös sisaryhtiösulautuminen, joka rakenteeltaan vastasi nykyistä lakia, hyväksyttiin toteutettavaksi veroneutraalilla sulautumisella. KVL antoi siitä ennakkoratkaisun 274/1996¹⁰ jo vuonna 1996 pian lain voimaantulon jälkeen.

Tytäryhtiösulautumisessa, jossa vastaanottava emoyhtiö omistaa kaikki sulautuvan tytäryhtiönsä osakkeet, OYL 16:16.3:n mukaan vastaanottavan yhtiön omistamat sulautuvan yhtiön osakkeet eivät tuota oikeutta sulautumisvastikkeeseen. Vastaanottava yhtiö ei voi siis antaa itselleen osake- tai rahavastiketta. Direktiivissä ja EVL 52a.1 §:n 2) kohdassa on siten otettu huomioon yhtiöoikeudellisen sääntelyn sisältö. Sisaryhtiösulautumisessa on EVL 52a.1 §:n 2) kohdassa otettu huomioon oikeuskäytännön kanta ja reaaliaailma, jossa tällaisessa tilanteessa ei ole oikeudellista tai taloudellista tarvetta antaa sulautuvan yhtiön osakkeenomistajalle, emoyhtiölle, vastaanottavan yhtiön osakkeita, koska se omistaa jo kaikki vastaanottavan yhtiön osakkeet. OYL mahdollistaa osakevastikkeen antamisen tällaisessa sisaryhtiösulautumisessa. Verolainsäädäntö on siten tässä asiassa joustavampi.

OYL 16:16.3:n mukaan sulautuvan yhtiön omistamat omat osakkeet eivät oikeuta sulautumisvastikkeeseen. Tämä ei ole oikeus- ja verotuskäytännössä aiheuttanut tulkintaongelmia, koska vakiintuneesti tulkitaan, että EVL 52a ja 52c § edellyttävät osakevastikkeen antamista vain ulkona oleville osakkeille. Tätä ei tosin ole säännöksissä nimenomaisesti säännelty. Direktiivi edellyttää, että vastikkeeksi annetaan toisen tai uuden yhtiön yhtiöpääomaa edustavia arvopapereita. Yhtiön hallussa olevat omat osakkeet eivät oikeuta osinkoon eivätkä jako-osuuteen yhtiön purkautuessa. Siten tällä

⁹ KVL 169/1996: L Oy omisti B Oy:n osakekannan kokonaan. L Oy omisti 145/260 N Oy:n osakekannasta ja B Oy 115/260 N Oy:n osakekannasta. Lisäksi LL Oy omisti ML Oy:n osakekannan kokonaan. Jos B Oy ja N Oy sulautuisivat L Oy:öön ja ML Oy LL Oy:öön, sulautuvien yhtiöiden ei katsottu purkautuvan verotuksessa. Sulautuvien yhtiöiden verotuksissa vähentämättä olevat hankintamenot ja muut vähennyskelpoiset menot vähennettiin vastaanottavien yhtiöiden verotuksissa samalla tavalla kuin ne olisi vähennetty sulautuvien yhtiöiden verotuksissa. Tytäryhtiöfuusioissa, joissa osakkeenomistajille ei annettu mitään vastiketta, oli noudatettava EVL 52b §:stä ilmenevää jatkuvuusperiaatetta.

¹⁰ KVL 274/1996: Liiketoimintaa harjoittavat A Oy ja B Oy ovat X Oy:n kokonaan omistamia tytäryhtiöitä. B Oy sulautuu A Oy:öön. Fuusiosopimuksen mukaan A Oy ottaa vastaan kaiken B Oy:n varallisuuden sekä sitoutuu vastaamaan tämän veloista, vastuista ja muista sitoumuksista. Fuusiovastiketta ei suoriteta. B Oy:n osakkeet mitätöidään fuusion toteutuessa. Sulautumista pidetään EVL 52a §:ssä tarkoitettuna sulautumisena, johon sovelletaan EVL 52b §:stä ilmeneviä periaatteita.

perusteella voidaan katsoa, etteivät nämä osakkeet edusta yhtiöpääomaa. Yhtiöpääomaa edustavina osakkeina voidaan direktiivin mukaan pitää sellaisia osakkeita, joilla on osakeyhtiössä taloudellisia oikeuksia. Yhtiön hallussa olevilla omilla osakkeilla niitä ei ole. Tulkintatukea saadaan myös ArvL 9 §:stä, jonka mukaan osakkeen matemaattinen arvo lasketaan jakamalla yhtiön tarkistettu nettovarallisuuden määrä yhtiön ulkona olevien osakkeiden lukumäärällä. Vero-oikeudellinen tulkinta vastaa siten OYL:ssa asetettua rajoitetta, joten tältä osin eri oikeuden alojen säännöksiä merkitys on yhtäläinen.

Sekasulautuminen on absorptiosulautumisen eräs ”alalaji”. Siinä vastaanottava yhtiö omistaa osan sulautuvan yhtiön osakkeista. Siten OYL 16:16.3:n vuoksi osalle sulautuvan yhtiön osakkeenomistajista ei sulautumisvastiketta voida antaa. EVL 52a.1 §:n sanamuodon perusteella voi tehdä johtopäätöksen, että veroneutraalius edellyttää sitä, että kaikille osakkeenomistajille on annettava osakevastike, ellei säännöksessä ole sallittu poikkeusta. Poikkeus on sallittu vain momentin 2) kohdassa tarkoitetuissa tilanteissa eli tytäryhtiösulautumisessa ja sisaryhtiösulautumisessa, kun sekä sulautuvan että vastaanottavan yhtiön kaikki osakkeet omistaa sama yhtiö. Tätä johtopäätöstä voidaan tukea myös sillä periaatteella, että poikkeussäännöstä on tulkittava suppeasti. Sulautumisen veroneutraalius on poikkeus varojen siirron veronalaisuudesta, joten tulkinnan lähtökohtana tulisi olla, että muissa kuin säännöksen sanamuodon mukaiseen soveltamisalaan kuuluvissa sulautumisissa, joissa kaikille sulautuvan yhtiön osakkeenomistajille ei osakevastiketta anneta, sulautuminen on veronalainen transaktio. Tällainen tulkinta aiheuttaa hankalan tulkintakonfliktin, kun OYL ei mahdollista osakevastikkeen antamista vastaanottavalle yhtiölle itselleen.¹¹

Käytännössä tilanne voi olla sellainen, että sulautuvan tytäryhtiön osakkeet ovat paitsi emoyhtiön mutta myös toisen sulautuvan tytäryhtiön omistuksessa. Emoyhtiö omistaa siten sekä välittömästi että välillisesti tytäryhtiönsä kautta sulautuvan yhtiön osakkeet. Jos nämä yhtiöt osallistuvat kaikki sulautumiseen eli sulautuvat emoyhtiönsä, ei sulautumisvastiketta voida antaa lainkaan, koska emoyhtiö ei voi saada sulautumisvastiketta vastaanottavana yhtiönä. Tämä aiheuttaa tulkinnallisen jännitteen EVL 52a §:n sanamuodon kanssa. EVL 52a §:ssä ei määritellä, että vastaanottavan emoyhtiön tulisi välittömästi omistaa sulautuvan yhtiön osakkeet. Omistamista ei määritellä säännöksessä. Säännöksessä ei siis sanota, ettei omistus voisi olla välillistä.¹²

¹¹ Ks. myös *Järvenoja* 2010, s. 6–8.

¹² Ks. *Immonen* 2008, s. 47.

KHO on ratkaisussaan 2007 T 2903 tulkinnut EVL 52a §:ää niin, että myös välillinen omistus on mahdollinen, eikä se estä sulautumissäännöksen soveltumista. KHO ei perusteluissaan totea nimenomaisesti, että välillinen omistus tulisi rinnastaa välittömään omistukseen, vaan toteaa, että tällainen sulautuminen on EVL 52a.1 §:n 2 kohdan sulautumiseen verrattava tilanne. Tässä kohdassa säädetään sekä tytär- että sisaryhtiösulautumisen vastikkeettomuudesta. Siten KHO:n voidaan katsoa rinnastaneen ko. tapauksen sulautumisen osittain sekä tytär- että sisaryhtiösulautumiseen.¹³

KHO 13.11.2007 T 2903: A Oy:n oli tarkoitus sulautua B Oy:öön. Yhtiöiden emoyhtiö omisti kokonaisuudessaan vastaanottavan B Oy:n osakekannan ja 40 prosenttia sulautuvan A Oy:n osakkeista. B Oy omisti loput 60 prosenttia A Oy:n osakkeista. Koska emoyhtiö omisti vastaanottavan yhtiön kokonaisuudessaan ja sulautuvan yhtiön osaksi suoraan ja osaksi vastaanottavan yhtiön kautta, katsottiin sulautuminen elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 52a §:n 1 momentin 2 kohdassa tarkoitettuun sulautumiseen verrattavaksi tilanteeksi. Näin ollen sulautumiseen sovellettiin elinkeinotulon verottamisesta 52b §:stä ilmevä jatkuvuusperiaatetta siitä huolimatta, että sulautumisvastiketta ei suoritettu. KHO: ei muutosta.

KHO:n ratkaisu viittaa siihen, että KHO tulkitsee EVL 52a §:ää säännöksen sanamuotoa laajemmin. Tapauksessa emoyhtiö omisti kokonaan vastaanottavan yhtiön osakekannan. KHO:n ratkaisun 2007 T 2903 voidaan siten katsoa vahvistavan tulkintaa, jonka mukaan edelleen voidaan hyväksyä ilman sulautumisvastiketta toteutettava sulautuminen, jossa emoyhtiö omistaa vain osittain joko sulautuvan tai vastaanottavan yhtiön osakekannan, mutta sulautumisen lopputuloksena on, että emoyhtiö omistaa kokonaan vastaanottavan yhtiön osakkeet. EVL 52a §:n muutoksella ei ollut tarkoitus supistaa säännöksen sisältämien periaatteiden soveltamista myös sellaisiin sulautumisiin, jotka on oikeuskäytännössä hyväksytty jo ennen lainmuutosta.¹⁴

Oikeuskäytännön ratkaisujen perusteella voitaneen tulkintalinjana esittää, että myös tilanteissa, joissa emoyhtiöön sulautuu useampia tytäryhtiöitä, joita emoyhtiö omistaa osittain myös välillisesti sulautuvien tytäryhtiöiden kautta, sulautumiset hyväksytään verotuksessa myös ilman sulautumisvastikkeen antamista.¹⁵ Tulkintalinja on yhteneväinen yhtiölainsäädännön kanssa, koska OYL ei salli vastikkeen antamista tällaisissa sulautumisissa.

¹³ Penttilä 2008, s. 98.

¹⁴ Ks. Järvenoja 2007, s. 75–76.

¹⁵ Samoin Immonen 2008, s. 46.

Oikeuskäytännön EVL 52a §:n sanamuotoa lievempi tulkintalinja on saanut vahvistusta myös myöhemmissä KHO:n päätöksissä.¹⁶ Ratkaisussa KHO 2011:2 hyväksyttiin, että EVL 52a § soveltuu, kun sulautumisvastiketta voitiin antaa vain sulautuvan yhtiön osakkeista puolet omistaneille luonnollisille henkilöille, mutta osakevastiketta ei voitu antaa OYL:n säännösten vuoksi vastaanottavalle yhtiölle, joka omisti myös puolet sulautuvan yhtiön osakkeista. Tässäkin päätöksessä KHO otti huomioon sen, ettei OYL sallinut osakevastikkeen antamista kaikille sulautuvan yhtiön osakkeenomistajille.

KHO 2011:2: A Oy omisti 50 prosenttia B Oy:n osakkeista. Neljä luonnollista henkilöä omistivat loput B Oy:n osakekannasta. B Oy sulautui osakeyhtiölain 16 luvun säännösten mukaisesti A Oy:öön siten, että B Oy:n kaikki varat ja velat siirtyvät A Oy:lle. Vastaanottavalle yhtiölle A Oy:lle ei suoritettu sulautumisvastiketta. Muut sulautuvan B Oy:n osakkaat saivat vastikkeena A Oy:n liikkeeseen laskemia uusia osakkeita. Korkein hallinto-oikeus katsoi, että sulautumiseen voitiin soveltaa elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 52a §:n ja 52b §:n säännöksiä.

Edellä todettiin, että EVL 52a § hyväksyy nykyisin sellaisen sisaryhtiösulautumisen ilman osakevastiketta sulautuvan yhtiön osakkeenomistajalle, kun sekä vastaanottavan että sulautuvan yhtiön kaikki osakkeet omistaa niiden emoyhtiö. Tässä tilanteessa ei ole kysymys OYL:n asettamista rajoitteista osakevastikkeen antamiseen, vaan reaalisen ja tosiasiallisen tilanteen hyväksymisestä lainsäädännössä. Osakevastikkeen antaminen emoyhtiölle ei ole tarpeellista sulautumisen osapuolten tosiasiallisen omistusrakenteen vuoksi. Samantyyppisestä tilanteesta oli kysymys KHO:n päätöksessä 2010:79, jossa osakevastiketta ei OYL:n sisältämien rajoitteiden vuoksi voinut antaa vastaanottavalle yhtiölle, mutta tosiasiallista tarvetta ei ollut antaa myöskään toiselle sulautuvan yhtiön osakkeenomistajalle, koska hän omisti kaikki vastaanottavan yhtiön osakkeista. Merkittäväksi päätöksen tekee se, että kyseinen osakkeenomistaja oli luonnollinen henkilö.

KHO 2010:79: X oli omistanut koko A Oy:n osakekannan ja 23,4 prosenttia B Oy:n osakekannasta. A Oy oli omistanut loput eli 76,6 prosenttia B Oy:n osakekannasta. B Oy oli 31.3.2008 sulautunut A Oy:öön. X:llä ei ollut tarvetta saada sulautumisvastikkeeksi vastaanottavan yhtiön liikkeeseen laskemia osakkeita, koska hän omisti vastaanottavan yhtiön joka tapauksessa kokonaan, joten sulautuminen toteutettiin maksamatta lainkaan sulautumisvastiketta. Korkein hallinto-oikeus katsoi, että su-

¹⁶ Penttilä 2012, s. 34–35.

lautumista oli pidettävä elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 52a §:ssä tarkoitettuun sulautumiseen verrattavana sulautumisena, johon voidaan soveltaa elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 52b §:stä ilmenevää jatkuvuusperiaatetta. Verovuosi 2008. Äänestys 3–2.

KHO:n päätöksen perusteella voitaneen tehdä tulkinta, että tapauksessa, jossa luonnollinen henkilö omistaa kokonaan sekä vastaanottavan että sulautuvan yhtiön osakekannat, ei ole EVL 52a §:n soveltumisen vuoksi annettava osakevastiketta osakkeenomistajalle. Oikeuskäytännön ratkaisua asiasta ei ole, mutta verotuskäytännössä tällaisia sulautumisia on hyväksytty ilman osakevastiketta.

KHO:n päätöksessä 2010:70 vähemmistö toi esiin mielenkiintoisen tulkintakysymyksen, joka liittyy luonnollisen henkilön luovutusvoittoverotuksessa olevaan mahdollisuuden hyödyntää hankintameno-olettamaa. Vähemmistö lausui:

”Asiassa on kysymys sulautumisesta, jossa sulautuvan yhtiön osakkeet omistaa osin vastaanottava yhtiö ja osin luonnollinen henkilö, joka omistaa myös vastaanottavan yhtiön koko osakekannan. Järjestelyssä ei suoriteta sulautumisvastiketta. Elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 52a ja 52b §:n säännösten soveltaminen sulautumiseen edellyttää tällaisessa tapauksessa laajentavaa tulkintaa. Sulautumista koskevia säännöksiä on useissa yhteyksissä tulkittu niiden sanamuotoa laajemmin säännösten yleisen tarkoituksen pohjalta. Tällaisen on syytä katsoa edellyttävän muun ohessa, ettei järjestelyn tuloksena synny ylimääräisiä veroetuja niin sanotun jatkuvuusperiaatteen noudattamisen lisäksi. Asiassa kyseessä olevassa järjestelyssä luonnollisen henkilön suoraan omistamien sulautuvan yhtiön osakkeiden arvo siirtyy hänen omistamiensa vastaanottavan yhtiön osakkeiden arvon lisäykseksi. Osakkeiden arvon siirtyminen osaksi toisten osakkeiden arvoa voi tietysti edellytyksin johtaa osakkeiden arvonnousun siirtymiseen edullisemman hankintameno-olettaman piiriin.”

Vähemmistön lausuman perusteella ei voida pitää kokonaan poissuljettuna ajatusta, että korkeamman hankintameno-olettaman hyödyntäminen voisi olla verolain tarkoituksen vastaista. Tällöin voisi olla mahdollista soveltaa EVL 52h §:n veron kiertämissäännöstä sulautumiseen. Tällainen tilanne voisi olla esimerkiksi, kun liiketoimintaa harjoittavan yhtiön arvo nousee hyvin nopeasti ja sen myynti tulee ajankohtaiseksi, mutta luovutusvoiton laskennassa sovellettaisiin 20 prosentin hankintameno-olettamaa. Hankintameno-olettama voitaisiin nostaa kaksinkertaiseksi, jos tämä yhtiö sulautuisi samojen omistajien samassa omistussuhteessa vähintään kymmenen vuotta

omistamaan toiseen osakeyhtiöön ja sulautumisessa osakevastiketta ei annettaisi lainkaan, koska se ei olisi taloudellista tarpeellista. Kun sulautumisen jälkeen myytäisiin vastaanottavan yhtiön osakkeet, luovutusvoiton verotuksessa sovellettaneen formaalia tulkintaa, mikä merkitsisi, ettei vastaanottavan yhtiön osakkeiden omistusaikaa voitaisi lyhentää verotuksellisessa laskennassa sillä perusteella, että osakkeiden taloudellinen arvo perustuisi pääosin sulautuneen yhtiön arvoon. Jos tällaista toimintarakennetta ei haluttaisi hyväksyä, olisi sovellettava EVL 52h §:n veron kiertämissäännöstä, jolloin sulautumista ei käsiteltäisi veroneutraalina.

Oikeuskäytännön linjana voidaan siten pitää tulkintaa, jonka mukaan EVL 52a §:n sanamuotoa laajemmin voidaan sulautuminen hyväksyä konsernin sisäisissä sulautumisissa ilman vastikkeen antamista. Tältä osin tulkinta on yhtenäinen OYL:n sääntelyn kanssa siinä mielessä, että verotuksessa hyväksytään sulautuminen ilman sulautumisvastiketta silloin, kun OYL ei salli sellaisen antamista vastaanottavalle yhtiölle. Oikeuskäytännön tulkintalinjaa voidaan pitää yhtäältä hyvin liiketoimintojen yhdistämisen reaali maailman ja toisaalta myös OYL:n asettamat rajoitteet huomioon ottavana. Siten oikeuskäytännön tulkinnat eivät aseta olennaisia rajoitteita liiketoiminnallisesti järkeville sulautumisratkaisuille. Ongelmia aiheuttaa se, ettei verolainsäädännössä ole vielä kukaan otettu huomioon nykyisen OYL:n tuomia uudistuksia. Yritysjärjestelykentällä tämä merkitsee sitä, ettei EVL 52a § tunnista lainkaan OYL 16:2:ssa tarkoitettua kolmikan-tasulautumista.¹⁷

5 OIKEUSKÄYTÄNNÖN TULKINTOJEN ”EPÄTASAPAINO” ERI YRITYSJÄRJESTELYMUODOISSA

5.1 Yleistä

Edellisessä luvussa käsiteltiin varsin laajasti oikeuskäytännön tulkintalinjaa tilanteissa, joissa sulautumisvastiketta ei voitu antaa OYL:n sisältämien rajoitteiden vuoksi tai taloudellisesti tarpeettomana, koska se ei olisi muuttanut vastaanottavan yhtiön osakkeita omistavan tahon tosiasiallista asemaa yhtiön omistajana. Oikeuskäytännön linjan totesin tunnistavan hyvin taloudellisen reaali maailman ja hyväksyvän EVL 52a §:n sanamuotoa laajemman soveltamisalan tulkinnan. Oikeuskäytännön tulkinnan voi

¹⁷ Ks. tästä myös *Penttilä* 2013, s. 165–167.

väittää olevan epätasapainoinen, koska samaa tulkintalinjaa ei näytettäisi noudatettavan muissa direktiivin tarkoittamissa yritysjärjestelymuodoissa, kuten jäljempänä ilmenee.

Tässä yhteydessä voidaan tuoda esiin KHO:n ratkaisussa 10.10.1997 T 2531¹⁸ vähemmistöön jääneen hallintoneuvoksen lausunnossaan esiintuomat perusteet. Vähemmistöön jääneen hallintoneuvoksen äänestyslausunnossa tuodaan esiin se, että KHO:n aikaisemmassa ratkaisukäytännössä ei ole otettu kantaa suomalaisen osakkaan verotukseen tällaisessa tilanteessa. Kun yritysjärjestelydirektiivi implementoitiin EVL:iin, tarkoituksena ei ollut laventaa EVL 52b.4 §:n periaatteita koskemaan sellaisia sulautumisia, jotka eivät kuulu EVL 52.1–2 §:n soveltamisalaan. Näillä perusteilla vähemmistöön jäänyt hallintoneuvos olisi kumonnut KVL:n ennakkotiedon, jonka enemmistö hyväksyi sellaisenaan.

Vaikka KHO:n päätös 10.10.1997 T 2531 koski ulkomaista sulautumista, kuvastanevat vähemmistön esittämät perusteet erästä olennaista kysymystä eri yritysjärjestelysäännösten tulkinnassa:

- Vaikuttaako tulkintahistoria sulautumissäännöksen tulkinnassa, mutta muiden yritysjärjestelysäännösten tulkinnassa on lähdettävä ”puhtaalta pöydältä”?
- Perustuuko sulautumissäännöksen sanamuotoa laajempi soveltamisala tulkinnan jatkuvuusvaateeseen, kun säännöksen sisältö vastaa aikaisempaa säännöstä?
- Voidaanko uusien yritysjärjestelysäännösten kohdalla vaatia tiukempaa sanamuodon mukaista tulkintaa, koska yritysjärjestelysäännökset ovat poikkeussäännöksiä?

Oikeuskäytännön tulkinnat antavat mielestäni perusteita vastata myöntävästi kaikkiin kolmeen esitettyyn kysymykseen.

5.2 Vastikkeettomuus jakautumisessa

Jakautumisessa vastaanottava yhtiö voi olla uusi perustettava yhtiö tai toimiva yhtiö. Kun jakautuminen tapahtuu toimivaan yhtiöön, voi

¹⁸ KHO 10.10.1997 T 2531: Suomalaisen yhtiön omistamien kanadalaisten yhtiöiden osakkeet vaihtuivat fuusion seurauksena uuden kanadalaisen yhtiön osakkeisiin. Vaikka sulautuvat yhtiöt olivat EU:n jäsenvaltioiden ulkopuolella kotipaikan omaavia yhtiöitä, sulautuvan yhtiön suomalaisen osakkeenomistajan verotuksessa sovellettiin EVL 52b.4 §:n säännöksestä ilmenevää periaatetta, jonka mukaan sulautuvan yhtiön osakkeenomistajan verotuksessa osakkeiden vaihtamista vastaanottavan yhtiön osakkeisiin ei pidetä osakkeiden luovutuksena. Äänestys 4–1.

vastaanottavana yhtiönä olla OYL:n mukaan myös jakautuvan yhtiön emoyhtiö. Tällainen jakautuminen voi olla sekä kokonais- tai osittaisjakautuminen. OYL 17:16.3 estää emoyhtiötä vastaanottavana yhtiönä ja jakautuvan yhtiön osakkeenomistajana saamasta jakautumisvastiketta. OYL:n mukaan siis sellaisessa kokonais- tai osittaisjakautumisessa, jossa yhtenä vastaanottavista yhtiöistä on jakautuvan yhtiön emoyhtiö, on jakautuminen osittain vastikkeeton. Se voi olla myös kokonaan vastikkeeton osittaisjakautumisessa, jossa ainoana vastaanottavana yhtiönä on emoyhtiö. Konsernin liiketoiminnan rakenteen kehittämisen kannalta voi olla liiketoiminnallisesti järkevää yhdistää sellainen tytäryhtiön harjoittama liiketoiminta emoyhtiön harjoittamaan samaan tai sitä tukevaan liiketoimintaan siirtämällä tämä liiketoiminta emoyhtiöön jakautumisella. Jakautumista koskeva EVL 52c § ei sitä vastoin sanamuotonsa mukaan mahdollista jakautumisen toteuttamista ilman osakkeenomistajille annettavaa vastiketta. Vastikkeeton jakautuminen ei siis ole säännöksen sanamuodon mukaan mahdollinen.

EVL 52c §:n ja OYL:n sääntelyt eivät siis ole yhtenevät osakevastikkeen antamisen osalta. Vero-oikeudellisesti tulkintaongelmana on, jostaako EVL 52c §:n sanamuoto niin, että veroneutraalisti voitaisiin toteuttaa sellainen jakautuminen, jossa vastaanottavana yhtiönä on emoyhtiö ilman jakautumisvastiketta. KHO on ottanut asiaan kantaa päätöksessään 2008:65.¹⁹

KHO 2008:65: Kun A Oy:n kokonaan omistama tytäryhtiö MG Oy purkautui siten, että kiinteistöjen omistus ja hallinnointi siirtyi perustettavaan uuteen yhtiöön, joka antoi vastikkeeksi omia uusia osakkeitaan, ja muu liiketoiminta siirtyi vastikkeetta A Oy:lle, ei kysymyksessä ollut elinkeinotulon verottamisesta annetussa laissa tarkoitettua kokonaisjakautumisesta, johon voitiin soveltaa mainitun lain 52 c ja 52 b §:iä. Ennakkoratkaisu. Verovuodet 2007 ja 2008.

KHO ei siis hyväksynyt osittain vastikkeetonta kokonaisjakautumista veroneutraaliksi yritysjärjestelytoimeksi. KHO:n tulkintalinja tarkoittaa luonnollisesti myös sitä, että vastikkeeton osittaisjakautuminen ei ole myöskään veroneutraali EVL 52c §:n tarkoittama jakautuminen. Jakautuminen on siis tällöin kokonaisuudessaan verollinen toimenpide, eikä KHO:n ratkaisua voida tulkita siten, että muulta osin jakautuminen hyväksyttäisiin veroneutraaliksi.

KHO:n esittämä perustelu ratkaisulle on hieman yllättävä, kun KHO esittää päätöksensä perusteena vain sen, että vaikka EVL 52c §:n (silloinen) sanamuoto on hieman epäselvä, ei tarkoitus ole ollut säätää jakautumisen

¹⁹ Ks. myös *Penttilä* 2012, s. 36–37.

vastikkeettomuudesta.²⁰ Verovelvollinen oli vedonnut valituksessaan yritysjärjestelydirektiiviin ja KHO hankkinut lisäksi valtiovarainministeriön lausunnon asiasta. Tässä lausunnossa ministeriö varsin laajasti pohti asiaa nimenomaan direktiivin kannalta. Direktiivin tulkintavaikutuksen osalta KHO totesi yllättävästi lyhyesti vain, ettei kysymys ole EY-oikeuden tulkinnasta.²¹

Valtiovarainministeriön lausunnossa pohdittiin laajasti jakautumisen vastikkeettomuutta. Ministeriö lausuu, että

”on huomattava, että yritysjärjestelydirektiivikään ei sisällä säännöksiä jakautumisen vastikkeettomuudesta sellaisessa tilanteessa, jossa yhtiö jakautuisi sellaiseen yhtiöön, joka omistaa koko jakautuvan yhtiön osakekannan. Valtiovarainministeriön käsityksen mukaan yritysjärjestelydirektiivin jakautumisen verotusta koskevia säännöksiä ei ole tarkoitettukaan sovellettavaksi tällaisessa tilanteessa. Sulautumisen kohdalla tilanne on toisin yritysjärjestelydirektiivin ja EVL:n nimenomaisiin säännöksiin perustuen. Toisin kuin asiassa on esitetty, hakemuksessa ja valituksessa esitetyn tilanteen verokohtelu ei valtiovarainministeriön käsityksen mukaan ole ratkaistavissa sulautumista koskevaan sääntelyyn ja oikeuskäytäntöön perustuen. . . Yritysjärjestelyjen kansallisella verosääntelyllä ja yhteisön direktiiveihin perustuvalla verosääntelyllä on muusta lainsäädännöstä erillinen verojärjestelmään perustuva sisältö sekä muusta lainsäädännöstä erilliset päämäärät ja soveltamisedellytykset. Sillä seikalla, onko hakemuksessa esitetty jakautuminen jakautuvan yhtiön koko osakekannan omistamaan emoyhtiöön mahdollinen yhtiöoikeudellisesti, ei ole katsottava olevan merkitystä järjestelyn verokohtelun kannalta. Yritysjärjestelydirektiivin ja EVL:n soveltamisedellytykset täyttäviin yritysjärjestelyihin liittyvät veroedut sekä järjestelyissä osallisina olleille yhtiöille että osakkeenomistajille on varsin merkittävä poikkeus tuloverotuksessa yleisesti noudatettavista periaatteista, minkä vuoksi kyseisen verolainsäädännön soveltamisedellytykset on rajattu ja määriteltävä selkeästi. Kyseistä sääntelyä ei tule laajentavasti soveltaa sellaisissa tilanteissa, jotka eivät kuulu sääntelyn soveltamisalaan. Hakemuksessa esitetystä järjestelystä on tosiasiaa kyse tytäryhtiösulautumisesta

²⁰ EVL 52c §:n sanamuodossa oli epäselvästi yhdistetty kokonais- ja osittaisjakautumisen vastikkeellisuusvaatimus siten, että säännöstä saattoi myös lukea niin, ettei kokonaisjakautumisessa ole välttämätöntä aina antaa vastiketta. Säännös on kirjoitettu uudelleen selkeämmäksi tässä suhteessa lailla 30.12.2008/1077.

²¹ Tämä toteamus näyttäisi olevan ristiriidassa EY-tuomioistuimen ratkaisuissaan C-28/95, Leur-Bloem ja C 43/00, Andersen og Jensen sen omaan toimivaltaa koskevan tulkinnan kanssa. Molemmissa ratkaisuissa EY-tuomioistuin totesi olevansa toimivaltainen käsittelemään ennakkotietokysymykset, vaikka ne koskivat kansallista yritysjärjestelytilannetta, koska direktiivi oli implementoitu siten, että se sisälsi samanlaiset säännökset sekä rajat ylittäviä että kansallisia yritysjärjestelyitä koskien.

siltä osin kuin emoyhtiö olisi vastaanottavana yhtiönä. On huomattava, että sulautumisen ja jakautumisen verokohtelu ei ole yhtenevä muun muassa EVL 52 c §:ssä tarkoitettujen varojen ja velkojen siirtymisen, liiketoimintakokonaisuuden, varausten siirtymisen ja vastaanottavan yhtiön osakkeiden hankintamenon määräytymisen osalta. Lisäksi muun muassa tuloverolain tappiotasauksesta annettuihin säännöksiin perustuva tappioiden siirtyminen vastaanottavalle yhtiölle riippuu muun ohessa siitä, mitä transaktioita ja missä järjestyksessä yritysjärjestelyissä tehdään. EVL:n jakautumista koskevien säännösten soveltaminen hakemuksessa esitettyyn järjestelyyn tarkoittaisi sitä, että jakautumista koskevia verosäännöksiä sovellettaisiin myös tytäryhtiösulautumiseen, johon niitä ei ole tarkoitettu sovellettaviksi. Tällöin myös järjestelyn veroseuraamukset ja järjestelyn jälkeisen tilanteen verokohtelu voivat olla erilaiset kuin sulautumisessa. Tällainen tilanne ei ole EVL:n säännösten sisällön ja tarkoituksen mukainen, eikä jakautumisesta annettuja verosäännöksiä ole sovellettava tilanteessa, jossa kyse on tytäryhtiösulautumisesta.”

Ministeriön lausunnossa on käsitelty keskeisiä jakautumisen vastikkeettomuuden vero-oikeudellisia kysymyksiä. Nämä perusteet voidaan esittää kootusti seuraavana luettelona:

- yritysjärjestelydirektiivi ei sisällä sääntelyä vastikkeettomasta jakautumisesta
- EVL 52c § ei sisällä sääntelyä vastikkeettomasta jakautumisesta
- vastikkeetonta sulautumista koskevaa oikeuskäytäntöä ei voida soveltaa sellaisenaan jakautumisiin
- vastikkeettoman jakautumisen hyväksyminen yhtiöoikeudessa ei merkitse sen hyväksymistä vero-oikeudessa
- yritysjärjestelyjen veroedut ovat merkittäviä poikkeuksia tuloverotuksen yleisistä periaatteista, joten ne on ollut säädettävä rajatusti ja selkeästi
- sulautumisen ja jakautumisen verokohtelu ei ole yhtenevä
- jakautumista koskevia säännöksiä sovellettaisiin myös tosiasialliselta luonteeltaan tytäryhtiösulautumiseen, josta luonteeltaan emoyhtiöön jakautumisessa on kysymys.

Ministeriön lausunnossa esitetyt perustelut ovat sinänsä vakuuttavat ja perustuvat nykyiseen jakautumista koskevaan sääntelyyn. Voidaan kuitenkin kysyä, tulisiko verolainsäädännön tulkinnan olla niin joustava, että säännöksen sanamuotoa laajentaen hyväksyttäisiin myös ”suoran” reitin mukainen yritysjärjestely, kun samaan lopputulokseen voidaan päästä myös pitempää reittiä. Tällainen tulkintatapa poikkeaisi merkittävästi vero-oikeudessa noudatettavasta lainalaisuusperiaatteesta eli että verosta on säädettävä

lailla (PL 81 §). KHO:n tapauksessa kuvatus ns. tytäryhtiöjakautumisen sallittavuus veroneutraalisti edellyttäisi siten EVL 52c §:n muuttamista, ellei säännöstä tulkita joustavasti yritysjärjestelydirektiivin tavoitteiden mukaisesti. Tällaista joustavaa tulkintaa voidaan perustella myös sillä, ettei jakautuminen emoyhtiöön synnytä mitään ”ylimääräisiä” veroetuja. Emoyhtiö muuttaa liiketoiminnan välillisen omistamisen välittömäksi omistukseksi ja menettää samalla mahdollisuuden hyödyntää EVL 6b §:n verovapautta ko. liiketoiminnan luovutuksen yhteydessä. Lisäksi voidaan todeta, että jakautumisessa annetaan osakkeenomistajille rahavastiketta huomattavasti harvemmin kuin sulautumisissa.

Liiketoiminnallisesti samaan lopputulokseen nimittäin päästään jakautumalla ensin vastaanottavaan yhtiöön, joka voi olla myös toimiva yhtiö ja joka sulautuu tämän jälkeen emoyhtiönsä. Tämä menettely vie luonnollisesti hieman enemmän aikaa ja aiheuttaa enemmän kustannuksia. Kun lopputulos on liiketoiminnallisesti tavoiteltu ja perusteltu, ei tällaiseen kaksivaiheiseen toimenpidesarjaan liity myöskään mahdollisuutta puuttua EVL 52h §:n veron kiertämissäännöksellä.

Jos tytäryhtiöjakautuminen hyväksyttäisiin vetoamalla siihen, että siinä on tosiasiaa kysymys tytäryhtiösulautumisesta, merkitsisi se sitä, että hyväksyttäisiin ns. osittaissulautuminen. Näin tapahtuisi, kun jakautuminen olisi osittaisjakautuminen, jossa liiketoimintakokonaisuus siirrettäisiin emoyhtiöön. Osittaissulautumista ei OYL eikä EVL 52a–b § hyväksy toteutettavaksi veroneutraalisti sulautumisena. Jos tytäryhtiöjakautuminen hyväksyttäisiin myös verotuksessa, merkitsisi tämä todellisuudessa uuden yritysjärjestelytoimen hyväksymistä.

Valtiovarainministeriö otti lausunnossaan kantaa myös tytäryhtiöjakautumisen yhtiöoikeudelliseen hyväksyttävyyteen, vaikka yhtiöoikeudelliset asiat eivät kuulu sen toimivaltaan. Ministeriö toteaa lausunnossaan, että

”jakautumisen oikeusvaikutuksia koskevan OYL 17 luvun 16 §:n 3 momentissa on säädetty, että vastaanottavan tai jakautuvan yhtiön omistamat jakautuvan yhtiön osakkeet eivät tuota oikeutta jakautumisvastikkeeseen. OYL:sta annetussa hallituksen esityksessä on myös todettu, että vaikka jakautumista ei voida toteuttaa tytäryhtiösulautumista vastaavassa yksinkertaistetussa menettelyssä, jakautumisessa toimivaan yhtiöön voidaan absorptiosulautumista vastaavalla tavalla olla antamatta jakautumisvastiketta ja että jakautumisvastikkeen antamatta jättäminen on yhdenvertaisuusperiaatteen johdosta mahdollista vain vastiketta vaille jääneen suostumuksella (HE 109/2005 vp). Valtiovarainministeriön käsityksen mukaan mainitut OYL 17 luvun 16 §:n 3 momentin säännös ja hallituksen esityksen maininta tulisivat sovellettaviksi esimerkiksi

tilanteessa, jossa vastaanottava yhtiö omistaa osan jakautuvan yhtiön osakkeista. On sen sijaan epäselvää, onko kokonaisjakautumisesta annettuja OYL:n säännöksiä tarkoitettu sovellettavaksi sellaiseen tilanteeseen, jossa vastaanottava yhtiö omistaisi koko jakautuvan yhtiön osakekannan. ... Sulautumisdirektiivissä on siten säännökset tytäryhtiösulautumisesta, jossa sulautumisvastiketta ei suoriteta. Jakautumisdirektiivistä vastaava sääntely sen sijaan puuttuu. Tähän nähden valtiovarainministeriön käsityksen mukaan on mahdollista, että jakautumisdirektiivin soveltamisalaan ei ole tarkoitettu sellaista tilannetta, jossa jakautumisessa vastaanottava yhtiö omistaisi koko jakautuvan yhtiön osakekannan.”

Ministeriön kanta ei vastanne yhtiöoikeuden asiantuntijoiden kantoja.²²

6 OSAKEVASTIKKEEN EDUSTETTAVA YHTIÖPÄÄOMAA

Yritysjärjestelydirektiivin 2 artiklassa määritellään direktiivin kattamat yritysjärjestelytoimet. Sulautumisessa, jakautumisessa, liiketoimintasiirrossa ja osakevaihdossa on osakkeenomistajalle tai siirtävälle yhtiölle annettava vastikkeena vastaanottavan yhtiön arvopapereita tai rahaa. Arvopaperivastikkeen osalta direktiivissä määritellään tarkemmin, mitä osakkeella tarkoitetaan. Artiklan mukaan esimerkiksi jakautumisella tarkoitetaan liiketointa, jolla yhtiö siirtää purkautumishetkellään ilman selvitysmenettelyä kaikki varansa ja vastuunsa yhdelle tai useammalle olemassa olevalle taikka uudelle yhtiölle antaen osakkailleen vastikkeeksi suhteellisuussäännön mukaisesti varat vastaanottavien yhtiöiden yhtiöpääomaa edustavia arvopapereita.²³

EVL:n yritysjärjestelysäännöksissä vastike kuvataan yksinkertaisesti vastaanottavan yhtiön joko uusiksi liikkeelle lasketuiksi osakkeiksi tai yhtiön hallussa oleviksi osakkeiksi. Säännöksessä ei aseteta tarkempia ehtoja osakkeiden laadulle. Asia on noussut esiin oikeuskäytännössä, koska kysymys liittyy yhtiö- ja vero-oikeuden suhteeseen, johon direktiivi lisää oman mausteensa.

²² Ks. esim. *Mähönen – Villa* 2009, s. 590–591.

²³ Direktiivin saksankielisessä versiossa käytetään termiä ”*Anteile am Gesellschaftskapital der anderen Gesellschaft*”, ranskan-kielisessä versiossa termiä ”*titres représentatifs du capital social de l'autre société*”.

6.1 Osakkeen tuottamat oikeudet

6.1.1 Oikeuksien jaottelu

Yritysjärjestelyissä on sulautuvan, jakautuvan tai osakevaihdolla osakkeensa luovuttaville osakkeenomistajille annettava vastike. Samoin liiketoimintasiirrossa on liiketoimintakokonaisuuden luovuttavalle osakeyhtiölle annettava osakevastike. Vastikkeettomuus on mahdollista vain poikkeustapauksissa, kuten edellä on havaittu.

Vastike voi olla liiketoimintasiirtoa lukuun ottamatta osakevastikkeen lisäksi myös rahaa, jonka määrä on kuitenkin säännöksissä rajattu tiukasti. Osakevastike voi olla vastaanottavan yhtiön liikkeelle laskemia uusia osakkeita tai sen hallussa olevia omia osakkeita. Omien osakkeiden käyttö vastikkeena on kohtuullisen harvinaista, koska niiden antamisesta vastikkeena on suoritettava varainsiirtovero.

Osakkeen omistajan omistusoikeuden sisältö määräytyy osakkeen tuottamien oikeuksien ja velvollisuuksien perusteella. Osakkeenomistajan omistus osakeyhtiössä on välillistä, joten merkityksellistä on hänen osakkeidensa tuottamat oikeudet. Näitä oikeuksia ovat hallinnoimis- ja varallisuusoikeudet.²⁴ Varallisuusoikeuksilla on perinteisesti ollut vero-oikeudessa suurempi merkitys kuin hallinnoimisoikeuksilla. Näin on tilanne myös yritysjärjestelyiden osalta.

Osakkeen varallisuusoikeuksilla tarkoitetaan osakkeenomistajan oikeutta saada OYL:ssa tai yhtiöjärjestyksessä määrättyt tietyt taloudelliset suoritukset yhtiöltä. Näitä varallisuusoikeuksia ovat muun muassa osakkeen tuottama oikeus osinkoon, oikeus sijoitetun vapaan oman pääoman palautukseen, oikeus jako-osuuteen tai muuhun pääoman palautukseen, oikeus omistusosuuden mukaiseen osuuteen annettaessa osakkeita maksua vastaan tai maksutta. Osakkeenomistajien yhdenvertainen kohtelu edellyttää varallisuusoikeuksien yhtäläistä käyttömahdollisuutta, ellei yhtiöjärjestyksessä ole toisin sovittu tai osakkeenomistajat yksimielisinä muuta päättä.²⁵

6.1.2 Varallisuusoikeudet

6.1.2.1 EVL:n jatkuvuusperiaatteen merkitys

EVL:n yritysjärjestelysäännöksissä ei siis määritellä tarkemmin, millaisia vastikeosakkeiden on oltava luonteeltaan. Kun OYL mahdollistaa

²⁴ Ks. esim. Mähönen – Villa 2006, s. 94–102, Airaksinen – Pulkkinen – Rasinaho 2007, s. 108–111.

²⁵ Ks. esim. Mähönen – Villa 2006, s. 105–106.

osakkeiden erilaistamisen sekä varallisuus- että hallinnoimisoikeuksien osalta, olisi EVL:n säännösten sanamuodon mukaisen tulkinnan mukaan mahdollista tulkita niitä siten, että osakkeiden erilaistaminen olisi hyvin joustavaa, eikä sitä olisi rajoitettu mitenkään. Tämä merkitsisi mahdollisuutta vaikuttaa sulautuvan, jakautuvan tai osakevaihdossa kohdeyhtiön osakkeenomistajien omistamien osakkeiden tuottamiin oikeuksiin siten, että vastikeosakkeiden tuottamat oikeudet eivät vastaisi heidän sulautuvassa, jakautuvassa tai osakevaihdossa kohdeyhtiössä omistamien osakkeiden tuottamia oikeuksia.

Yritysjärjestelyjen verotuksessa sekä siirtyvän omaisuuden että osakkeenomistajien verotuksen osalta noudatetaan jatkuvuusperiaatetta. Sulautuvan, jakautuvan tai osakevaihdossa kohdeyhtiön osakkeenomistajien verotus perustuu jatkuvuuteen sekä osakkeen omistusajan laskennassa että hankintamenon määräytymisessä. Tästä on säännökset EVL:n yritysjärjestelysäännöksissä.

Yritysjärjestelysäännöksissä jatkuvuusperiaatteen noudattamisella on tärkeä sija muutoinkin. Sääntelyn perustana on, että järjestelyä ei pidetä luovutuksena verotuksessa. Tähän liittyy kiinteästi jatkuvuus myös osakkeiden oikeuksissa siten, että osakkeenomistajien luovuttamat osakkeet ja vastikeosakkeet vastaavat etenkin varallisuusosoikeuksiensa osalta toisiaan. Muutoin voisi olla mahdollista, että osakkeiden erilaisuudella voitaisiin pyrkiä kiertämään sääntelyä, jonka mukaan yritysjärjestelyä ei pidetä veronalaisena luovutuksena. Kysymyksessä voisi olla esimerkiksi veroneutraali vastikkeeton luovutus osakkeenomistajien kesken, esimerkiksi sukupolvenvaihdos- tai yrityskauppatarkoituksessa. Säännösten tiukat edellytykset on luotu nimenomaan estämään se, ettei niiden avulla voida veroneutraalisti tosiasiaassa sisällöltään kaupan muodossa luovuttaa yritysvarallisuutta tai osakkeita vastaanottavalle yhtiölle tai muille yritysjärjestelyn osapuolena olevan yhtiön osakkeenomistajille.²⁶

Yritysjärjestely on vastaanottavan yhtiön näkökulmasta apportin luonteinen tapahtuma. Apportin luonteeseen kuuluu varallisuusarvoisen omaisuuden omistusoikeuden siirtyminen vastaanottavalle yhtiölle. Jos siirtävän yhtiön osakkeenomistajille luovutetaan vastikeosakkeina sellaisia osakkeita, joilla ei ole lainkaan varallisuusosoikeuksia, merkitsee se, että he eivät saa samaa varallisuusarvoa vastaavia osakkeita kuin millaista omaisuutta he ovat vastaanottavaan yhtiöön sijoittaneet. Tällä näkökulmalla on merkitystä jakautumisessa ja osakevaihdossa. Sillä on merkitystä myös

²⁶ Ks. myös *Ståhl* 2005, joka toteaa, että ”vederlag som utges till andelsägarna i det överlåtande bolaget skall ge dessa ett reellt inflytande i det övertagande bolaget”. *Ståhl* 2005, s. 121.

liiketoimintasiirrossa, jossa kaksi tai useampi yhtiö siirtää vastaanottavaan yhtiöön liiketoimintakokonaisuuden, mutta jokin näistä yhtiöistä saisi varallisuusosakeuksiltaan erilaisia osakkeita kuin muut yhtiöt.

6.1.2.2 Vastikeosakkeilla ei varallisuus- tai äänioikeuksia, KHO 2009:98

Vastikeosakkeiden oikeudet ovat nousseet hiljattain myös esille oikeuskäytännössä. Ensimmäinen KHO:n ratkaisu liittyi kiinteistöosakeyhtiön jakautumiseen. Jos jakautuva kiinteistöyhtiö on luonteeltaan keskinäinen ja yhtiössä on useita osakkeenomistajia, voi jakautumisen toteuttaminen aiheuttaa hankalia käytännöllisiä ongelmia. Tämä korostuu, jos yhtiö omistaa kaksi tai useamman rakennuksen ja niiden hallintaan oikeuttavien osakkeiden jakautuminen ei ole samanlainen kaikkien rakennuksissa olevien huoneistojen osalta. Jo aiemmin oikeuskäytännössä tämä ongelma on havaittu KVL:n julkaistussa 70/2001 ja yhdessä julkaisemattomassa ennakkoratkaisussa 103/2001.

Keskinäisessä kiinteistöosakeyhtiössä eivät osakeomistusrakenteiden muutokset ole useinkaan mahdollisia ennen jakautumista, kun yhtiössä on useita osakkeenomistajia. Tällaisessa tilanteessa osakkeiden tuomien oikeuksien erilaistaminen voisi antaa mahdollisuuden saavuttaa tavoiteltu liiketoiminnallinen ja -taloudellinen lopputulos, jossa vastaanottavien yhtiöiden omistamien rakennusten huoneistojen hallintaan oikeuttavien osakkeiden omistus säilyy ennallaan ja jossa lisäksi osakkeenomistajien omistussuhteet vastaanottavissa yhtiöissä vastaavat jakautuvan yhtiön osakkeenomistusta. Jotta tähän päästäisiin, on yhtenä vaihtoehtona, että osa vastaanottavien yhtiöiden osakkeista ei sisällä mitään varallisuusarvoisia osakeoikeuksia. Tällainen rakenne voi olla välttämätön, jotta huoneistojen hallinta säilyisi jakautumisen jälkeenkin ennallaan.

KHO:n vuosikirjaratkaisussa 2009:98 oli kysymys keskinäisen kiinteistöosakeyhtiön jakautumisesta kahdeksi uudeksi keskinäiseksi kiinteistöosakeyhtiöksi.²⁷ Jakautuvan yhtiön omistama rakennuksen huoneistot oli tarkoitus jakaa vastaanottaville yhtiöille siten, että liikehuoneistot ja yksi toimistohuoneisto siirtyisi toiselle vastaanottavalle yhtiölle ja loput huoneistot toiselle yhtiölle. Samalla yhtiöiden omistus voitaisiin tosiasiaassa eriyttää, koska liikehuoneistojen ja yhden toimistohuoneiston hallintaan oikeuttavien osakkeiden omistus kuului yhdelle osakkeenomistajalle ja muiden huoneistojen osakkeiden omistus muille osakkeenomistajille. EVL 52c §:n vaatimus jakautuvan yhtiön omistussuhteiden säilymisestä aiottiin säilyttää siten, että vastaanottaviin yhtiöihin luotaisiin osakesarjat, joilla

²⁷ Ks. myös Penttilä 2012, s. 35–36.

ei ole lainkaan ääni- tai varallisuus oikeuksia vastaanottavassa yhtiössä ja nämä osakkeet annettaisiin muille osakkeenomistajille.

Hakijana ollut jakautuvan yhtiön osakkeenomistaja esitti valituksessaan KHO:lle yritysjärjestelyn perusteluna: ”Yhtiö on ennakkoratkaisua koskevassa hakemuksessa esittänyt järjestelylle hyväksyttävät liiketaloudelliset perusteet ja selvittänyt, ettei järjestelyn tarkoituksena ole veron kiertäminen.” Tapauskuvauksen perusteella voidaan todeta, että suunniteltua jakautumista kyettiin perustelemaan vahvoin liiketoiminnallisin perustein. Tapauksessa voidaankin sanoa olleen kysymys hyvin vahvasti siitä, onko järjestelyn vero-oikeudelliselle hyväksyttävyydelle riittävää se, että sille on osoitettavissa vahvat liiketoiminnalliset perusteet. Vastapoolina tälle kysymyksenasettelulle on se, voidaanko järjestely estää, jos se ei täytä direktiivin ja EVL:n yritysjärjestelysäännösten perusteena olevaa yhtä keskeistä tavoitetta, jonka mukaan veroneutraalin yritysjärjestelyn muotoon ei voida hyväksyttävästi pukea tosiasiallista yrityskauppaa. Tämän estämiseksi on säännöksiin asetettu varsin tiukat edellytykset, jotta järjestelyä voitaisiin pitää veroneutraalina.

KHO ei hyväksynyt tapauksessa suunniteltua jakautumista veroneutraaliksi. Samoin KVL oli aiemmin ennakkoratkaisussaan jättänyt sen hyväksymättä. Kummankin päätökset olivat yksimielisiä. Siten ratkaisulla on vahva asema verotuskäytännön ohjaajana.

KHO 2009:98: Kun A Oyj olisi suunnitellussa jakautumisessa saanut vastikkeena sellaisia kiinteistöyhtiön osakkeita, jotka eivät oikeuttaneet minkään huoneiston tai tilan hallintaan eikä osakkeilla ollut äänioikeutta tai muutoinkaan mitään oikeutta yhtiön varallisuuteen, ei jakautumisen katsottu täyttävän elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 52c §:n jakautumiselle asettamia edellytyksiä.

KHO hylkäsi verovelvollisen valituksen KVL:n kielteisestä ennakkoratkaisusta toteamalla ”ei muutosta”. KHO ei perustellut erillisillä perusteluilla ratkaisuaan, vaan viittasi KVL:n esittämiin perusteluihin. KVL esitti ratkaisunsa perusteeksi, että

”EVL 52c §:n säännöksillä on pantu Suomessa täytäntöön Euroopan yhteisöjen direktiivi 90/434/EEC (jäljempänä yritysjärjestelydirektiivi) jakautumisen osalta. Direktiivin mukainen jakautuminen edellyttää muun ohessa, että jakautumisvastikkeena annetaan suhteellisuussäännön mukaisesti vastaanottavien yhtiöiden yhtiöpääomaa edustavia arvopapereita. Hallituksen esityksen mukaan edellä mainitussa lainkohdassa säädetyt edellytykset vastaavat direktiivissä jakautumiselle asetettuja edellytyk-

siä. EVL 52c §:n 1 momentin säännöksen mukaisesti tulee jakautuvan yhtiön osakkaiden saada osakeoikeuden sisältäviä osakkeita kaikista vastaanottavista yhtiöistä. Kun Koy B:n osakkaat saavat hakemuksessa tarkoitettussa jakautumisessa vastikkeena osakkeita, jotka eivät tuota mitään oikeuksia vastaanottavaan yhtiöön eikä sen varallisuuteen, ei osakkaiden hakemuksessa tarkoitettussa tilanteessa voida katsoa saavan jakautumisvastikkeena kunkin vastaanottavan yhtiön liikkeeseen laske-
mia uusia osakkeita EVL 52c §:n 1 momentissa tarkoitettulla tavalla.”

KVL perusti ennakkoratkaisunsa siis vastikeosakkeiden sisältämiin osakeoikeuksiin. Kun niiltä puuttui kokonaan sekä ääni- että varallisuus oikeudet, ne eivät vastanneet yritysjärjestelydirektiivin vaatimusta, että vastikeosakkeiden on edustettava vastaanottavan yhtiön yhtiöpääomaa.

Verovelvollinen sen sijaan katsoi valituksessaan, ettei direktiivissä eikä EVL 52c §:ssä ole asetettu mitään vaatimuksia vastikeosakkeiden sisältämille oikeuksille, vaan ne voivat poiketa toisistaan. Verovelvollisen valituksen mukaan myös oikeuskirjallisuudessa on puollettu kantaa, että vastikeosakkeiden oikeudet voivat poiketa toisistaan. Verovelvollisen mielestä sekä nimellisarvottomassa että nimellisarvoisessa järjestelmässä millaiset osakkeet tahansa tarkoittavat direktiivin vaatimia yhtiöpääomaa edustavia osakkeita:

”Yritysjärjestelydirektiivissä ja EVL 52c §:ssä ja sen esitöissä puhutaan yksiselitteisesti jakautumisvastikkeena annettavista osakkeista (tai arvopapereista) ilman, että lainkohdissa tai niiden esitöissä lainkaan arvioitaisiin sitä, minkälaisia oikeuksia jakautumisvastikkeena annettaviin osakkeisiin tulisi kulloinkin kuulua. EVL:n sanamuodon sekä lain esitöiden perusteella on selvää, ettei EVL 52c §:llä ole ollut tarkoitus puuttua siihen, minkälaisia osakeoikeuksia sisältäviä osakkeita vastaanottavista yhtiöistä jakautumisvastikkeena annetaan, vaan ainoastaan varmistaa se, että jakautumisvastikkeena annettavat osakkeet jaetaan jakautuvan yhtiön osakkeenomistajien kesken näiden aikaisemman omistuksen mukaisessa suhteessa. Yritysjärjestelydirektiivissä puhutaan yhtiöpääomaa edustavista arvopapereista. Tämän on kuitenkin katsottava tarkoittavan sekä nimellisarvoisessa että nimellisarvottomassa järjestelmässä yhtiön kaikkia osakkeita ilman, että osan yhtiön osakkeita voitaisiin niiden sisältämien rajoitettujen osakasoikeuksien perusteella katsoa olevan muunlaisia kuin yhtiöpääomaa edustavia osakkeita. Oikeuskirjallisuudessa vakiintuneesti esitetyn näkemyksen mukaan jakautuvan yhtiön kaikille osakkeenomistajille ei tarvitse antaa jakautumisvastikkeena samanlaisia osakkeita, vaan vastaanottavassa yhtiössä voidaan käyttää myös erilaisia osakkeita ja rakentaa näillä omistusta ja vullanjakoa.

Ratkaisevaa merkitystä ei voida antaa sille, että jakautumisvastikkeena annettavien osakkeiden oikeuksia on rajoitettu vastaanottavien yhtiöiden yhtiöjärjestyksillä.”

Verovelvollinen vetosi siis valituksessaan siihen, että EVL 52c §:n sanamuoto mahdollisesti millaiset vastikeosakkeet tahansa. Säännös ei asettanut minkäänlaisia sisällöllisiä vaatimuksia osakkeiden sisältämille oikeuksille. Siten yritysjärjestelyssä voitaisiin vapaasti päättää, minkälaisia vastikeosakkeita millekin osakkeenomistajataholle annetaan.

Veronsaajien oikeudenvallontayksikkö perusteli valituksen hylkäämistä osittain samoin perustein kuin verovelvollinen eli viittaamalla hallituksen esityksen perusteluihin. VOVAn mielestä niiden perusteella ei voida tehdä päätelmää, että direktiivin vaatimuksesta yhtiöpääomaa edustavista vastikeosakkeista olisi kokonaan luovuttu EVL:n yritysjärjestelysäännöksiä säädettäessä:

”Direktiivin sanamuodosta voidaan varsin yksiselitteisesti todeta, että osakkeiden tulee saada ainakin joitakin oikeuksia vastaanottavan yhtiön pääomaan. Hallituksen esityksestä ei ole löydettävissä mitään siihen viittaavaa, että yritysjärjestelydirektiivi olisi ollut vastikeosakkeiden osalta tarkoitus implementoida Suomessa jollakin tavalla väljemmin kuin muiden edellytysten osalta.”

Vaativuudesta vastikeosakkeiden varallisuusoikeuksista voidaan perustella myös yritysjärjestelytoimien apporttiluonteisuudella. Kun toimenpiteellä luovutetaan vastaanottavalle yhtiölle varallisuusarvoista omaisuutta, tulee vastikeosakkeiden sisältää myös varallisuusoikeuksia, koska muutoin siirtävän yhtiön taikka sulautuvan tai jakautuvan yhtiön osakkeenomistajan voidaan katsoa luopuneen varallisuusoikeuksistaan. Osakkeilla, joilla ei ole varallisuusoikeuksia vastaanottavaan yhtiöön, ei liene myöskään markkinaehtoista arvoa.

6.1.2.3 Vastikeosakkeilla ei varallisuusoikeuksia, mutta rajoitettu äänioikeus, KHO 1.12.2009 T 3451

KHO ratkaisi samanaikaisesti toisenkin ennakkoratkaisuhakemuksen, jossa jakautuvan yhtiön osakkeenomistajille annettaisiin vastikkeeksi vastaanottavan yhtiön osakkeita, joilla ei ollut lainkaan oikeutta yhtiön varoihin tai voittoon. KHO ei julkaissut tätä ratkaisua.²⁸ Molemmat ratkaisut olivat

²⁸ Näissä ratkaisuissa tapahtui mielenkiintoinen ristiinjulkaisu. KHO ei julkaissut ratkaisuaan 2009 T 3451, mutta KVL julkaisi sen 25/2009. Mielenkiintoista on, että KHO julkaisi toisen ratkaisunsa vuosikirjaratkaisuna 2009:98, mutta KVL ei julkaissut sitä lainkaan.

KVL:n ennakkoratkaisuhakemuksia, joihin verovelvollinen haki muutosta. Molemmissa ratkaisuisa KHO perusteli valituksen hylkäävää ratkaisuaan viittaamalla KVL:n perusteluihin.

Tässä KVL:n samaa tulkintaongelmaa koskevassa ennakkoratkaisussa 25/2009 oli kysymys jakautumisesta, jossa yhtiön oli tarkoitus jakautua kolmeksi uudeksi vastaanottavaksi yhtiöksi. Kahteen vastaanottavaan yhtiöön olisi siirtynyt yhtiön arvopaperivarallisuus. Hakemuksen mukaan olisi kuitenkin ollut tarkoituksenmukaista, että näissä yhtiöissä toinen osakkeenomistajista saisi vastaanottavasta yhtiöstä osakkeita, joihin ei olisi liittynyt lainkaan varallisuusosuuksia ja toinen saisi 100 prosenttisesti sekä ääni- että varallisuusosuuksiin oikeuttavat osakkeet. Kumpikin osakkeenomistaja saisi siten yksinomaisen päätösvallan toisesta arvopaperikauppaa harjoittavasta yhtiöstä. KVL katsoi ennakkoratkaisussaan, että koska yritysjärjestelydirektiivissä edellytetään, että jakautuvan yhtiön osakkeenomistaja saa vastikkeeksi vastaanottavan yhtiön yhtiöpääomaa edustavia osakkeita, jakautuminen ei täyttänyt EVL 52c §:n vaatimuksia. Asiasta valitettiin KHO:een. KHO ei ratkaisullaan muuttanut KVL:n ennakkoratkaisua.²⁹

KHO 1.12.2009 T 3451: Kahden henkilön omistaman A Oy:n oli tarkoitus jakautua OYL 17 luvun 2 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaisesti kolmeksi uudeksi osakeyhtiöksi. A Oy:n osakkeenomistajat saivat jakautumisvastikkeena vastaanottavien yhtiöiden liikkeeseen laskemia uusia osakkeita omistamiensa osakkeiden mukaisessa suhteessa. Kahdella vastaanottavalla yhtiöllä oli erilaisia osakkeita. Näiden yhtiöiden yhtiöjärjestysten mukaan toisen osakkeenomistajan saamat osakkeet tuottivat pelkästään erikseen määritellyn rajoitetun äänioikeuden. Kyseiset osakkeet eivät tuottaneet mitään oikeuksia vastaanottavan yhtiön varallisuuteen. EVL 52 c §:n säännöksillä on pantu Suomessa täytäntöön Euroopan yhteisöjen yritysjärjestelydirektiivi 90/434/ETY jakautumisen osalta. Direktiivin mukainen jakautuminen edellyttää muun ohessa, että jakautumisvastikkeena annetaan suhteellisuussäännön mukaisesti vastaanottavien yhtiöiden yhtiöpääomaa edustavia arvopapereita. Kun A Oy:n osakkaat saivat jakautumisvastikkeena osakkeita, jotka eivät tuottaneet mitään oikeuksia vastaanottavan yhtiön varallisuuteen, ei osakkaiden katsottu saavan jakautumisvastikkeena kunkin vastaanottavan yhtiön liikkeeseen laskemia uusia osakkeita EVL 52 c §:n 1 momentissa tarkoitettulla tavalla. Näin ollen jakautumiseen ei sovellettu mainitun lainkohdan säännöksiä jakautumisesta. Mikäli jakautumisessa annettiin jakautumisvastikkeena sellaisia vastikeosakkeita, joilla oli yhtäläiset varallisuus- ja äänioikeudet vastaanottavaan yhtiöön, jakautumiseen

²⁹ Ks. myös Penttilä 2012, s. 36.

sovellettiin EVL 52 c §:n säännöksiä jakautumisesta. Ennakkoratkaisu vuodelle 2009. KHO: ei muutosta.

Tapauksessa verovelvollinen vetosi siihen, että jakautuminen toteutetaan OYL:n säännösten vaatimalla tavalla. Valituksessaan yhtiö korosti vielä, että vastikeosakkeet olivat OYL:n mukaisia, sen sallimia ja tarkoittamia instrumentteja. Valituksen mukaan jakautuvan yhtiön osakkeenomistajien taloudellinen asema ei olisi muuttunut jakautumisessa. Yhtiö katsoi varallisuustilannetta siis kokonaisuutena, ei yhtiökohtaisesti. Yhtiö vetosi vielä siihen, että kansallisessa lainsäädännössä voidaan säätää direktiiviä edullisempaan lopputulokseen johtavaa sääntelyä.

Yhtiön esittämistä väitteistä voidaan ensinnäkin riitauttaa EVL:n yritysjärjestelysäännösten suhde direktiivin määräyksiin. EVL:ssa on säädetty sekä rajat ylittävät että kansalliset yritysjärjestelyt samansisältöisellä sääntelyllä. Toiseksi voidaan perustellusti epäillä, ovatko ääni- ja varallisuus oikeuksia vailla olevat osakkeet OYL:n mukaisia instrumentteja.

6.1.2.4 Oikeuskäytännön arviointia

KHO:n ratkaisuissa otettiin kantaa tilanteeseen, jossa osakkeenomistaja sai osakkeita, joilla ei ollut lainkaan varallisuus oikeuksia. Ratkaisuissa on ollut kysymyksessä liiketoiminnallisesti perustellut jakautumistilanteet, joissa jakautumisen avulla voitaisiin luoda liiketoiminnan kehittämiseksi otolliset mahdollisuudet. Tämän tavoitteen saavuttamiseksi on suunniteltu vastikerakennetta, joka poikkeaa direktiivin vaatimasta oikeudesta yhtiöpääomaan. Osakkeita, joilla ei ole oikeuksia yhtiövarallisuuteen, ei mielestäni voi pitää yhtiöpääomaa edustavina osakkeina. Yhtiöpääomaa edustavina osakkeina voidaan pitää vain sellaisia osakkeita, joilla on oikeus yhtiön tuottoon tai varoihin taikka näihin molempiin. Jos nämä oikeudet on kokonaan poistettu, ei ratkaisujen perusteella voida hyväksyä veroneutraalina tällaista yritysjärjestelyä. Ratkaisujen voi katsoa myös merkitsevän sitä, että osakkeenomistajien saamien vastikeosakkeiden varallisuus oikeudet eivät voi olennaisesti poiketa sulautuvan, jakautuvan tai osakevaihdon kohteena olevan yhtiön osakkeiden tuomista varallisuus oikeuksista. Ratkaisut osoittavat, että EVL:n yritysjärjestelysäännösten tulkinnessa voidaan hyödyntää direktiivin artikloiden määrittelyä.³⁰

Edellä kuvatuista oikeustapauksista ei saada tulkinta-apua tilanteisiin, joissa osakkeenomistajien saamien osakkeiden varallisuus oikeudet poikkeavat toisistaan, mutta kaikilla vastikeosakkeilla on varallisuus oikeuksia

³⁰ Ks. laajemmin tästä *Järvenoja* 2007, s. 57–61.

eli osinko-oikeus tai oikeus jako-osaan yhtiön varoista. Tulkintaongelma on, kuinka paljon osakkeiden varallisuus oikeudet saavat poiketa toisistaan, jotta yritysjärjestely vielä hyväksytään veroneutraaliksi toimenpiteeksi.

Oikeuskäytäntöä osakkeiden erilaisuuden mahdollisuuksista yritys-järjestelyissä ei ole. Varallisuus oikeuksien erottamisesta muista osakkeen oikeuksista on oikeuskäytäntöä lähinnä osinko-oikeuden pidättämisestä osakkeen luovutuksen yhteydessä. Vakiintuneesti on hyväksytty, että osakkeen luovuttaja voi pidättää itselleen määräjäksi tai eliniäkseen joko kokonaan tai osittain osakkeen tuotto-oikeuden. Tällainen on varsin yleistä, kun vanhempi lahjoittaa lapselleen osakkeita. Osinko-oikeuden pidättämistä tapahtuu myös sukupolvenvaihdoksissa tai perheen sisäisissä yrityskaupoissa.

Yritysjärjestelytoimien apportinluonteisuus merkitsee varallisuuden siirtoa vastaanottavaan yhtiöön. Tähän siirtoon voidaan soveltaa apporttia koskevia yleisiä periaatteita. Apportissa on kysymys tietyn hetken varallisuuden siirtämisestä. Varallisuuteen kohdistuvia oikeuksia arvioidaan myös tämän saman hetken mukaisesti. Arviointiajankohta on siten hetkellinen. Siinä ei arvioida tulevia varallisuustapahtumia. Tämä puoltaa sitä, että yritysjärjestelyissä vastikeosakkeiden oikeutta yhtiön varoihin ei voida rajoittaa olemassa olevan varallisuuden osalta. Vastikeosakkeiden tuomaa osuutta jako-osuuteen ei siten voitaisi rajoittaa. Sitä vastoin oikeutta yhtiölle tulevaan varallisuuteen eli voittoon voitaisiin rajoittaa. Siten yritys-järjestelyissä voitaisiin rajoittaa osakkeiden tuottamaa osinko-oikeutta, mutta ei jako-osuutta. KHO:n ratkaisujen perusteella ei voida päätellä, kuinka merkittävästi vastikeosakkeiden oikeudet osinkoon voisivat eri osakesarjoissa poiketa toisistaan. Niistä voitaneen kuitenkin päätellä se, että vastikeosakkeilta ei voida kokonaan evätä oikeutta vuotuisen tuottoon tai osinkoon.

6.1.3 Hallinnointioikeudet

KHO:n ratkaisuihin osalla vastikeosakkeita ei ollut lainkaan äänioikeutta. Ratkaisussa 2009 T 3451 muutoin äänioikeudettomat osakkeet olisivat tuottaneet määrätyn äänioikeuden, jos yhtiö olisi ryhtynyt harjoittamaan samaa muuta kuin arvopaperiliiketoimintaa, jota jakautuva yhtiö harjoitti ennen jakautumista. Ratkaisuselostuksessa ei kuvata sitä, millainen tämä määrätty äänioikeus olisi konkreettisesti ollut.

KHO:n ratkaisujen perusteella ei voida päätellä sitä, olisiko pelkkä äänioikeuden poistaminen vastikeosakkeilta estänyt EVL 52c §:n soveltumisen suunniteltuun jakautumiseen. Vaikka yritys-järjestelytoimet ovat

apportinluonteisia, on niissä noudatettavalla jatkuvuusperiaatteella mahdollista puoltaa tulkintaa, että kaikilla vastikeosakkeilla on oltava äänioikeus vastaanottavassa yhtiössä. Mielestäni on mahdollista, että vastikeosakkeilla tai osalla niistä erisarjaisina osakkeina on erilainen äänioikeus kuin muilla vastaanottavan yhtiön osakkeilla.³¹

7 RAHAVASTIKE JA SEN OSAKEVASTIKEKYTKENNÄN ONGELMAKOHTIA

7.1 Rahavastikkeen määrän laskeminen

EVL 52a §:n mukaan sulautumisvastike voi olla myös rahaa, enintään kuitenkin 10 % vastikkeena annettavien osakkeiden yhteenlasketusta nimellisarvosta tai nimellisarvon puuttuessa osakkeita vastaavasta osuudesta maksettua osakepääomaa. Myös EVL 52c.1 §:n mukaan jakautumisvastike saa olla rahaa. Osakkeiden ja rahan lisäksi sulautumis- tai jakautumisvastikkeena ei voi antaa muuta omaisuutta, esim. osakkeisiin vaihdettavia vaihtovelkakirjoja tai sitoumuksia, vaikka niiden arvo olisikin määriteltävissä rahanarvoisena etuutena. OYL sallii käyttää vastikkeena muutakin omaisuutta kuin osakkeita ja rahaa, mutta verosääntely rajoittaa tätä mahdollisuutta, kun tavoitteena on veroneutraali yritysjärjestely.

Kun rahavastikkeen määrä on kytketty osakkeen nimellisarvoon, vastaanottavan yhtiön osakepääoman korotuksessa määriteltyä mahdollista ylikurssia ei oteta huomioon. Käytännössä usein nimellisarvoon sidottu rahavastikkeen määrä on hyvin vähäinen sulautumisvastikkeena annettavien osakkeiden arvosta. Jos vastaanottavan yhtiön osakkeiden nimellisarvo on esim. 10 euroa ja sulautumissopimuksessa sovittu osakkeiden arvo 30 euroa, vastaanottavan yhtiön emittoidessa 1 500 uutta osaketta osakepääoman korotus on 15 000 euroa. 10 %:n rahavastikkeen kokonaismäärä on tällöin 1 500 euroa. Rahavastikkeen määrällä voitaisiin lunastaa yhtiölle siis 50 osaketta eli 3,33 % kaikista emittoitavista osakkeista. Yhtiölle lunastettavien osakkeiden osuus uusista osakkeista on siten käytännössä hyvin alhainen. Tällaisissa tilanteissa on mahdollista lunastaa voitonjakokelpoisilla varoilla omia osakkeita ennen sulautumista.

Nimellisarvottomassa pääomajärjestelmässä rahavastikkeen määrä on kytketty osakkeita vastaavaan osuuteen maksettua osakepääomaa. Tässä järjestelmässä osakkeilla ja osakepääomalla ei ole enää samanlaista

³¹ Samoin *Immonen* 2011, s. 230.

kytkentää kuin nimellisarvoisessa järjestelmässä. Siten on mahdollista ajatella, että sulautumisessa, jakautumisessa ja osakevaihdossa rahavastikkeen laskennan perusteena olisi se laskennallinen osuus osakepääomasta, mikä vastikkeena annettavilla osakkeilla on maksetusta osakepääomasta. Tällöin ei olisi merkitystä sillä, miten yritysjärjestelyssä vastaanottavan yhtiön kirjanpidossa omaan pääomaan kirjataan siirtyvä netto-omaisuus: rahavastiketta olisi mahdollista maksaa, vaikka koko nettomäärä kirjattaisiin sijoitetun vapaan oman pääoman rahastoon (SVOP-rahastoon). Nykyisin käytännössä varsin usein koko siirtyvää netto-omaisuutta vastaava määrä kirjataan SVOP-rahastoon. Tätä tulkintaa on kuitenkin vaikea puoltaa, kun säännöstä tiivistämällä voidaan todeta, että EVL 52a §:ssä sulautumisella ja EVL 52c §:ssä jakautumisella tarkoitetaan järjestelyä, jossa vastike saa olla myös rahaa. Tämän perusteella voidaan todeta, että säännöksillä on tarkoitettu, että osakepääomaan maksun on liityttävä järjestelyyn.³²

7.2 Onko rahavastike kohdistettava osakaskohtaisesti?

Rahavastikkeen arvioinnissa käytännössä tärkeä kysymys on, onko rahavastiketta tarkasteltava osakaskohtaisena vai kokonaisuutena. Osakaskohtainen rahavastike tarkoittaa, että jokainen osakkeenomistaja saa rahaa yhtä suuren määrän vastikkeena saamaansa osaketta kohden. Rahavastikkeen kokonaistarkastelu merkitsee, että ratkaisevaa on se, ylittääkö maksettava rahavastike kokonaisuudessaan 10 prosentin perusteella laskettavan määrän. Merkittävää ei ole silloin se, ovatko kaikki osakkeenomistajat saaneet suhteellisuuspriaatteen mukaan rahavastiketta. Rahavastikkeen tulkinta kokonaisuudeksi mahdollistaisi esimerkiksi vähemmistöosakkaiden osakkeiden lunastamisen edellyttäen, ettei määrärajoitetta ylitetä. Rahavastikkeen määrä on siten kytketty vastikkeena annettavien osakkeiden nimellisarvoon tai maksettuun osakepääomaan, ei niiden käypään arvoon. Koska osakkeiden nimellisarvo on usein vain murto-osa niiden käyvästä arvosta, rahavastikkeen määrä ei ole yleensä käytännössä merkittävä verrattuna osakkeiden käypään arvoon.

Direktiivissä ei ole määritelty sitä, onko rahavastiketta tarkasteltava osakaskohtaisesti vai kokonaisuutena. Sulautumista, jakautumista ja osakevaihtoa koskevissa artikloissa rahavastike on määritelty yhtäläisesti. Hallituksen esityksen perusteluissa ei ole otettu sulautumisen osalta selkeästi kantaa osakaskohtaisen tai kokonaistarkastelun puolesta. Osakevaihtoa

³² Ks. myös *Andersson – Ikkala – Penttilä* 2009, s. 628 ja 647.

koskevien perustelujen perusteella voidaan kuitenkin päätellä, että tarkoituksena on ollut, että rahavastiketta on tarkasteltava kokonaisuutena.³³ Tällaista tulkintaa voidaan pitää yritysjärjestelysäännösten tavoitteiden mukaisena ja siten hyväksyttävänä. Direktiivin rahavastiketta koskevalla määräyksellä on ollut tarkoitus luoda joustavuutta sulautumiseen, erityisesti vähemmistöosakkeenomistajien osalta. Rahavastikkeella on siis tarkoitus tuoda joustavuutta sulautumisvastikkeeseen määrittelyyn. Joustavuutta tarvitaan ensinnäkin silloin, kun sulautumisvastikkeena annettavien osakkeiden lukumäärä ei ole tasaluku, ja toiseksi silloin, kun vähemmistöosakkaat vastustavat sulautumista. Kokonaisrahavastikkeen periaate voi avata mielenkiintoisia tilanteita. Osalla sulautuvan yhtiön osakkeenomistajista on erisarjaisia osakkeita, jotka tuottavat suuremman osinko- tai äänioikeuden kuin muiden sarjojen osakkeet. Sulautumisvastikkeena he saisivat samantaisia osakkeita kuin muilla osakkeenomistajilla vastaanottavassa yhtiössä on. Kun tarkoituksena olisi, että osakeomistussuhteet eivät muuttuisi, näille osakkeenomistajille kohdennettaisiin sulautumisessa annettava rahavastike korvauksena osakkeiden oikeuksien muuttumisesta. Rahavastiketta käytettäisiin siten kompensoimaan näiden osakkeenomistajien kokemaa osakkeiden tuotto- tai äänioikeuden pienentymisestä aiheutuvaa menetystä, jonka taloudellista arvoa rahavastike kattaisi. Kokonaisrahavastikkeen periaatteen perusteella voitaisiin sulautumisvastiketta pitää EVL:n sääntelyn mukaisena. Rahavastikkeen maksaminen aiheuttaisi tällaisessa tilanteessa todennäköisesti luovutusvoittoverotuksessa tulkintaongelmia, mutta luonteva ratkaisu voisi olla, että rahavastike katsottaisiin luovutushinnaksi ja hankintamenona saisi vähentää osakkeiden hankintamenoa euro eurosta -periaatteella.

Rahavastiketta voidaan siis antaa sulautumisessa, jakautumisessa ja osakevaihdossa. Säännösten sanamuodossa on eroa, sillä EVL 52a §:ssä säädetään, että sulautumisessa rahavastikkeen enimmäismäärä lasketaan vastikkeena annettavien osakkeiden yhteenlasketusta nimellisarvosta. Sitä vastoin EVL 52c §:n jakautumissäännöksessä ja 52h §:n osakevaihtosäännöksessä säädetään, että rahavastikkeen enimmäismäärä lasketaan vastikkeena annettavien osakkeiden nimellisarvosta. Tilanteissa, joissa osakkeilla ei ole nimellisarvoa, rahavastikkeen enimmäismäärää koskeva määrä perustuu samalla tavalla määriteltyyn määrään eli osakkeita vastaavaan osuuteen maksettua osakepääomaa. Jakautumissäännöksessä tosin todetaan, että kyse on osakkeita vastaavasta osuudesta yhtiön maksettua osakepääomaa, mutta tällä ei liene merkitystä tulkinnessa. Kun sulautu-

³³ Tälle kannalle asetettu myös *Mattila* 2003, s. 27, *Immonen* 2011, s. 231, *Järvenoja* 2007, s. 104–105, Verohallitus 1997, luku 2.1.

misessa rahavastikkeen enimmäismäärä lasketaan osakkeiden yhteenlasketusta nimellisarvosta, voidaan sulautumisen osalta päätellä, että tällä on tarkoitettu, että rahavastiketta tarkastellaan kokonaisuutena. Sulautumisessa voitaisiin siten rahavastike kohdistaa vain osalle osakkeenomistajia esimerkiksi tarkoituksella, että jonkin osakkeenomistajan osakkeet tai osa niistä hankitaan yhtiölle sulautumisessa. Osakevaihdossa samaa periaatetta voidaan mielestäni soveltaa, koska osakevaihdon luonteeseen kuuluu se, että osakevaihto voidaan muutoinkin kohdentaa osaan kohdeyhtiön osakkeenomistajista, kunhan hankkiva yhtiö saa äänenemmistön kohdeyhtiössä osakevaihdolla tai kasvattaa äänimääräänsä enemmistön hankkimisen jälkeen. Osakevaihdon tosiasiallinen luonne puoltaa siten myös rahavastikkeen kohdistamismahdollisuutta osalle kohdeyhtiön osakkeenomistajista eli rahavastikkeen enimmäismäärää arvioitaisiin kokonaisuutena.

Osakaskohtainen rahavastike olisi yhteneväinen EVL 52a §:n ja 52c §:n sanamuodon mukaisen vaatimuksen kanssa, että osakkeenomistajat saavat vastaanottavan yhtiön osakkeita sulautuvan tai jakautuvan yhtiön osakkeiden omistuksen mukaisessa suhteessa. Tämä merkitsisi sitä, että vähemmistöosakkaiden osakkeita ei voitaisi lunastaa rahavastikkeella sulautumisessa. Tätä tulkintaa vastaan voidaan esittää edellä jo käsitelty väite, että sulautumisen osalta tämä vaatimus on direktiivin sääntelyyn tehty kansallinen lisäedellytys, jota ei voida ottaa huomioon. Näin voisi käydä, jos rahavastike määriteltäisiin siten, että vähemmistöosakkaat luovuttaisivat lunastusta vastaan osakkeensa mutta muut osakkaat eivät luovuttaisi lainkaan osakkeitaan tai osaa niistä. Osakkeilla olisi siten erilainen arvo, mikä voisi perustua esim. erilaiseen osinko- tai äänioikeuteen. Jakautumisessa voidaan rahavastikkeen osakaskohtaisuutta puoltaa sillä, että direktiivi edellyttää osakevastikkeen antamista jakautuvan yhtiön osakkeenomistajille samassa suhteessa kuin miten he omistivat jakautuvan yhtiön osakkeita. Kun osakevastike on annettava suhteellisuusperiaatteen mukaisesti, voidaan puoltaa kantaa, että rahavastiketta ei voida antaa muutoin kuin osakaskohtaisesti.³⁴

Sulautumisvastikkeen suuruus riippuu sulautuvan ja vastaanottavan yhtiön arvojen mukaisesta suhteesta. Koska annettava sulautumisvastike ei ole välttämättä tasaluku, rahavastiketta voidaan suorittaa kokonaisluvun ylittävä osuus. Rahavastiketta maksetaan edellä mainitussa tilanteessa kaikille sulautuvan yhtiön osakkaille, ja sen maksaa vastaanottava yhtiö. Kuten edellä on esitetty, tällaisessa tilanteessa osakkeenomistajien keskinäiset omistussuhteet usein hyvin vähän, kun vastikkeena annettavien

34 Verohallinnon kanta on, että jakautumisessa rahavastike on kohdistettava osakaskohtaisesti, ks. Verohallitus 1997, luku 5.1.

osakkeiden lukumäärä pyöristetään alaspäin. Rahavastike on tällöin keino ottaa huomioon osakkeenomistajien taloudellinen asema. Tällainen rahavastike on selkeästi määrällistä rajoitetta koskevan sääntelyn piirissä eli on osa 10 prosentin enimmäismäärää. Kuten aikaisemmin todettiin, tällaisessa tilanteessa ei mielestäni rahavastiketta ole välttämättä annettava lainkaan.

7.3 Sulautumista tai jakautumista vastustavan osakkeiden lunastaminen

OYL 16:13 antaa sulautuvan yhtiön yhtiökokouksessa sulautumispäätöstä vastaan äänestäneelle osakkaalle oikeuden vaatia, että yhtiö lunastaa tältä osakkeet käyvästä hinnasta. Osakkaan on yhtiökokouksessa varattava oikeus vaatia lunastusta, kun tältä tiedustellaan asiaa ennen sulautumista koskevaa äänestystä. Osakkaan on toimitettava sulautuvalle yhtiölle lunastusvaatimus kuukauden kuluessa sulautumisesta päättäneestä yhtiökokouksesta. Lunastushinnan maksamisesta vastaa OYL 16:13.6:n mukaan vastaanottava yhtiö.

KHO otti ratkaisussaan 1999:75 kantaa siihen, kuuluuko sulautumista vastustaneen tekemä lunastusvaatimus 10 prosentin rahavastikkeen enimmäismäärään. KHO katsoi, ettei lunastussumma kuulu rahavastikkeeseen.

KHO 1999:75: A Oyj ja B Oyj olivat allekirjoittaneet sulautumissuunnitelman, jonka mukaan yhtiöt sulautuivat perustamalla yhdessä uuden vastaanottavan osakeyhtiön C Oyj:n. A Oyj:n osakkeenomistajat saivat sulautumisvastikkeena kutakin A Oyj:n osaketta vastaan 1,08917 C Oyj:n osaketta ja B Oyj:n osakkeenomistajat kutakin B Oyj:n osaketta vastaan yhden C Oyj:n osakkeen. Mikäli osakkeenomistajalle vastikkeena annettavien vastaanottavan yhtiön osakkeiden lukumäärä ei ollut kokonaisluku, sulautumissuunnitelman mukaan suoritettiin osakkeenomistajalle kokonaisluvun ylimenevältä osalta rahavastike. Oli myös mahdollista, että osa sulautuvien yhtiöiden osakkeenomistajista tuli vastustamaan kombinaatiofuusiota ja että nämä osakkeenomistajat vaativat osakkeidensa lunastamista OYL 14:12:n nojalla. Kun tarkasteltiin, oliko A Oyj:n ja B Oyj:n kombinaatiofuusiossa suoritettava rahavastike EVL 52a §:n mukainen, annetun rahavastikkeen määrään ei ollut luettava OYL 14:12:ssä tarkoitetuissa osakkeiden lunastuksissa maksettuja määriä. Ennakkoratkaisu vuosille 1998 ja 1999. Äänestys 7–1.

KHO:n enemmistö hyväksyi KVL:n ennakkoratkaisussa esitetyt perustelut, joiden mukaan OYL:n sulautumissäännöksissä on kysymys vähem-

mistöosakkaiden suojaan liittyvästä säännöksestä, joten sen perusteella maksettua erää ei ole pidettävä osana sulautumisvastiketta. Vähemmistön mielestä sulautuspäätöstä vastustaneelle osakkaalle maksettu korvaus ei ole eri asemassa kuin muu maksettava rahavastike, koska sekin vähentää sulautumisessa vastaanottavalle yhtiölle siirtyviä varoja. Sulautuvan yhtiön osakkaan verotuksen näkökulmasta ei ole siten eroa sillä, saako tämä sulautumissuunnitelman perusteella rahavastiketta vai lunastetaanko tämän osakkeet sulautuvalle yhtiölle osakkaan vastustettua sulautuspäätöstä. Lunastussumman saaneeseen osakkeenomistajaan kohdistuu luonnollisesti luovutusvoittoverotus, joten mitään verovapaata tai verotonta etuutta ei yhtiöstä osakkeenomistajalle siirry. Poikkeus koskee EVL 6b §:n soveltamisalan piiriin kuuluvien käyttöomaisuusosakkeiden luovutuksia. EVL 6b §:ssä on kysymyksessä lainsäätäjän tietoisien toiminnan tuloksena syntynyt sääntely, joten se ei voi vaikuttaa tähän arviointiin.

Rahavastikkeen maksaminen sisältyy sulautumissuunnitelmaan. Sulautumista vastustava osakkeenomistaja ei hyväksy sulautumissuunnitelmaa. Rahavastiketta muutoin saava osakas sitä vastoin hyväksyy sulautumissuunnitelman, joten näiden rahasuoritusten perusteissa on selvä ero.³⁵

KHO:n kantaa voidaan pitää perusteltuna, koska EVL 52a §:ssä on ollut tarkoitus säännellä vain sulautumisen täytäntöönpanon perusteella maksettavan sulautumisvastikkeen laatua ja rahavastikkeen määrää. Siten rahavastikkeen suuruutta pohdittaessa vastaanottavan yhtiön maksaessa sulautumista vastustaneelle osakkaalle lunastussumman ei lunastussuoritusta ole tarkoitettu laskettavaksi rahavastikkeen määrään.

KHO:n päätöksessä 2003:13 oli kysymys osakevaihtoon liittyvästä arvopaperimarkkinalakiin perustuvasta lunastusvaatimuksesta. Myös tässä tilanteessa KHO katsoi, ettei hyvityssummaa oteta huomioon laskettaessa rahavastikkeen enimmäismäärää.

KHO 2003:13: Jos T AB (publ.) lunasti arvopaperimarkkinalain 6 luvun 6 §:n ja/tai osakeyhtiölain 14 luvun 19 §:n nojalla sellaisen S Oyj:n osakkeenomistajan omistamat S Oyj:n osakkeet, joka ei hyväksy T AB (publ.):n julkista osakevaihtotarjousta, maksettavaa lunastusvastiketta tai arvopaperimarkkinalain sanotun pykälän 5 momentin perusteella maksettavaa hyvitystä ei oteta huomioon laskettaessa elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 52 f §:ssä tarkoitettua rahavastiketta.

OYL 17:13.1:n mukaan jakautumisessa toimivaan yhtiöön jakautuvan yhtiön osakkeenomistaja voi jakautumisesta päättävässä yhtiökokouksessa vaatia jakautumisvastikkeensa lunastamista. Lunastusta vaativan on

³⁵ Linnakangas – Immonen – Puronen 2000, s. 35, Immonen 2011, s. 232.

äänestettävä jakautumispäätöstä vastaan. Jakautuvan yhtiön osakkeelle tulevan jakautumisvastikkeen lunastushinta on OYL 17:13.4:n mukaan toimivaan yhtiöön jakautumista vastaava osuus osakkeen jakautumispäätöstä edeltävästä käyvästä arvosta. Lunastushintaa määritettäessä ei oteta huomioon jakautumisen mahdollista jakautuvan yhtiön osakkeen arvoa alentavaa vaikutusta. Lunastushinnan maksamisesta vastaa se vastaanottava yhtiö, jonka antama vastike on lunastettu. Jos vastaanottavana yhtiönä on perustettava yhtiö, jakautumista vastustavalla osakkeenomistajalla ei ole oikeutta saada jakautumisvastiketta lunastetuksi. Kun lunastus kohdistuu jakautumisvastikkeeseen, osittaisjakautumisessa osakkeenomistajalla on mahdollisuus säilyttää omistuksensa jakautuvassa yhtiössä. Jos kokonais- tai osittaisjakautuminen tapahtuu useaan toimivaan yhtiöön, on osakkeenomistajalla oikeus valita ne jakautumisvastikkeet, jotka hän haluaa lunastettavan.³⁶

EVL 52c §:ää sovellettaessa ei jakautumisvastikkeen lunastushintaa voida mielestäni katsoa säännöksen tarkoittamaksi rahavastikkeeksi. Lunastushintaan voidaan soveltaa sulautumista vastustaneen osakkaan omistamien osakkeiden lunastushintaa koskevaa KHO:n ratkaisun 1999:75 periaatetta, jonka mukaan lunastushintaa ei lasketa säännöksen tarkoittamaan rahavastikkeeseen. Lunastuksessa ei ole kysymys jakautumisen ehdoista, joiden mukaan jakautumisen verokohtelun tulee määräytyä.

KVL:n ennakkoratkaisussa 33/2013 oli kysymys myös siitä, että jakautumista vastustaneille osakkeenomistajille maksettaisiin OYL 17:13:n perusteella lunastuskorvaus. KVL totesi, ettei lunastussumma ole osa rahavastikkeen enimmäismäärää. KVL:n ratkaisu tukee siten edellä esitettyä kantaa, että sulautumisessa ja jakautumisessa on vastustaneille osakkeenomistajille maksettavaa lunastussummaa kohdeltava samalla tavalla.

KVL 33/2013: A Oy:n oli tarkoitus jakautua osakeyhtiölain 17 luvun mukaisesti perustettavaan uuteen B Oy:öön ja C Oy:öön siten, että A Oy:n osakkeenomistajille annettaisiin vastikkeena B Oy:n ja C Oy:n osakkeita. Näitä jakautumisvastikkeita tultaisiin mahdollisesti lunastamaan osakeyhtiölain 17 luvun 13 §:n mukaisessa lunastusmenettelyssä noin 3–10 osakkeenomistajalta, joiden omistamat osakkeet edustivat noin 2–4 prosenttia yhtiön osakepääomasta. Jakautumista vastustaneille osakkeenomistajille osakeyhtiölain säännösten mukaisesti maksettavaa lunastushintaa ei pidetty elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 52c §:n 1 momentissa tarkoitettuna rahavastikkeena.

Hakemuksen mukaan oli myös mahdollista, että C Oy ostaisi jakautumista vastustavilta A Oy:n osakkailta heidän osakkeensa ennen

³⁶ Ks. laajemmin *Mähönen – Villa* 2006, s. 465 s.

jakautumisesta päättävää yhtiökokousta. Kun kyse ei tässä tapauksessa ollut lain nojalla syntyneestä velvollisuudesta lunastaa osakkeita, osakkeenomistajalle jakautumisen yhteydessä tällä tavoin maksettavaa vastiketta pidettiin elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 52c §:n 1 momentissa tarkoitettuna rahavastikkeena. Ennakkoratkaisu vuodelle 2013.

KVL:n ennakkoratkaisussa oli vaihtoehtoisena kysymyksenä, onko EVL 52c §:n tarkoittamaa rahavastiketta jakautuvan yhtiön ennen jakautumispäätöksen tekemistä jakautumista vastustavilta osakkeenomistajilta hankittavista osakkeista maksettava määrä. KVL vastasi tähän, että kysymyksessä on säännöksen tarkoittamasta rahavastikkeesta, koska hankinta ei perustunut yhtiön velvollisuuteen lunastaa ko. osakkeet. Osakkeiden hankinnan vapaaehtoisuus aiheutti siis erilaisen verokohtelun kuin OYL:n mukaisessa lunastuksessa. KVL:n ennakkoratkaisusta ei valitettu KHO:een, joten KHO:n kantaa asiaan ei saatu.

KVL:n ennakkoratkaisua voidaan kritisoida, koska se perustuu muodolliseen perusteeseen, eikä siinä oteta huomioon yritysjärjestelydirektiivin ja EVL:n säännösten tavoitteita ja sääntelyrakennetta. Jos osakkeenomistaja luovuttaa osakkeensa sulautumisen, jakautumisen tai osakevaihdon yhteydessä vapaaehtoisella luovutuksella, häntä verotetaan saadusta rahavastikkeesta osakkeiden luovutuksena. Hänen verotuskohtelunsa ei edellytä sitä, että vastikkeen saannin muoto voisi vaikuttaa toteutettavan yritysjärjestelyn verokohteluun, kun vastike lasketaan rahavastikkeeksi. Hänen kohdallaan direktiivin tavoitteet toteutuvat ilman tällaista vaikutusta eli häntä verotetaan luovutuksesta. Mielestäni direktiivin tavoitteet ja sääntelyn rakenne huomioon ottaen perusteltua olisi, että rahavastikkeena otettaisiin huomioon vain ne vapaaehtoiset erät, jotka liittyvät yritysjärjestelytoimeen. Ennen järjestelyä tehdyt luovutukset eivät siten olisi rahavastikkeen laskennassa huomioon otettavia toimia.

8 LOPUKSI

Tässä artikkelissa on käsitelty yritysjärjestelyjen osake- ja rahavastikkeeseen liittyviä tulkintaongelmia, jotka kumpuavat yhtiö- ja verolainsäädännön sääntelyjen osittaisesta erisisältöisyydestä. Kysymys on siten yhtiö- ja vero-oikeuden keskinäisestä suhteesta. Yleensä vero-oikeudessa lähtökohtana on, että jokin oikeudellinen käsite ymmärretään vero-oikeudessa samassa merkityksessä kuin yhtiöoikeudessa. Yritysjärjestelyissä jännitteitä aiheuttaa

muun muassa se, että verolainsäädännössä on yritysjärjestelytoimet säännelty itsenäisesti eli verolaisissa on säännelty yritysjärjestelyn tunnusmerkit, jotta se voidaan toteuttaa veroneutraalisti. Tämä sääntely on sisällöltään tiukempaa kuin yhtiöoikeudellinen sääntely. Tällöin voidaan ajautua tilanteeseen, jossa yhtiöoikeudellisesti moitteeton ja liiketoiminnallisesti järkevä yritysjärjestelytoimi ei täytä verolain vaatimuksia. Tämä aiheuttaa lisäjärjestelytoimien tarvetta, jotta veroneutraalius voidaan saavuttaa. Yleensä näissä toimissa on kysymys tilanteista, joissa yritysvarallisuutta ei siirry osakstaholle, joten järjestely olisi hyvin perustein hyväksyttävissä, jos verolain säännökset olisivat joustavampia. Toisaalta on selvää, että verolain säännökset eivät voi joustaa kaikissa tilanteissa hyväksymään sitä, mikä on yhtiöoikeudellisesti mahdollista, koska verolainsäädännön tavoitteet poikkeavat yhtiölainsäädännön tavoitteista.

Yritysjärjestelydirektiivin määräykset on Suomessa varsin tarkasti sanamuodon mukaisesti kirjoitettu EVL:n säännöksiin. Sääntelyssä ei ole juuri joustettu; poikkeuksena on ainoastaan konsernin sisäisten sisaryhtiösulautumisten vastikkeettomuusmahdollisuus. Oikeuskäytännössä on lisäksi hyväksytty veroneutraaleiksi sulautumisia, jotka eivät sanamuodon mukaan täytä direktiivin tai EVL:n vaatimuksia. Kuten edellä on tuotu esille, erilaiset sekasulautumiset ovat osoittautuneet hankaliksi EVL 52a–b §:n tiukan osakevastikevaatimuksen vuoksi.

LÄHTEET

- Airaksinen, Manne – Pulkkinen, Pekka – Rasinaho, Vesa:* Osakeyhtiölaki II. Talentum Media Oy, Helsinki 2007.
- Andersson, Edward – Ikkala, Jarmo – Penttilä, Seppo:* Elinkeinoverolain kommentaari. 12. uud. p. Talentum Media Oy, Helsinki 2009.
- Hallituksen esitys 177/1995 vp eduskunnalle yritysjärjestelyjä koskevien elinkeinotulon verottamisesta annetun lain ja eräiden muiden lakien säännösten muuttamisesta.
- Immonen Raimo:* Yritysjärjestelyjen ajankohtaisia kysymyksiä. Veropintopäivät 2008, s. 45–62.
- Immonen Raimo:* Yritysjärjestelyt. Talentum Media Oy, Helsinki 2011.
- Järvenoja, Markku:* Yritysjärjestelyt verotuksessa. 2. uud. p. WSOYpro, Helsinki 2007.
- Järvenoja, Markku:* Osakevastike yritysjärjestelyissä, Edilex 2010/4. –[Http://www.edilex.fi/lakikirjasto/6783](http://www.edilex.fi/lakikirjasto/6783).
- Järvenoja, Markku:* Henkilöyhtiön oikeusasema tuloverotuksessa. Verooikeudellinen tutkimus vero-oikeuden ja yhtiöoikeuden suhteesta henkilöyhtiön omaan pääomaan liittyvissä oikeustoimissa. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2013.
- Järvenoja, Markku:* Yritysjärjestelyt. Teoksessa Seppo Penttilä (toim.), Yritysverotus. EU-tuomioistuimen ratkaisut ja niiden tulkinta. KHT-Media Oy, Helsinki 2013 (*Järvenoja* 2013a).
- Knuutinen, Reijo:* Muoto ja sisältö vero-oikeudessa – erityistarkastelussa rahoitus- ja sijoitusinstrumentit. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 292, Helsinki 2009.
- Linnakangas, Esko – Immonen, Raimo – Puronen, Pertti:* Verotuskäytäntö 1999/4. Kauppakaari Oyj, Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2000.
- Mähönen Jukka – Villa Seppo:* Osakeyhtiö I. WSOYpro, Helsinki 2006.
- Mähönen Jukka – Villa Seppo:* Osakeyhtiö IV. Osakeyhtiö ja verotus. WSOYpro, Helsinki 2009.
- Penttilä, Seppo:* Viimeaikaista oikeuskäytäntöä yritysverotuksessa. Veropintopäivät 2008, s. 91–114.
- Penttilä, Seppo:* EU-oikeudelliset näkökohdat elinkeinoverolain yritysjärjestelysäännösten tulkinnassa. Verotus 2012, s. 29–40.
- Penttilä, Seppo:* EVL:n ja OYL:n välinen jännite osakeyhtiöiden sulautumisessa – lainsäätäjän unohtama ongelma. Teoksessa Matti Urpilainen ja Veikko Vahtera (toim.), Minne menet vero-oikeus? Juhlajulkaisu Raimo Immoselle. Turun kauppakorkeakoulu, sarja C-1:2013, s. 157–170.
- Ståhl, Kristina:* Fusionsdirektiv. Svensk beskattning i EG-rättsligt belysning. Iustus Förlag AB, Uppsala 2005.
- Verohallitus: Yritysjärjestelyt, Tiedote 1/1997.

LYHENTEET

ArvL	laki varojen arvostamisesta 22.12.2005/1142
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
EVL	laki elinkeinotulon verottamisesta 24.6.1968/360
KHO	korkein hallinto-oikeus
KVL	keskusverolautakunta
OYL	osakeyhtiölaki 21.7.2006/624
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta

OIKEUSTAPAUKSET

EUT

C-28/95, Leur-Bloem
C 43/00, Andersen og Jensen
C-285/07, A.T.

KHO

2013:13
2011:2
2010:79
2009:98
2008:65
1999:75
1.12.2009 T 3451
13.11.2007 T 2903

KVL

169/1996
274/1996
70/2001
103/2001 (ei julk.)
13/2013

CONSIDERATION IN CORPORATE REORGANIZATIONS

An eternal challenge for coordination of directive, corporate law and tax law

Reorganizations – in absence of any specific tax provisions – would generally trigger taxation of unrealized capital gains. Common tax system for reorganizations, the Merger Directive, was adopted to be able to provide a solution not to distort cross-border reorganizations. The Directive is applied to mergers, divisions, partial divisions, transfers of assets and exchanges of shares involving companies from two or more Member States. The essence of the Directive is the deferral of capital gains.

The Merger Directive was implemented into Finnish Business Income Act as 1 January 1996. The regulations are applied also to domestic reorganizations. When the Directive was implemented, it was decided that the tax regulation would be autonomous from corporate law regulations. This has created a “Bermuda triangle” where tax law, corporate law and the Directive may run up against each other and lead to unexpected interpretation problems. For example, according to the Business Income Act a tax neutral merger means an operation whereby one or more companies, on being dissolved without going into liquidation, transfer all their assets and liabilities to another existing company in exchange for the pro rata issue to their shareholders of securities representing the capital of that other company. The Directive does not require that securities are issued pro rata. The Company Act is more liberal. In tax practice, these differences have raised several interpretation issues: Is it possible to require a pro rata issue of securities? Is a merger tax neutral if an issue of securities is not allowed by the Company Act? Is it possible to issue shares without a right to dividend or non-voting shares without risking tax neutrality of the merger? Similar questions arise in divisions and partial divisions. The Directive, however, requires a pro rata issue of securities to shareholders of the company being dissolved without going liquidation. Does this difference mean that in tax practice the requirements for tax neutrality may be interpreted differently with divisions than with mergers? The Directive also allows that the consideration paid to the shareholders may be a cash payment not exceeding 10 % of the nominal value. There are no precedents whether the cash consideration should be paid pro rata to all shareholders or is it possible to redeem shares from a certain group of shareholders.

The influence of the Directive and corporate law on tax law interpretations are analyzed in this article. Several pain spots are found and described. There are quite few precedents from the Supreme Administrative Court. Those are analyzed in order to shed light to the Bermuda triangle where corporate reorganizations may be necessary in order to create within the Community and member states conditions analogous to those of an internal market and in order thus to ensure the effective functioning of such an internal market.

Antti Kolehmainen

SYNTYNYT TAI SIITETTY
Keinohedelmöitetyn lapsen
oikeudesta perintöön

Sisällys

1	JOHDANTO	65
1.1	Aluksi.....	65
1.2	Tutkimuskysymys	68
2	LAINSÄÄDÄNTÖ TULKINNAN LÄHTÖKOHTANA.....	73
2.1	Perintökaari tulkinnan lähtökohtana.....	73
2.2	Hedelmöityshoitolaki ja isyyslaki tulkinnan lähtökohtana.....	77
3	PERINTÖKAAREN ESITÖIDEN MUKAINEN TULKINTA.....	81
4	PERHE- JA PERINTÖOIKEUDELLISIA JÄRJESTELMÄNÄKÖKOHTIA	83
5	ERI TULKINTAVAIHTOEHTOJEN AIHEUTTAMIA ONGELMIA	86
5.1	Perinnönjaon toimittaminen ennen keinoalkuisen lapsen syntymää	86
5.2	Yhdenvertaisuusongelmia eräissä tilanteissa	89
6	IHMISOIKEUSNÄKÖKULMA	92
7	PERUSOIKEUSNÄKÖKULMA.....	96
8	JOHTOPÄÄTÖKSET.....	100
8.1	Biologinen isyys ja keinoalkuisen lapsen perintöoikeus	100
8.2	Tulkintasuositus lakimääräisen perimyksen osalta.....	104
8.3	Tulkintasuositus testamenttiperimyksen osalta	109
	LÄHTEET.....	112
	LYHENTEET	114
	OIKEUSTAPAUKSET.....	115
	BORN OR CONCEIVED. ON THE INHERITANCE RIGHT OF AN ARTIFICIALLY INSEMINATED CHILD.....	116

Syntynyt tai siitetty

Keinohedelmöitetyn lapsen oikeudesta perintöön

1 JOHDANTO

1.1 Aluksi

Kullakin aikakaudella on sille ominainen perhekäsitys. Tämä pitää sisällään muun muassa sen, mitä perheellä on oikeudellisessa mielessä ymmärrettävä. Perhekäsitys muotoaa myös lainlaatijan tavoitteita sekä keinoja näiden tavoitteiden saavuttamiseksi.¹ Perhekäsitys liittyy perhettä ympäröivään yhteiskuntaan; sen kehitysvaiheeseen ja arvomaailmaan. 1800-luvulla ja 1900-luvun alkupuolella keskeisessä asemassa oli suku, kun taas viime vuosisadan puolivälissä perhe ”supistui” vanhemmat ja heidän avioliitossa syntyneet biologiset lapsensa käsittäväksi ydinperheeksi. Lainsäädäntö rakentui tätä perhemallia ajatellen ja esimerkiksi avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten asema poikkesi aviolaisten asemasta. Tämänhetkistä perhekäsitystä voi kuvata pluralistiseksi. Siinä hyväksytään perinteisen ydinperheen ohella muun muassa samaa sukupuolta olevien vanhempien ja heidän lastensa muodostama perhe.² Myös perheen sisäinen adoptio-oikeus hyväksytään nykyisin rekisteröidyssä parisuhteessa eläville (RPL 9 §).³ Lisäksi hedelmöityshoitolaisten lähtökohtana on, että perhe voi muodostua kahdesta äidistä ja heidän lapsestaan taikka yhdestä äidistä ja hänen lapsestaan.⁴

Perhekäsitystämme tai ainakin perheeseen liittyviä juridisia näkökantojamme ovat lisäksi muokanneet Euroopan ihmisoikeussopimus (EIS) ja

¹ *Aarnio* 1984, s. 7.

² *Nieminen* 2013, s. 32 ja 53 ss.

³ Toisaalta parisuhdekumppanit tai avopuoliset eivät voi yhdessä adoptoida lasta (AdoptioL 9 §).

⁴ HE 3/2006 vp, s. 26 ja *Nieminen* 2013, s. 262. Kaksi äitiä lapsi voi kuitenkin saada vain adoption kautta.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) ratkaisut. EIT on katsonut, että myös *de facto* -perheyhteys nauttii EIS:n tarkoittamaa oikeudellista suojaa.⁵ EIT:n mukaan perintöoikeus lähisukulaisten välillä kuuluu perhe-elämän suojaa koskevan EIS 8 artiklan soveltamisalaan, koska se edustaa perhe-elämän yhtä piirrettä.⁶

Perhekäsityksellä on vaikutusta myös perintöoikeuteen. Aiemmin sekä perhekäsitys että perintöoikeus kytkeytyivät avioliittoon. Nykyistä perintökaarta edeltäneen vuoden 1734 perintökaaren 1:2:n mukaan perintöoikeuden edellytyksenä oli yleensä aviollinen syntyperä. Vuoden 1922 avioliiton ulkopuolella syntyneitä lapsia koskeva laki (173/1922) muutti oikeustilaa.⁷ Sen mukaan myös avioliiton ulkopuolella syntynyt lapsi saattoi periä isänsä. Perimyoikeuden edellytyksenä oli tuolloin kuitenkin vielä se, että isä oli tunnustanut lapsen. Sellainen lapsen biologinen isä, joka oli tuomittu lapseensa nähden elatusvelvolliseksi tai oli tähän vapaaehtoisesti sitoutunut, ei ollut oikeudellisessa mielessä lapsen vanhempi, eikä lapsi myöskään perinyt häntä.⁸ Vasta 1.10.1976 voimaan tullut isyyslaki (700/1975) takasi myös avioliiton ulkopuolella syntyneelle biologiselle lapselle perintöoikeuden, kunhan isyys vain on vahvistettu tuomioistuimessa lain edellyttämällä tavalla tai kun isyys on vahvistettu miehen tunnustettua isyytensä (IsyysL 3§).

Myös ei-biologinen lapsi on jo varsin kauan voinut periä tosiasiallisen eli sosiaalisen vanhempansa. Vuoden 1925 ottolapsilaki (OttoL) perustui heikon adoption (*adoptio minus plena*) periaatteelle. Ottolapseksi annetun lapsen suhde biologisiin vanhempiin ei katkennut, vaan muun muassa oikeus periä biologinen vanhempi säilyi. Toisaalta ottovanhempien biologisella lapsella oli ottolasta vahvempi oikeus perintöön vanhempansa jälkeen. Ottolapsen perintöosan suuruus oli vain puolet siitä, mitä ottovanhem-

⁵ Ks. *EIT Moretti ja Benedetti v Italia* (27.4.2010). Siinä valtion katsottiin loukanneen EIS 8 artiklan tarkoittamaa perhe-elämän suojaa, kun lapsen kanssa tosiasiallisesti asunut aviopari ei saanut adoptoida yhden vuoden ja kuuden kuukauden ikäistä lasta, joka oli käytännössä koko ikänsä asunut heidän luonaan ja sopeutunut hyvin tähän perheeseen, vaan lapsi annettiin toisille ottovanhemmille.

⁶ Näin *EIT Camp ja Bourimi v Alankomaat* (3.10.2000), ks. tapauksesta tarkemmin jakso 6 Ihmisoikeusnäkökulma.

⁷ Perintökaaren tärkeimmässä esityössä katsottiin, ettei siinä ollut tarpeen ottaa kantaa avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten asemaan, koska tämä asia oli juuri ollut lain-säädäntöelinten harkittavana. Näin *Ehdotus 1935*, s. 68.

⁸ Ks. tarkemmin *Wrede* 1946, s. 17 ja 60 ss., jossa kuvataan vuoden 1734 perintökaarta edeltänyttä oikeustilaa. Ennen kristinuskon valtaantuloa aviottomien lasten perintöoikeudellinen asema oli parempi. Kun kristinuskko sai Euroopassa enemmän jalansijaa, evättiin aluksi siveellisyyssnäkökohtiin vedoten avioliiton ulkopuolella syntyneiltä lapsilta perintöoikeus.

man biologinen rintaperillinen sai (OttoL 7 §). Lisäksi ottovanhempien biologisella lapsella oli normaali perintöoikeus myös vanhempien muihin sukulaisiin nähden.⁹ Vuoden 1925 ottolapsilain säätämisen aikaan oli vielä vallalla näkemys, jonka mukaan perintöoikeus edellyttää biologista sukulaisuutta.¹⁰ Puolikkaan perintöoikeuden myöntäminen ottolapselle perustui lähinnä siihen, että perintö katsottiin korvaukseksi ottolapsen lapsuutensa jälkeen kotonaan tekemästä työstä. Tätä perintöoikeutta ei siis perusteltu ottolapsen ja ottovanhemman välisellä suhteella.¹¹ Heikon adoption järjestelmässä ottolapsella ei ollut lainkaan perintöoikeutta ottovanhemman sukulaisten jälkeen. 1.1.1980 tai sitä myöhemmin perustettu ottolapsisuhde perustuu vahvan adoption (*adoptio plena*) periaatteelle. Tämä merkitsee sitä, että ottolapsi (adoptiolapsi) on täysin samassa perintöoikeudellisessa asemassa ottovanhempaan (adoptiovanhempaan) ja tämän sukulaisiin nähden kuin biologinen lapsi. Vahvan adoption järjestelmässä ottolapsen oikeudellinen suhde biologisiin vanhempiin katkeaa, eikä lapsi näin ollen myöskään peri heitä.¹²

1980-luvulta alkaen lisääntymishoitojen kehittyminen on mahdollistanut sen, että vanhemmat pystyvät hankkimaan itselleen lapsen, joka on keinoalkuisesti lähtöisin joko vanhempien omista tai vieraan luovuttajan sukusoluista. Tällöin juridinen isyys voi kytkeytyä joko biologiseen isyyteen tai miehen antamaan hoitosuostumusta koskevaan tahdonilmaisuun. Hedelmöityshoitoon suostumuksen antaneesta miespuolisesta parisuhdekumppanista tulee keinoalkuisen lapsen isä siitä riippumatta, onko hoidossa käytetty hänen omia vai vieraita sukusoluja (IsyysL 3 a §).¹³ Keinoalkuisten

⁹ Valittu lainsäädännöllinen ratkaisu perustui lastensuojelulliseen tavoitteeseen saada mahdollisimman moni ottamaan itselleen ottolapsi. Tämän vuoksi vuoden 1925 ottolapsilaissa varottiin menemästä niin pitkälle, että ottovanhemman ja tämän lähisuvun edut olisivat vaarantuneet. Tämä olisi näet saattanut vähentää adoptiohalukkuutta, ks. *Oksala OTJP* 1981, s. 178.

¹⁰ Lvk 1922 n:o 3, s. 13.

¹¹ Lvk 1922 n:o 3, s. 13 sekä *Oksala OTJP* 1981, s. 179.

¹² Ottolapsisuhteen perustamista vahvan adoption järjestelmässä onkin verrattu lapsen syntymiseen otossuussaan, näin *Gottberg DL* 2006, s. 790.

¹³ Hedelmöityshoitolain tarkoituksena on, että siittiöitä luovuttaneen miehen ja hoidon tuloksena syntyvän lapsen välille ei synny minkäänlaista oikeudellista suhdetta, näin HE 3/2006 vp, s. 23. Tosin tähänkin on poikkeus. Se koskee tilanteita, joissa hoitoa annetaan naiselle, joka ei elä parisuhteessa. Tällöin sukusolujen luovuttaja voi antaa suostumuksensa siihen, että hänet vahvistetaan hoidon tuloksena syntyvän lapsen isäksi (HedelmHL 16.2 §).

Ruotsissa laki sallii hedelmöityshoidon antamisen myös naispareille, ks. lag om insemination 3 § ja 5 §. Lisäksi Ruotsissa on mahdollista, että hoitosuostumuksen antaneesta naispuolisesta kumppanista tulee lapsen vanhempi, näin FB 1:9. Suomessa hoitoa voidaan HedelmHL 2 §:n mukaan antaa ainoastaan miehen ja naisen muodostamalle parille tai naiselle, joka ei elä parisuhteessa. Hedelmöityshoitolain näkökulmasta rekisteröidyssä parisuhteessa elävä nainen on Suomessa aina yksinäinen. Parisuhteen rekisteröinti ei tuota

lasten ilmaantuminen on aiheuttanut erilaisia juridisia ongelmia. Esimerkiksi perintökaareissa lähdetään siitä, että lapsi saa alkunsa siittämällä. Mutta jos lapsi saa alkunsa keinohedelmöityksestä, perintökaaren säännösten sananmuoto voi aiheuttaa tulkinnallisia ongelmia.¹⁴

1.2 Tutkimuskysymys

Perintökaari alkaa seuraavasti: ”Periä voi vain se, joka elää perittävän kuolinhetkellä; kuitenkin periköön sitä ennen siitetty lapsi, jos tämä sittemmin syntyy elävänä” (PK 1:1). Myöhemmin perintökaareissa ilmaistaan testamenttisaantoa koskeva pääsääntö, jonka mukaan testamenttia ei voida tehokkaasti tehdä sellaisen henkilön hyväksi, joka ei ole jälkisäädöksen tekijän kuolinhetkellä elossa taikka sitä ennen siitetty. Tässäkin tapauksessa ennen testaattorin kuolemaa siitetyn lapsen on synnyttävä elävänä, jotta testamentti olisi tehokas (PK 9:2.1). Molemmat edellä mainitut normit on kirjoitettu aikana, jolloin nykyisenkaltaista hedelmöityshoitoa ei tunnettu.

Nykyisin on mahdollista, että nainen saatetaan raskaaksi keinohedelmöitykseen suostumuksensa antaneen miehen omalla tai vieraan miehen siennesteellä vasta suostumuksenantajan kuoleman jälkeen. PK 1:1:stä ja 9:2.1:stä näyttäisi seuraavan, että tällä tavoin alkunsa saanut lapsi ei voisi periä suostumuksen antanutta miestä tai saada häneltä omaisuutta testamentin nojalla, jos kyseinen mies kuolisi ennen lapsen syntymää. Tilanne näyttäisi perintökaaren tekstin valossa olevan tämä, vaikka hedelmöityshoitoon suostumuksen antanut ja myöhemmin kuollut mies olisi itse sukusolujen luovuttaja ja näin ollen syntyvän lapsen biologinen isä. Molemmat normithan edellyttävät, että lapsi on *siitetty* ennen perittävän

toiselle osapuolelle minkäänlaista asemaa syntyvään lapseen nähden. Keinoalkuisen lapsen ”isänä” voi meillä olla myös IsyysL 3 a §:n perusteella vain mies. Toisaalta laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta mahdollistaa sen, että parisuhdekumppaneille voidaan vahvistaa lapsen yhteishuoltajuus, ks. *Gottberg* 2013, s. 158–159.

¹⁴ Ennen hedelmöityshoitolain ja siihen liittyvien isyyslain muutosten voimaantuloa tilanne oli tulkinnallisesti vielä hankalampi. Isyyslain kirjaimellinen tulkinta olisi tuolloin johtanut siihen, että hedelmöityshoidon tuloksena syntyvän lapsen isyyttä ei olisi ollut mahdollista vahvistaa puuttuvan sukupuoliyhdyntänsä vuoksi. Avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen isyyden vahvistamisen edellytyksenä oli tuolloin se, että ”mies on maannut äidin lapsen siittämisajankana” ja voitiin pitää todistettuna, ”että mies on siittänyt lapsen” (31.8.2007 saakka voimassa ollut IsyysL 3.2 §). 1.9.2007 alkaen tuomioistuimen on vahvistettava mies lapsen isäksi myös silloin, kun miehen siittiöitä on käytetty äidin hedelmöittämiseen muulla kuin IsyysL 3 a §:ssä tarkoitettulla tavalla ja voidaan pitää todistettuna, että lapsi on saanut alkunsa tästä hoidosta (voimassa oleva IsyysL 3.2 §:n 2-kohta).

kuolemaa.¹⁵ Myös oikeuskirjallisuudessa on esitetty tähän viittaavia näkemyksiä.¹⁶

Keinohedelmöitys voi tapahtua inseminaationa tai koeputkihedel­möityksenä.¹⁷ *Inseminaatiossa* siittiöitä ruiskutetaan ovulaation aikana yleensä kohtuonteloon (joskus vatsaonteloon) ja hedelmöitys tapahtuu naisen kehossa.¹⁸ Tämä tehdään tavallisesti siten, että mies toimit­taa inseminatiopäivänä tuoreen siemennesteen hoidon suorittavaan laboratorioon. Tässä tapauksessa suostumuksen antajan kuoleminen hedelmöittämisprosessin aikana on mahdollista, mutta melko epätoden­näköistä. *Koeputkihedel­möityksessä* naisesta kerätään munasoluja ja kerätyt munasolut hedelmöitetään viljelymaljassa miehen siittiösoluilla. Alkiot eli varhaisasteiset sikiöt siirretään kohtuun yleensä 48–72 tunnin kuluttua hedelmöittämisestä.¹⁹ Koeputkihedel­möittäminen saattaa olla pitkä prosessi, joten on hyvinkin mahdollista, että suostumuksen antaja ennättää kuolla ennen sen loppuunsaattamista.²⁰ Lisäksi alkiota voi­daan varastoida pakastamalla, jolloin sukusolujen ottamisen ja niiden kohtuun viemisen välinen aikaero saattaa muodostua pitkäksi.²¹ Tällöin

¹⁵ Jos äiti kuitenkin solmii isän kuoleman jälkeen uuden avioliiton ennen kuin keinohe­delmötetty lapsi syntyy, sovelletaan *pater est* -olettamaa. Tällöin uusi aviomies oletetaan IsyysL 2 §:n perusteella lapsen isäksi.

¹⁶ Aarnion ja Kangas esittävät, että keinoalkuinen lapsi ei voi saada omaisuutta testamentin nojalla, jos häntä ei ole siitetty ennen testamentin tekijän kuolemaa. Lisäksi he esittävät, että lakimääräisen perimyksen ja testamenttiperimyksen kriteerit ovat tältä osin samat. Myöskään lakimääräinen perimys ei puheena olevassa tilanteessa näyttäisi olevan tämän tulkinnan mukaan mahdollista, ks. *Aarnio – Kangas* 2008, s. 485–486. Samoin *Rautiala* 1967, s. 17. Rautialan kirjan kirjoittamisen aikaan keinohedelmöitys ei kuitenkaan vielä ollut missään muodossa yleisesti käytössä. Myös Ruotsissa on oltu samoilla linjoilla, ks. *Walén – Lind* 2008, s. 262.

¹⁷ Hedelmöityshoitolaki koskee vain näitä hoitomuotoja. Se ei koske esimerkiksi pelkästään lääkkeiden käyttämistä tai kirurgisten toimenpiteiden suorittamista taikka omatoimisesti suoritettuja toimenpiteitä raskauden aikaansaamiseksi. Jos toimenpiteeseen kuitenkin osal­listuu lääkäri tässä toimessaan tai muu ulkopuolinen henkilö korvausta vastaan, toimintaan sovelletaan hedelmöityshoitolakia (HedelmHL 1 §), ks. myös HE 3/2006 vp, s. 26.

¹⁸ Jos kysymyksessä on niin sanottu koti-inseminatio, eli hedelmöityshoitolain piiriin kuulumaton hoito, jossa naisen viety miehen siemennestettä, luovuttaja katsotaan IsyysL 3.2 § 2 -kohdan perusteella isäksi, ks. myös HE 3/2006 vp, s. 40.

¹⁹ HE 3/2006 vp, s. 4.

²⁰ Etenkin miehestä johtuvaa lapsettomuutta voidaan nykyisin hoitaa inseminatiolla tai koeputkihedel­möittämisellä, vaikka siinä käytettäisiinkin miehen omaa siemennestettä. Nykytekniikka mahdollistaa sen, että raskaus voidaan saada aikaan aikaisempaa huonom­pilaatuisella siemennesteellä, ks. HE 3/2006 vp, s. 4.

²¹ Sukusolujen pakastamisajan pituudella ei ole osoitettu olevan kielteisiä vaikutuksia hedel­möityshoidon tuloksena syntyvän henkilön terveyteen, ks. HE 3/2006 vp, s. 28. Pakastuksen avulla vältetään se, että naisen täytyy käydä läpi hormonihoidot ja munasolujen keräykset useamman kerran. Nykyisin on mahdollista myös kerätä naisesta kuukautiskierron aikana epäkypsiä munasoluja ja kypsyttää ne laboratoriossa, ks. tarkemmin hedelmöityshoidoista, *Salminen – Burrell – Lehtonen*, OTJP 2007, s. 322–333.

luonnollisesti lisääntyy myös riski siitä, että suostumuksenantaja kuolee ennen prosessin loppuunsaattamista.

Etenkin koeputkihedelmöitys on useampivaiheinen tapahtumasarja. Siinä merkityksellisiä tapahtumia ovat ainakin a) äidin miespuolisen parisuhdekumppanin suostumus sukulolujen käyttöön, b) sukulolujen luovuttajan suostumus hänen sukulolujensa käyttöön, c) sukulolujen eli siittiöiden tai munasolujen irrottaminen, d) niiden luovuttaminen lisääntymishoitoa antavalle laboratoriolle, e) munasolujen hedelmöittäminen, f) niiden hedelmöittyminen viljelymaljassa, g) näin muodostuneen alkion siirto naisen kohtuun, sekä h) raskauden alkaminen ja i) syntymä. Tässä kirjoituksessa haen vastausta kysymykseen, *miten PK 1:1:tä ja PK 9:2.1:tä on tulkittava silloin, kun hoitosuostumuksen antanut mies kuolee keinohedelmöitysprosessin aikana*. Alustavasti kysymys näyttäisi olevan siitä, mihin lisääntymisprosessin vaiheeseen keinoalkuisen lapsen perimyskelppoisuus ja kelpoisuus saada itselleen omaisuutta testamentin nojalla on näissä tilanteissa kytkettävä. Tähän kysymykseen vastattaessa joudutaan ottamaan kantaa myös siihen, *tuleeko asiaa arvioida eri tavalla sen mukaan, onko kyse miehen omista vai vieraan luovuttajan sukuloluista alkunsa saaneesta lapsesta*.²²

Tämä kysymys ei tiettävästi ole vielä aiheuttanut ainakaan kovin merkittäviä ongelmia käytännössä. Sen vuoksi tutkimuskysymyksen valintaa on syytä perustella. Kyse on joka tapauksessa ongelmista, jotka jossain vaiheessa väijäämättä aktualisoituvat käytännön elämässä. Keinoalkuisesti syntyneiden lasten määrä on ollut voimakkaassa kasvussa, joten on vain ajan kysymys, milloin näihin ongelmiin joudutaan ottamaan kantaa myös oikeuskäytännössä.²³ Lisäksi kyse on periaatteellisesti hyvin tärkeästä asiasta. Tutkimustehtävään vastattaessa liikutaan sekä perintöä että isyyttä koskevan lainsäädännön ydinalueilla. Siinä käsitellään perinnönsaajien yhdenvertaisuuteen liittyviä kysymyksiä. Kyse on nimenomaan eri tavalla alkunsa saaneiden lasten keskinäisestä yhdenvertaisuudesta. Tutkimuskysymykseen vastattaessa voidaan saada tietoa, jolla on laajemminkin merkitystä perillisten keskinäisiä suhteita arvioitaessa.

Omia sukuloluja luovuttaneen suostumuksenantajan osalta ei näitä ongelmia pitäisi kovin usein päästä syntymään. HedelmHL 6.1 §:n mukaan hedelmöityshoitoja tarjoavan palveluntuottajan tulee hävittää varastoidut

²² Erilaista kohtelua voisi perustella sillä, että ensimmäisessä vaihtoehdossa isyys perustuu biologiseen sukulaisuussuhteeseen, mutta jälkimmäisessä vaihtoehdossa ei.

²³ Vuonna 2010 hedelmöityshoidon tuloksena syntyneiden lasten määrä oli 4,4 prosenttia vuosittain syntyneiden lasten määrästä. Koeputkihedelmöityshoidosta syntyi yhteensä 2174 lasta (80,9 %) ja inseminaatiohoitojen avulla 513 lasta (19,1 %). Keinoalkuisen lasten määrä on ollut jatkuvasti kasvussa. Myös aloitettujen hedelmöityshoitojen määrä kasvoi selvästi vuosina 2010–2011, ks. Sosiaali- ja terveysalan tilastollinen vuosikirja 2012, s. 24.

sukusolut viipymättä, kun sen tietoon on tullut, että sukusolujen luovuttaja on kuollut. Tämä säännös ei kuitenkaan käytännössä estä sitä, että onnistunut hedelmöittäminen miehen omilla sukusoluilla tapahtuu vasta luovuttajan kuoleman jälkeen.²⁴ Mahdollista on, että sen paremmin sukusoluja vastaanottavalla naisella kuin sanotulla palveluntuottajalla ei hedelmöittämishetkellä ole ollut tietoa luovuttajan kuolemasta. Lisäksi nainen saattaa haluta käyttää miehen sukusoluja siitä huolimatta, että hän on tietoinen tämän kuolemansa.²⁵ Hedelmöityshoitoa tarjoava palveluntuottaja ei tällöin välttämättä tule ajoissa tietoiseksi siitä, että mies on kuollut. Sama ongelma on käsillä luonnollisesti myös silloin, kun keinohedelmöitykseen käytetään vieraan miehen sukusoluja ja tähän toimenpiteeseen suostumuksensa antanut mies kuolee ennen prosessin loppuun saattamista. Myös suostumuksenantajan kuolema on hedelmöityshoidon antamisen este (HedelmHL 8.2 § 4k).

PK 9.2.1:n osalta vastaava ongelma on nykyisin mahdollinen myös silloin, kun nainen luovuttaa oman munasolunsa hedelmöitettäväksi ja lapsi saa alkunsa siitä. Tämä voi tapahtua muun muassa siten, että alkio viedään toisen naisen eli sijaissynnyttäjän kohtuun. Tällainen järjestely saattaa olla tarpeen esimerkiksi silloin, kun munasolun luovuttajalta puuttuu kohtu tai se on viallinen.²⁶ Tällöin on yleensä tarkoituksena, että munasolun luovuttajasta tulee myöhemmin adoption avulla lapsen äiti.²⁷ Myös tässä tapauksessa on mahdollista, että munasolun luovuttaja kuolee kesken keinohedelmöitysprosessin. Lakisääteinen perimys ei nyt aiheuta ongelmia, koska synnyttäjää pidetään aina lapsen äitinä.²⁸ Munasolun luovuttaja voi kuitenkin tehdä testamentin tällä tavoin alkunsa saavan lapsensa hyväksi, mutta kuolla ennen lapsen ”siittämistä”.

²⁴ Vaatimus luovuttajan elossa olosta otettiin lakiin, jotta turvataan lapsen oikeus syntyä elossa olevista vanhemmista silloin, kun hedelmöityshoidossa käytetään miehen omia sukusoluja, näin HE 3/2006 vp, s. 30.

²⁵ Suomessa kuolintapaukset merkitään normaalitapauksessa väestökirjanpitoon varsin pikaisesti ja myös tieto hedelmöityshoitoa tarjoavalle palveluntuottajalle välitetään yleensä nopeasti, ks. *Salminen – Burrel – Lehtonen* OTJP 2007, s. 371. Kaikissa tapauksissa tieto perittävän kuolemasta ei jostain syystä tule nopeasti viranomaisten tietoon. Tämä ongelma koskee erityisesti kadonneita sekä ulkomailla kuolleita.

²⁶ Sijaissynnytyksessä on näissä tilanteissa ainoa tapa saada aikaan geneettisesti oma lapsi. Vuoteen 2007 mennessä Suomessa oli hoidettu noin 20 lapsetonta paria tällä menetelmällä, ks. *Stakes*, Tilastotiedote 7/2007 ja *Salminen – Burrel – Lehtonen* OTJP 2007, s. 325.

²⁷ Lapsen synnyttänyt nainen on kuitenkin aina lapsen äiti ja hän voi päättää, luopuuko lapsesta vai ei. Synnyttäjä voi tehdä pätevästi tämän ratkaisun vasta harkinta-ajan jälkeen, kun hän on ennättänyt perusteellisesti miettiä asiaa. Nainen ei voi antaa suostumusta, ennen kuin on kulunut vähintään kahdeksan viikkoa lapsen synnytyksestä (AdoptioL15 §). Hedelmöityshoitolaki ei kuitenkaan salli tällaista sijaissynnyttäjän käyttöä, ks. HE 3/2006 vp, s. 17.

²⁸ Tämä kirjoittamattoman oikeuden mukainen sääntö on voimassa myös hedelmöityshoitolain voimaantulon jälkeen, ks. HE 3/2006 vp, s. 10. Ruotsissa asiasta on annettu nimenomainen säännös, ks. FB 1:7.

Mahdollista on myös se, että munasolun luovuttaja tekee testamentin sellaisen hänen munasolustaan syntyvän lapsen hyväksi, joka ei synny sijaissynnyttäjän kohdussa. Tällöin testamentti tehdään muun kuin omaan perheeseen tulevaksi tarkoitettun lapsen hyväksi.²⁹ Periaatteessa on mahdollista sekin, että siittiöitä luovuttava mies ja munasoluja luovuttava nainen tekevät testamentin heidän sukusoluistaan syntyvän lapsen hyväksi. Kaikkia näitä tilanteita koskee PK 9:2.1. Jotta testamentti olisi tehokas, testamentinsaajan tulisi siis olla elossa testaattorin kuolinhetkellä tai ainakin sitä ennen siitetty. Ongelma on tällöin sama kuin jos hedelmöittäminen tapahtuu miehen siemennesteellä. Käytännössä ongelmat liittyvät useimmiten niihin tilanteisiin, joissa mies on perinnönjättäjä tai testamentintekijä.

Puheena oleva ongelma saattaa aktualisoitua myös silloin, kun perittävä on keinoalkuiselle lapselle joku isää kaukaisempi sukulainen. Perittävä voi olla esimerkiksi lapsen isoisa. Jos lapsen isä on kuollut ennen isovanhempaa, lapsi perii isovanhempansa. PK 1:1:n vuoksi lakimääräisestä perimyksestä syntyy ongelmia, jos lapsen isä kuolee ennen vanhempansa ja isovanhempi kuolee ennen keinoalkuisen lapsen alkuun saattamista. Sen sijaan testamenttiperimyskelpoisuus ei näissä tilanteissa aiheuta ongelmia. PK 9:2.1:n pääsääntöä täydentävän PK 9:2.2:n poikkeussäännön mukaan myös lastenlapset voivat saada omaisuutta isovanhemmiltaan testamentin nojalla, vaikka heitä ei olisi edes siitetty perittävän kuollessa. Edellytyksenä on vain, että se isovanhemman jälkeläinen, joka on keinoalkuisen lapsen vanhempi, on syntynyt tai siitetty testamentintekijän kuollessa. Käytännössä tämä vaatimus ei aiheuta ongelmia keinoalkuisen lapsen kelpoisuudelle saada isovanhemmiltaan omaisuutta testamentin nojalla.³⁰

Toisessa parenteelissa olevan rajattoman sijaantulo-oikeuden vuoksi perittävä voi ainakin periaatteessa olla myös lapsen isovanhempien vanhempi, isovanhempien isovanhempi jne. Lisäksi perittävä voi olla lapsen sisar, setä, tati tai eno. Käytännössä ongelma koskee kuitenkin useimmiten suostumuksen antanutta isää.

²⁹ Käytännössä tämä ei aiheuttane perintöoikeudellisia ongelmia. Lienee hyvin poikkeuksellista, että munasolun luovuttaja laatii testamentin tällä tavoin syntyvän lapsen hyväksi ja tekisi tämän jo keinohedelmöitysprosessin alkuvaiheessa. Vielä poikkeuksellisemmaksi ongelman tekee se, että munasolun luovuttajan tulisi vielä sattuä kuolemaan sanotun prosessin alkuvaiheessa.

³⁰ Eri asia on, että testamentin sisällön tulkitseminen voi myös näissä tilanteissa aiheuttaa ongelmia. Keinoalkuista lasta syrjivään tulkintaan päätymistä voi kuitenkin pitää ongelmallisena eri tavalla alkunsa saaneiden lasten yhdenvertaisuuden kannalta. Näin kävi tapauksessa *EIT Pla ja Puncernau v Andorra* (13.7.2004), ks. tarkemmin jakso 6 Ihmisoikeusnäkökulma.

Lakimääräisen ja testamenttiperimyksen kriteerit ovat lakitekstissä samat. Tämän vuoksi näyttäisi siltä, että sekä PK 1:1:tä että PK 9:2.1:tä koskevat samat tulkintaratkaisut. Tätä ei kuitenkaan voi pitää täysin itsestään selvänä asiana. Lakimääräinen perimys ja testamenttiperimys poikkeavat toisistaan ja niillä suojataan erilaisia intressejä. Testamenttiperimys perustuu jälkimmäisen tekijän tahdonilmaisuuksiin ja siinä suojan kohteena on etenkin testamentintekijän tahto. Lakimääräinen perimys puolestaan perustuu lakiin ja siinä suojataan erityisesti perillistahoa. Lakitekstissä ilmaistuista samanlaisista kriteereistään huolimatta sanotut saantomuodot kuuluvat perintökaaren sisällä ”erilaisiin järjestelmiin” ja niitä tulee tulkita niiden omiin järjestelmiin liittyvistä lähtökohdista käsin. Tämän vuoksi ei voi suoralta kädeltä sulkea pois sitä vaihtoehtoa, että näitä normeja tulkitaan tutkimuskysymyksemme osalta eri tavalla. Kirjoituksen lopussa otan kantaa myös siihen, *ovatko lakimääräisen perimyksen ja testamenttiperimyksen kriteerit tutkimuskysymyksemme osalta samat.*

2 LAINSÄÄDÄNTÖ TULKINNAN LÄHTÖKOHTANA

2.1 Perintökaari tulkinnan lähtökohtana

Perintökaareissa mainittu termi ”siitetty” on ongelmallinen keinoalkuisen vanhemmuuden kannalta, koska keinohedelmöityksessä ei tapahdu varsinaista siittämistä.³¹ Tälle ilmaisulle ei keinoalkuisessa lisääntymisessä ole löydettävissä samalla tavalla yksiselitteistä sisältöä, kuin mikä sillä on perinteisessä yhdynnässä tapahtuvassa suvun jatkamisessa. Alustavasti näyttäisi siltä, että PK 1:1:ssä ja PK 9:2.1:ssä käytetyt kielelliset ilmaisut perustelisivat tulkintaa, jonka mukaan oikeus periä tai saada omaisuutta testamentin nojalla tulisi kytkeä joko miehen siemennesteen irrottamiseen tai munasolujen hedelmöittämiseen. Nämä tapahtumat vaikuttaisivat olevan ajatuksellisesti muita vaihtoehtoja lähempänä perinteisesti ajateltua siittämistä.³²

³¹ PK 9:2.1:n osalta Aarnio ja Kangas toteavat, että vaikka siinä käytetään ilmaisua ”siittäminen”, sama oikeus saada omaisuutta testamentin nojalla on myös sellaisella lapsella, joka on saanut alkunsa hedelmöityshoidolla, ks. *Aarnio – Kangas* 2009, s. 69.

³² Yksi mahdollisuus olisi kytkeä perimykseksi hedelmöittämiseen. Viljelymaljassa tapahtuva hedelmöittäminen kuitenkin kestää 48–72 tuntia, joten tämä tulkintavaihtoehto olisi omiaan aiheuttamaan ongelmia joissakin tilanteissa, koska tarkka hedelmöittämisaika ei ole tiedossa.

Toisaalta säännösten sananmuodot antavat mahdollisuuden myös tulkintaan, jonka mukaan vasta keinoalkuisen lapsen syntyminen saisi aikaan sen, että hän olisi oikeutettu perintöön ja testamenttiin. Saantokelpoisuuden edellytykseksi on sekä PK 1:1:ssä ja PK 9:2.1:ssä asetettu, että lapsen pitää olla joko syntynyt tai siitetty ennen perittävän kuolemaa. Näitä normeja näyttäisi olevan mahdollista tulkita ankaran sananmuodon mukaisesti niin, että keinoalkuisen lapsen oikeus perintöön alkaisi vasta hänen syntymänsä hetkellä. Tämä olisi seurausta siitä, että häntä ei ole missään vaiheessa varsinaisesti siitetty. Näin siittämisajankohtaa on mahdollista pitää tutkimuskysymyksemme kannalta merkityksettömänä.

Laissa käytetty ilmaisu ”siitetty” ei ole keinoalkuisen vanhemmuuden kannalta sillä tavalla yksiselitteinen, ettei sitä olisi mahdollista tulkita edellä esitettyä laiveammin. Yksi mahdollisuus olisi liittää ”siittäminen” hoitosuostumuksen antaneen luovuttajan osuuteen eli sukusolujen irrottamiseen tai niiden toimittamiseen hedelmöityshoitoa tarjoavalle palveluntuottajalle. Jos keinohedelmöityksessä käytetään vieraan miehen sukusoluja, kriittinen hetki olisi mahdollista kytkeä miehen antamaan hoitosuostumukseen. Tällöin tulkinnassa ei kiinnityttäisi sukusolujen irrottamiseen, munasolujen hedelmöittämiseen tai niiden siirtämiseen naisen sisälle eikä myöskään raskauden alkamiseen tai syntymään.

On siis erotettava tosistaan luovuttajan suostumus sukusolujensa käyttämiseen ja hoitoa saavan parisuhteen miehen suostumus hedelmöityshoitoon. Vieraan sukusolujen luovuttajan suostumus ei voi olla relevantti seikka tutkimuskysymyksemme kanalta. Vieras luovuttaja on ulkopuolinen henkilö perittävän (tai testamentintekijän) ja keinohedelmöitetyn lapsen välisessä suhteessa. Ulkopuolista tahoa ei ole perusteltua päästää tekemään toisten henkilöiden välisiä oikeussuhteita koskevia ratkaisuja. Hedelmöityshoitolain esitöissä lähdetäänkin siitä, että luovuttaja jää ulkopuoliseksi, eikä hänen ja keinoalkuisen lapsen välille synny mitään oikeudellista suhdetta.³³

Pelkästään PK 1:1:tä ja PK 9:2.1:tä tarkastelemalla asia ei selviä. Niitä koskeva lainsäädännöllinen ratkaisu näyttäisi perustuneen sille tämän hetken näkökulmasta virheelliselle oletukselle, että lapsen alkuun saattamisessa kaikki juridisesti merkityksellinen tapahtuu aina samaan aikaan eli siittämishekellä.³⁴ Perinteistä yhdynnässä tapahtuvaa lisääntymistä ja etenkin keinohedelmöitysprosessia on syytä tarkastella eritellymmin.

³³ HE 3/2006 vp, s. 23.

³⁴ Ks. myös Ruotsin ÄB 1:1 ja 9:2, joiden sisältö vastaa puheena olevilta osin suomalaista perintölainsäädäntöä.

Lisääntymisen kannalta keinohedelmöityksessä tapahtuu vastaavia asioita kuin siittämisessä. Keinohedelmöitys on perinteistä menetelmää monivaiheisempi prosessi. Koeputkihedelmöityksessä on ainakin seuraavat vaiheet, joiden osalta asiaa voidaan kuvata aikajanalla seuraavasti.

X1_____X2_____X3_____X4_____X5_____X6_____X7_____X8_____X9

X1 = Hoitosuostumus

X2 = Luovuttajan suostumus hänen sukusolujensa käyttöön. Tämä voidaan antaa jo ennen hoitosuostumusta

X3 = Sukusolujen irrottaminen

X4 = Sukusolujen luovuttaminen lisääntymishoitoa antavalle laboratoriolle

X5 = Munasolujen hedelmöittäminen viljelymaljassa

X6 = Munasolujen hedelmöittyminen viljelymaljassa

X7 = Alkion siirto naisen kohtuun

X8 = Raskaus alkaa eli munasolu hedelmöittyy ja kiinnittyy kohtuun

X9 = Lapsen syntymä

Kaavio 1.

Inseminaatioissa vaiheet X1–X4 ovat samat kuin koeputkihedelmöityksessä. Tätä seuraavia vaiheita X5–X7 inseminaatioissa ei ole. Siinä siittiöiden ruiskuttaminen kohtuonteloon ajoittuu melko tarkalleen vastaavalla tavalla kuin munasolujen hedelmöittäminen viljelymaljassa keinohedelmöityksessä. Tämän vuoksi se, mitä jäljempänä sanotaan koeputkihedelmöityksen vaiheesta X5, koskee myös inseminaatioissa tapahtuvaa siittiöiden ruiskuttamista kohtu- tai vatsaonteloon. Tältä osin on kuitenkin syytä pitää mielessä, että siittiöiden ruiskuttaminen kohtu- tai vastaonteloon ei tapahdu aina samanaikaisesti kuin munasolujen hedelmöittäminen viljelymaljassa. Tämä on otettava tarvittaessa huomioon tulkintavaihtoehtoja harkittaessa. Vaiheet X8 ja X9 ovat samat molemmissa hedelmöityshoidon muodoissa. Inseminaatiota ei tämän jälkeen enää käsitellä erikseen, vaan jatkossa keskitytään koeputkihedelmöitykseen, mikä onkin yleisempi keinohedelmöitystapa.³⁵

Kun luovuttaja on sama henkilö kuin suostumuksenantaja, luovuttaja on väistämättä elossa hetkellä X3. Jos keinohedelmöityksessä käytetään vieraan miehen sukusoluja, hoitosuostumuksenantaja voi kuolla jo ennen

³⁵ Vuonna 2010 koeputkihedelmöityshoidosta syntyi 80,9 % keinoalkuisista lapsista. Inseminaatiohoitojen tuloksena syntyneiden lasten osuus oli näin ollen 19,1 %, ks. Sosiaali- ja terveysalan tilastollinen vuosikirja 2012, s. 24.

sukusolujen irrottamista (X3) tai jopa ennen luovuttajan antamaa suostumusta (X2). HedelmHL 8 §:n mukaan hoitoa ei saa antaa ennen hoitoa saavan³⁶ kirjallista suostumusta, joten miehen hoitosuostumus on saatava ennen hoidon aloittamista. Isyyden vahvistamisen edellytyksenä ei kuitenkaan ole, että suostumus on annettu HedelmHL 10 §:n tarkoittamassa hoitosuostumuksessa. Riittävää on, että voidaan todistaa miehen yhteisymmärryksessä äidin kanssa antaneen suostumuksensa hedelmöityshoidon antamiseen.³⁷ Tällainen ”suostumus”, tai pikemminkin jälkikäteinen hyväksyminen, voitaneen antaa vielä prosessin myöhemmässäkin vaiheessa ennen lapsen syntymää.³⁸ Aviomies on joka tapauksessa aina *pater est* -olettan mukaisesti lapsen isä. Isyys voidaan kuitenkin kumota silloin, kun lapsi on syntynyt hedelmöityshoidon tuloksena, mutta aviomies ei ole antanut hoitoon suostumustaan. Toisaalta hoitoa ei saa antaa, jos parin toinen osapuoli myöhemmin peruuttaa suostumuksensa.³⁹ Tällä mies voi estää sen, että hänet vahvistetaan hoidon tuloksena syntyvän lapsen isäksi.⁴⁰

Koska perintökaari on laadittu perinteisessä yhdynnässä tapahtuvaa lisääntymistä ajatellen, problematiikan hahmottamiseksi on syytä tarkastella lähemmin myös tällaista lisääntymistä. Siinä vastaava tapahtumasarja on seuraava.

³⁶ Hoitoa saavalla tarkoitetaan HedelmHL 2 §:ssä miehen ja naisen muodostamaa paria sekä naista, jolle annetaan hedelmöityshoitoa tällaisen parisuhteen ulkopuolella, ks. HE 3/2006 vp, s. 26.

³⁷ Kirjallista muotoa ei katsottu voitavan vaatia, koska on mahdollista, että suostumusasiakirjaa ei ole kaikissa tapauksissa laadittu. Hedelmöityshoitoa on voitu antaa esim. sellaisessa valtiossa, jossa kirjallista muotoa ei vaadita, ks. HE 3/2006 vp, s. 41.

³⁸ Tätä tulkintaa puoltaa muun muassa se, että mies voi joka tapauksessa myöhemmin päästä lapsen isäksi adoption kautta. Kysymys voi olla myös miehen antaman suostumuksen tulkinnasta. Tällöin myöhempiä tapahtumia voidaan käyttää tulkinta-aineistona, joka osoittaa, että suostumus on annettu jo aiemmin. Toisaalta varmuus suostumuksen olemassaolosta voi tällöin olla mahdollista saada vasta keinohedelmöitysprosessin myöhäisessä vaiheessa.

³⁹ Suostumuksen voi perua kaikissa olosuhteissa. Ks. *EIT Evans v Yhdistynyt Kuningaskunta* (10.4.2007), jossa mies välikirikon tapahduttua peruutti suostumuksensa hedelmöityshoitoon sen jälkeen, kun naiselta oli syöpähoitojen yhteydessä poistettu munasarjat. Tämän vuoksi naisella ei ilman jo hedelmöitettyjen munasolujen käyttämistä ollut enää mahdollisuutta saada geneettisesti omia lapsia. Englannin kansallinen laki antoi sperman luovuttaneelle miehelle samanlaisen poikkeuksettoman mahdollisuuden perua suostumuksensa hedelmöityshoitoon kuin mikä isällä on myös Suomessa. EIT:n mukaan kansallinen lainsäädäntö ei loukannut naisen oikeutta yksityiselämän suojaan. Naisen oikeutta ei tarvinnut suojata enemmän kuin hänen entisen kumppaninsa oikeutta peruuttaa antamansa suostumus. Tältä osin kuuluu valtion harkintamarginaaliin päättää siitä, missä vaiheessa suostumus voidaan peruuttaa, ks. myös *Nieminen* 2013, s. 255–256.

⁴⁰ HE 3/2006 vp, s. 29–31.

_____X3_____X6_____X8_____X9

Perinteisessä lisääntymisessä edellä mainitut tapahtumat X3 ja X6 eivät ole tarkalleen ottaen samoja kuin keinohedelmöityksessä. Nyt tapahtuu:

- X3 = Sukusolujen *irtoaminen*, jolloin miehen sukusolujen irtoaminen tapahtuu nimenomaan siittämisessä
- X6 = Munasolun hedelmöittyminen *munanjohtimessa*
- X8 = Raskaus alkaa
- X9 = Lapsen syntymä

Kaavio 2.

Kun esitettyjä kaavioita tarkastellaan PK 1:1:ssä ja PK 9:2.1:ssä mainittua termiä ”siitetty” vasten, havaitaan, että perinteisessä lisääntymisessä hedelmöittyminen tapahtuu miehen sukusolujen irtoamisen jälkeen. Miehen sukusolut puolestaan irtoavat juuri siittämisessä. Tämän on mahdollista katsoa viittaavan siihen, että myös keinohedelmöityksessä juridisesti relevantiksi katsottava ”siittäminen” tapahtuisi sukusolujen irrottamisessa. Tätä hetkeä ei kuitenkaan voi ainakaan ilman lisäperusteluja pitää tutkimuskysymyksemme kannalta ratkaisevana ajankohtana. Lisäksi voidaan perustellusti kysyä, onko sanalle ”siitetty” syytä antaa kirjaimellista merkitystä tutkimuskysymykseen vastattaessa. Asia vaatiikin perusteellisempaa tarkastelua.

2.2 Hedelmöityshoitolaki ja isyyslaki tulkinnan lähtökohtana

Isyyslaissa säädetään isyyden toteamisesta, vahvistamisesta sekä kumoamisesta, mutta ei isyyden oikeusvaikutuksista. Isyyteen liitettävät oikeusvaikutukset ovat muussa lainsäädännössä, esimerkiksi perintöoikeudesta säädetään perintökaareissa. Kun lainsäädännössä liitetään isyyteen jokin oikeusvaikutus kuten perintöoikeus, se on lähtökohtaisesti sama siitä riippumatta, onko kyse isyysolettaman mukaan määräytyvästä, vahvistetusta, vai tuomioon perustuvasta isyydestä.⁴¹ Jos isyys kumotaan, lapsen sukulaisuussuhde isään ja isän sukuun purkautuu. Samalla lapsi myös menettää oikeutensa periä nämä tahot.⁴²

Koska isyyden oikeusvaikutuksena on perimysoikeus, tutkimustehtävään vastaaminen edellyttää myös isyyskysymysten pohdintaa ja isyyslain sään-

⁴¹ *Gottberg* 2013, s. 170. Ks. myös *Rautiala* 1978, s. 15.

⁴² Ks. KKO 2012:11, jossa pohditaan myös isyyden ja perintöoikeuden välistä suhdetta.

nöksiin perehtymistä. On tärkeätä tietää, ketä pidetään keinohedelmöitetyn lapsen juridisena isänä. Isyyden sääntely eroaa hieman sen mukaan, onko hedelmöittäminen tapahtunut ennen hedelmöityshoitolaain voimaantuloa 1.9.2007 vai sen jälkeen. Kun lapsi on syntynyt avioliitossa ennen hedelmöityshoitolaain voimaantuloa ja hänen hedelmöittämiseensä on käytetty isän omaa siemennestettä, sukusoluja luovuttanut mies on lapsen isä. Tällaisen lapsen oikeudellinen asema on sama kuin aviolapsella.⁴³ Näin alkunsa saanut lapsi perii isänsä. Vieraan miehen sukusoluista alkunsa saaneen lapsen oikeudellinen asema ei ole yhtä selkeä. Selvää kuitenkin on, että hedelmöityshoitoon suostumuksensa antaneen *aviomiehen* isyyttä ei ole tuolloin voinut ainakaan miehen kuoleman jälkeen kumota, vaikka hedelmöityshoidossa olisi käytetty muita kuin miehen omia sukusoluja.⁴⁴ Lapsen oikeus periä hedelmöityshoitoon suostuneen äidin *avopuoliso* taas edellytti ennen hedelmöityshoitolaain voimaantuloa isyyden tunnustamista. Tunnustamiseen perustuvaa vahvistettua isyyttä ei katsottu olevan mahdollista kumota silloinkaan, kun hedelmöityshoidossa on käytetty vieraan miehen siemennestettä.⁴⁵

Tässä kirjoituksessa keskitytään 1.9.2007 jälkeiseen oikeustilaan, joka on seuraava. Avioliitoissa sovelletaan *pater est* -olettaa myös keinoalkuisiin lapsiin (IsyysL 2 § ja IsyysL 3 a §). Aviomies oletetaan lapsen isäksi siitä riippumatta, millä menetelmällä lapsi on saanut alkunsa. Aviomiehen isyyttä ei voida kumota, jos hän on antanut suostumuksensa hedelmöityshoitoon ja lapsi syntyy tämän hoidon tuloksena, vaikka hoidossa olisikin käytetty vieraan miehen siemennestettä (IsyysL 34.3 §). Isyys voidaan kuitenkin kumota silloin, kun lapsi on syntynyt hedelmöityshoidon tuloksena, mutta aviomies ei ole antanut hoitoon suostumustaan.⁴⁶ Lisäksi aviomiehen

⁴³ Aarnio – Kangas 2009, s. 92.

⁴⁴ Näin KKO 1999:77.

⁴⁵ Näin KKO 2000:85.

⁴⁶ Aviomies voi antaa suostumuksensa vapaamuotoisesti. Jos aviomies väittää suostumuksen puuttuneen, hänellä on Aarnion ja Kankaan mukaan asiassa todistustaakka, ks. Aarnio – Kangas 2009, s. 94. Tätä kantaa voi pitää ongelmallisena ainakin Suomessa annettujen hoitosuostumusten osalta. Suomessa hoitosuostumuksesta on *laadittava* suostumuksenantajan allekirjoittama asiakirja (HedelmHL 10 §). Näin ollen sen, joka väittää suostumuksen olevan olemassa, on helpompi näyttää väitteensä toteen. Meillä yksi yleisesti hyväksytty todistustaakan jakoperuste on näyttömahdollisuus. Suostumuksen puute on hankalampi näyttää toteen kuin sen olemassaolo. Kun mies on antanut em. tavalla hoitosuostumuksensa, hänellä on kuitenkin oltava todistustaakka sen peruuttamisesta. Ks. todistustaakanjaosta tarkemmin Halila 1955, s. 291–307, Tirkkonen 1977, s. 126 ss ja Lappalainen 2001, s. 325. Vapaamuotoista suostumusta koskeva problematiikka liittyy lähinnä niihin hedelmöityshoitoihin, jotka on annettu sellaisessa maassa, jossa suostumukselle ei ole asetettu muotovaatimuksia. Näissä tilanteissa myös aviomiehen isyyttä koskevaa todistustaakkaa voi olla syytä arvioida eri tavalla.

isyys voidaan kumota, kun voidaan pitää todennäköisenä, että lapsi ei ole annetusta hedelmöityshoidosta huolimatta saanut alkuaan siitä.⁴⁷

Pater est -olettaa sovelletaan siis myös silloin, kun hoitoon on käytetty vieraan miehen siittiötä. Joskus hoitoa on saatettu antaa yksinäiselle naiselle tilanteessa, jossa sukusolujen luovuttaja on suostunut isyytensä vahvistamiseen (IsyysL 3 a §). Jos nainen avioituu ennen lapsen syntymää muun kuin sukusolujen luovuttajan tai hoitosuostumuksen antaneen miehen kanssa, aviomies oletetaan tällöinkin lapsen isäksi.⁴⁸

Sekä avio- että avomiestä koskee määräys, jonka mukaan lapsen isäksi vahvistetaan mies, joka yhteisymmärryksessä äidin kanssa on antanut suostumuksensa hoitoon, jos lapsi on syntynyt tämän hoidon tuloksena (IsyysL 3 a §). Mikäli mies kuolee ennen lapsen syntymää, avio- ja avomiestä koskeva sääntely poikkeaa toisistaan. Aviomies oletetaan nyt lapsen isäksi, jos lapsi on syntynyt sellaisena aikana, että hän on voinut tulla *siitetyksi* avioliiton aikana (IsyysL 2 §).⁴⁹ Avomiehen osalta vastaavaa ”lisäsääntelyä” ei ole olemassa.⁵⁰ Avomiehen kuoltua ennen lapsen syntymää hänen isyytensä on erikseen vahvistettava.⁵¹ Tällöin on siis edellä kerrotulla tavalla riittävää, että: (a) avomies on yhteisymmärryksessä äidin kanssa antanut suostumuksensa hedelmöityshoitoon ja (b) lapsi on todistetusti syntynyt hoidon tuloksena (IsyysL 3 a §). Isyyslakiin ei näin ollen sisälly avomiehen osalta mitään ”siittämistä” koskevaa mainintaa. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että ennen keinoalkuisen lapsen syntymää kuolleen avio- ja avomiehen isyyttä

⁴⁷ HE 3/2006 vp, s. 42.

⁴⁸ HE 3/2006 vp, s. 41.

⁴⁹ IsyysL 3 a §:n esitöissä aviomiehen isyys kytkettiin kuitenkin siihen, että lapsi on *saanut alkunsa* avioliiton aikana, ks. HE 3/2006 vp, s. 40. Tämä ilmaisu on IsyysL 2 §:ssä mainittua ”siittämistä” joustavampi. IsyysL 3 a §:n esitöiden perusteella perimyskelpoisuuden alkuehke näyttäisi olevan vapaammin määriteltävissä ja sama koskee luonnollisesti kelpoisuutta saada omaisuutta testamentin nojalla. Isyyden on tällöin mahdollista katsoa kytkeytyvän sukusolujen irrottamiseen (irtoamiseen), niiden luovuttamiseen lisääntymishoitoa antavalle laboratoriolle tai munasolujen hedelmöittämiseen viljelymaljassa. IsyysL 3 a §:ssä viitataan aviolapsen osalta kuitenkin edelleen jo aiemmin voimassa olleeseen IsyysL 2 §:ään, jossa ennen lapsen syntymää kuolleen aviomiehen isyys on kytketty siihen, että lapsi on voinut tulla siitetyksi avioliiton aikana. Tästä ei kuitenkaan voine päätellä sellaista lainsäätäjän kannanottoa, jonka mukaan juuri siittämishetkellä olisi itseisarvoinen merkitys isyyden määräytymisen kannalta.

⁵⁰ Isyysolettaa aiotaan kuitenkin laajentaa siten, että se koskisi myös niitä tilanteita, joissa lapsi on siitetty ennen avioliittoa ja siittämisen jälkeen puoliset avioituvat, mutta lapsi syntyy vasta isän kuoleman jälkeen. Jos miehen kuolema on odotettavissa, puoliset saattavat avioitua juuri sen vuoksi, että he voivat näin turvata sekä lesken että syntymättömän lapsen aseman. Voimassa oleva lainsäädäntö ei tätä tavoitetta toteuta, ks. OM:n julkaisu 56/2013, s. 64–65.

⁵¹ HE 3/2006 vp, s. 40.

olisi arvioitava eri kriteerien perusteella.⁵² Ainakaan isyyslain muutosten (22.12.2006/1238) esityöt eivät tue tällaista kantaa.⁵³ Tästä huolimatta on mahdollista, että näyttökynnys hoitosuostumuksen olemassaolosta on asetettava korkeammalle silloin, kun kyse on avoparista.⁵⁴

Niin sanotuissa koti-inseminaatio-tapauksissa mies on vahvistettava lapsen isäksi, kun on selvitetty, että miehen siittiöitä on käytetty äidin hedelmöittämiseen ja voidaan pitää todistettuna, että lapsi on syntynyt tästä (IsyysL 3.2 § 2 k).⁵⁵ Vieraan miehen sukusolujen käytöstä tietoinen aviomies ei kuitenkaan voi nostaa kannetta isyyden kumoamiseksi enää, kun hän on lapsen syntymän jälkeen kirjallisesti selittänyt lapsen omakseen (IsyysL 35.4 §).

Perintökaaren ja isyyslain säännösten sanamuoto ei yksin ratkaise tutkimusongelmaa. Asiaa on syytä pohtia etenkin lainsäädännön historiallista tarkoitusta etsimällä (luku 3), oikeudenalakohtaista systematiikkaa tarkastelemalla (luku 4) sekä perus- ja ihmisoikeusnäkökohtia arvioimalla (luvut 6 ja 7).⁵⁶ Lisäksi on perusteltua kiinnittää huomiota myös eräisiin puheena olevissa tilanteissa syntyviin käytännön ongelmatilanteisiin ja arvioida, mitä eri tulkintavaihtoehtojen omaksuminen merkitsee näissä tapauksissa (luku 5). Tältä osin kyse on lähinnä eri vaihtoehtojen tuottamia seuraamuksia koskevasta arvioinnista. Samassa yhteydessä on perusteltua tarkastella myös sitä, kuinka vastaavankaltaiset ongelmat ratkaistaan, kun kysymys on tavanomaisella tavalla alkunsa saneen lapsen asemasta. Näin voidaan pyrkiä siihen, että samankaltaisia tapauksia käsitellään yhdenmukaisesti.

⁵² Avioliitolle ei ylipäätään anneta nykyisin isyysolettamaa lukuun ottamatta muutenkaan merkitystä isyyden määräytymisen kannalta, ks. asiasta tarkemmin jaksoista 1.1 Aluksi ja 8.1 Biologinen isyys ja keinoalkuisen lapsen perintöoikeus.

⁵³ Ks. HE 3/2006 vp, s. 40–41.

⁵⁴ Aarnion ja Kankaan mukaan *aviomies* voi antaa hoitosuostumuksen vapaamuotoisesti, ks. *Aarnio – Kangas* 2009, s. 94. Avomiehen antaman suostumuksen muotoon kirjoittajat eivät ota kantaa. Erilaista kohtelua on mahdollista perustella sillä, että aviolasta koskee joka tapauksessa isyysolettama. Vrt. kuitenkin HedelmHL 10 §, jossa vaaditaan, että hoitosuostumuksesta on Suomessa laadittava asiakirja.

⁵⁵ Koti-inseminaatiolla tarkoitetaan hedelmöityshoitolain piiriin kuulumatonta hoitoa, jossa naiseen on viety miehen siemennestettä.

⁵⁶ Alustavasti ei voitane sulkea mahdollisten vaihtoehtojen joukosta pois edes *contra legem*-tulkintaa. Yhdenvertaisuusnäkökohdat saattaisivat näet edellyttää tätä esimerkiksi silloin, jos keinoalkuinen lapsi jäisi vaille perintöoikeutta sen vuoksi, että perintökaaren säännösten tavanomainen tulkinta ei antaisi hänelle samaa perintöoikeutta kuin hänen täyssisaruksilleen.

3 PERINTÖKAAREN ESITÖIDEN MUKAINEN TULKINTA

Tutkimuskysymyksen kannalta lainvalmistelutöissä on olennaista se, miksi puheena olevat normit (PK 1:1 ja PK 9:2.1) on otettu perintökaaren. PK 1:1:n osalta perintökaaren esityöt eivät ole tältä osin kovin mielenkiintoisia.⁵⁷ Niissä oli ajatuksena, että jäämistö siirtyy perittävän kuollessa välittömästi hänen lakimääräisille perillisilleen.⁵⁸ Perimään oikeutettujen osalta pidettiin itsestään selvänä, että perittävän jälkeläiset kuuluvat tähän ryhmään.⁵⁹ Vaikka jälkeläisten perimysoikeuden ei edes katsottu kaipaavan perusteluja, esitöissä mainittiin, että näin varmistetaan sosiaaliselta kannalta tärkeän taloudellisen tasajatkaisuuden säilyminen sukupolvesta toiseen.⁶⁰ Tarkemmin asiaa ei pohdittu. Perimyksen edellytyksenä kuitenkin ilmoitettiin olevan sen, että perillisen tulee olla *olemassa ainakin sikiönä*

⁵⁷ Sama koskee Ruotsin perintökaaren (ärvdabalken) esitöitä. Ks. SOU 1925:43, s. 418, jossa käsitellään sellaisen myöhemmin elävänä syntyvän henkilön asemaa, joka on vasta siitetty perittävän kuollessa. Mitään tutkimuskysymystä valottavaa ei sisälly myöskään puheena olevan esityön johdanto-osaan, jossa käsitellään niin ikään perimiskelpoisuuden edellytyksiä. Ks. myös SOU 1925:43, s. 122. Tilanne näyttäisi olevan vastaava myös ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa, ks. *Agell* 1996, s. 24, *Brattström – Singer*, 2007, s. 39–43 sekä *Walin – Lind* 2008, s. 32–33 ja s. 262–263, joissa ei Suomen PK 1:1:tä ja PK 9:2:ta vastaavien ÄB 1:1:n ja ÄB 9:2:n käsittelyn yhteydessä esitetä mitään erityisesti tutkimustehtäväämme valaisevaa. Walin ja Lind tosin tuovat esille sen Suomessakin esitetyn kannan, että testamentinsaajan tulee olla ainakin sikiönä olemassa testamentintekijän kuolinhetkellä, jotta hän voisi saada omaisuutta testamentin nojalla. Norjassa Lødrup tyytyy perimiskelpoisuuden osalta vain toteamaan, että myös perittävän kuolinhetkellä siitetty, mutta vielä syntymätön lapsi on oikeutettu perimään perittävän, jos lapsi sittemmin syntyy elävänä, ks. *Lødrup* 2008, s. 267.

⁵⁸ Ehdotus 1935, s. 105. Uudempi ajatus perinnön vaiheittaisesta siirtymisestä ei vielä tässä vaiheessa ollut saanut sijaa maassamme, ks. *Aarnio* 1967, s. 28 ss. ja *Aarnio – Kangas* 2009, s. 19–31.

⁵⁹ Myös Suomessa ideologinen suunta oli kääntynyt perintökaarta valmisteltaessa suku-perimyksestä kohti perheperimystä. Perheperimystä kannattaneiden luonnonoikeusteoreettikkojen mukaan perheperimyksen mallissa perintöjärjestyksen tuli noudattaa perittävän hypoteettista tahtoa. Meillä päädyttiinkin jako-osuuksien saajien valinnan osalta tämän suuntaisiin ratkaisuihin ja omaksuttiin ns. parenteeliperimys, ks. tarkemmin *Aarnio – Kangas* 2009, s. 16–19. Perittävän hypoteettisen tahdon kannalta voi pitää ongelmallisena ratkaisua, jossa keinoalkuinen lapsi, jonka alkuun saattamiseen perittävä on antanut suostumuksensa, jäisi vaille perintöoikeutta sen vuoksi, että lapsen alkuunsaattamisprosessi on joltakin osin kesken perinnön jättäjän kuollessa. Miehen antama hoitosuostumushan pitää asiallisesti ottaen sisällään myös sen, että suostumuksenantajasta tulee myöhemmin syntyvän lapsen juridinen isä. Juridiseen isyyteen puolestaan liittyy isän ja lapsen oikeus periä toisensa.

⁶⁰ Ehdotus 1935, s. 62. Tämä perustelee sitä, että keinohedelmöityksellä alkunsa saaneet lapset mahdollisimman monissa tilanteissa perisivät vanhempansa. Muuten esitöissä mainittua taloudellista tasajatkaisuutta ei saavuteta *kaikkien* perittävän jälkeläisten välillä.

silloin, kun perittävä kuolee.⁶¹

Tällainen vaatimus näyttäisi estävän esimerkiksi ne edellä esitetyt tulkintavaihtoehdot, joiden mukaan perimyskelpoisuus ja kelpoisuus saada omaisuutta testamentin nojalla liitettäisiin esimerkiksi hoitosuostumuksen antamiseen, sukusolujen irrottamiseen tai niiden toimittamiseen hedelmöityshoitoa antavalle palveluntuottajalle. Myös seuraavat vaiheet, eli sukusolujen hedelmöittäminen viljelymaljassa sekä hedelmöittyminen, sulkeutuisivat tällöin pois tulkintavaihtoehtojen joukosta. Sikiöllähän tarkoitetaan munasolusta kehittymässä olevaa uutta yksilöä, jonka useimmat elimet ovat jo kehittyneet, mutta joka ei vielä ole syntynyt.⁶² Esityöt näyttäisivät itse asiassa viittaavan siihen, että aikaisin mahdollinen perimys- ja testamentinsaamiskelpoisuuden synnyttävä hetki olisi alkion siirto naisen kohtuun. Toisaalta perintökaarta valmisteltaessa sikiöllä ei ilmeisesti tarkoitettu samaa kuin nykyisin. Perintökaaren esitöissä ei selvennetty mitenkään sitä, mitä sikiöllä tarkoitettiin.⁶³ Lakitekstiin valittu termi ”siitetty” kuitenkin viittaa siihen, että sikiön katsottiin olevan olemassa heti siittämisen jälkeen. Jos tarkoituksena olisi ollut kytkeä perimisoikeus johonkin siittämisen jälkeiseen ajankohtaan, lakitekstiin olisi todennäköisesti valittu sanamuoto, joka viittaisi myöhempään tapahtumaan. Myös perintökaaren esitöissä asia olisi mahdollisesti otettu huomioon. Nyt sanamuodon valintaa ei ole perusteltu.

Testamenttisaantoa koskevan PK 9:2.1:n osalta lainsäädäntöratkaisua pohdittiin perusteellisemmin. PK 1:1:ssä omaksutun ratkaisun katsottiin tyydyttävän sitä käsitystä, missä määrin perittävä on syytä antaa valtaa vaikuttaa testamentilla tuleviin oloihin.⁶⁴ Myös yhteiskunnan edun katsottiin vaativan jonkinlaisen rajan asettamista sille, miten etäälle meneviä määräyksiä voidaan antaa vastedes syntyvien henkilöiden hyväksi tehtävissä testeinteissa. Omaksuttu ratkaisu oli tarpeen etenkin niin sanottujen sääntöperintöjen estämiseksi. Vielä 1900-luvun alussa voimassa olleiden säännösten mukaan perittävä saattoi tekemällään testamentilla (fideikomissaarinen jälkisäädös) määrätä omaisuutensa säilymään sukupolvesta toiseen saman suvun hallussa (sääntöperintö). Tästä oli seurauksena, että merkittäviä omaisuuseriä jäi vaihdannan ulkopuolelle. Tämä ei luonnollisesti ollut kansantalouden kannalta suotava tilanne.⁶⁵

⁶¹ Ehdotus 1935, s. 105 ja *Rautiala* 1967, s. 17. Samalla tavalla asiaan näyttäisivät suhtautuvan myös Aarnio ja Kangas sekä Ruotsissa Walin ja Lind, ks. *Aarnio – Kangas* 2008, s. 485–486 sekä *Walin–Lind* 2008, s. 262.

⁶² Suomen kielen perussanakirja. Kolmas osa S–Ö, s. 80.

⁶³ Ehdotus 1935, s. 105.

⁶⁴ Ehdotus 1935, s. 106.

⁶⁵ *Aarnio – Kangas* 2009, s. 68.

Perintökaaren esitöiden painoarvoa tutkimuskysymyksen osalta heikentää sekä lainvalmistelutöiden ikä että keinoalkuista lisääntymistä koskeva teknologinen murros. Perintökaaren tärkeimmän esityön, vuoden 1935 Ehdotuksen, laatimisesta alkaa tätä artikkelia kirjoitettaessa olla aikaa jo lähes kahdeksankymmentä vuotta. Kysymyksessä ovat siis jo iäkkäät lainvalmistelutyöt.⁶⁶ Lain esitöiden oikeuslähdeopilliseen arvoon vaikuttaa myös se, miten hyvin niissä on onnistuttu ennakoimaan erilaisia tulevaisuudessa ilmaantuvia laintulkintatilanteita.⁶⁷ Lisääntymiseen liittyvä teknologinen kehitys sekä tämän kehityksen hyödyntäminen on ollut perintökaaren voimaantulon jälkeen merkittävää. Jos tämä olisi osattu ennakoida ja ottaa perintökaaren säännöksiä valmisteltaessa huomioon myös keinoalkuinen vanhemmuus, perintökaaren sisältö olisi puheena olevalta osin ollut hyvin todennäköisesti toisenlainen. Näin perintökaaren esitöissä esitettyä mainintaa perillisaseman edellytyksistä, jonka mukaan perillisen tulisi olla ainakin sikiönä olemassa perittävän kuollessa, ei ole syytä pitää tutkimustehtävän osalta sillä tavalla ratkaisevana, että kysymyksessä täytyisi olla joko hedelmöitetty munasolu tai naiseen viety alkio. Eihän lapsi ole tällä tavalla sikiön asteella edes silloin, kun tavanomaisella tavalla alkunsa saaneen lapsen isä kuolee sukupuoliyhdynnän loppuhetkillä ja yhdynnän tuloksena syntyy myöhemmin elävä lapsi. Lisäksi on huomattava, että sikiöllä ei perintökaarta valmisteltaessa välttämättä edes ymmärretty samaa kuin mitä sillä tarkoitetaan nykyisin. Lain esitöistä ja perintökaaren säännösten sanamuodosta huolimatta vaikuttaisi perimyskelpoisuuden osalta riittävältä, että lapsi on oikeudellisesti relevantilla tavalla ennätetty panna alulle ennen perittävän kuolemaa. Sama näyttäisi koskevan myös kelpoisuutta saada omaisuutta testamentin nojalla. Tutkimuskysymystä ei siis voida ratkaista ainakaan pelkästään lakitekstin ja lain esitöiden perusteella.

4 PERHE- JA PERINTÖOIKEUDELLISIA JÄRJESTELMÄNÄKÖKOHTIA

Perintökaaren säännösten mukaan perinnön saavat lähinnä rintaperilliset ja heistä kukin saa siitä yhtä suuren osan (PK 2:1). Rintaperillisillä taas tarkoitetaan perittävän lapsia, lapsenlapsia jne. Rintaperillisiä ovat myös

⁶⁶ Toisaalta sama lähtökohta on omaksuttu myöhemmin IsyysL 2 §:ssä (16.5.1980/351). Sen mukaan aviomies on lapsen isä myös silloin, kun avioliitto on ennen lapsen syntymää purkautunut miehen kuoleman vuoksi, jos lapsi on syntynyt sellaisena ajankohtana, että hän on *voinut tulla siitetyksi* avioliiton aikana.

⁶⁷ *Siltala* 2003, s. 258.

lapset, joiden osalta tuomioistuin on vahvistanut isyyden (IsyysL 3 §). Perimyoikeuden kytkeminen keinohedelmöitysprosessin myöhäiseen vaiheeseen johtaisi siis tässä kirjoituksessa tarkoitetuissa tilanteissa siihen, ettei edes perittävän keinohedelmöitetty biologinen lapsi saisi perintöä sen vuoksi, että keinohedelmöitys ei ole edennyt riittävän pitkälle perittävän kuollessa. Perimyksen perustana on kuitenkin ensimmäisessä parenteelissa tarkoitetuissa tilanteissa yleensä biologinen isyys tai sukulaisuus.⁶⁸ Edellä esitetty tulkinta ei aina toteuttaisi tätä perintölainsäädännön sukulaisperimykseen liittyvää tavoitetta.

Lisäksi perintökaaren mukaan on joka tapauksessa mahdollista, että perittävän omaisuus siirtyy perintönä henkilölle, joka ei ollut syntynyt tai edes siitetty silloin, kun perittävä kuolee. Kun perittävä PK 3 luvun tarkoittamissa tilanteissa kuolee ilman rintaperillisiä, aviopuoliso perii perinnönjättäjän.⁶⁹ Lesken kuoltua hänen perintönsä jaetaan sekä hänen että ensin kuolleen puolison sukulaisten kesken. Tällöin ensiksi kuolleen puolison osuus saattaa mennä taholle, jota ei ole vielä pantu millään tavalla alulle perittävän kuollessa. Tällainen henkilö voi olla perittävän sisar tai tämän jälkeläinen. Nämä henkilöt kuuluvat perimysjärjestyksessä toiseen parenteeliin. Kun hedelmöityshoidolla alkunsa saanut henkilö voi olla perinnönjättäjään aivan samassa sukulaissuhteessa kuin ensimmäisen parenteelin perillinen, ei ole perintökaaren järjestelmän kannalta johdonmukaista, että perittävän kuoleman jälkeen alkunsa saanut toisen parenteelin perillinen voi periä perittävän, mutta biologisesti läheisempi hedelmöityshoidolla alkunsa saanut lapsi ei voisi.⁷⁰

Eriyisen omituiseen tilanteeseen jouduttaisiin, jos perittävältä ei jäisi muita rintaperillisiä kuin hänen kuolemansa jälkeen keinohedelmöityksellä alkunsa saanut lapsi. Mikäli tältä lapselta evättäisiin oikeus perintöön, perittävän omaisuus menisi joko suoraan tai eloonjääneen puolison kautta perinnönjättäjän kaukaisemmille perillisille tai mahdollisesti jopa lesken perillisille, jos ensin kuollee puolisoilla ei ole elossa olevia toissijaisia perillisiä (PK 3:1.2).⁷¹ Erikoista olisi sekin, että omaksi lapseksi tarkoi-

⁶⁸ Myös isyyslain säännökset ilmentävät pyrkimystä biologisen isyyden vahvistamiseen (IsyysL 34.1 § ja IsyysL 42.2 §). Tästä huolimatta myös adoptiolapsella on oikeus periä adoptiovanhempansa.

⁶⁹ Nykyisin perinnön voi saada myös perittävän samaa sukupuolta oleva parisuhdekumppani (RPL 8.1 §).

⁷⁰ Varsinainen perimystapahtuma nyt tarkastelluissa PK 3 luvun tarkoittamissa tilanteissa on *lesken kuolema*. Tämän vuoksi on tavallaan perusteltua antaa merkitystä sille, onko lapsi siitetty ennen lesken kuolemaa vai ei. Tästä huolimatta juuri *perittävän omaisuus* voi näissä tilanteissa siirtyä henkilölle, joka ei ole syntynyt tai edes siitetty perittävän kuollessa.

⁷¹ Tässä tapauksessa perittävä voisi päättää testamentin avulla omaisuutensa kohtalosta ilman lakiosista aiheutuvia rajoituksia. Keinohedelmöityksellä alkunsa saanutta tämäkään

tettu vieraista sukusoluista alkunsa saanut lapsi jäisi toisen parenteelin perillistä heikompaan asemaan, kun taas adoptiolapsi perisi normaalisti adoptiovanhempansa.

Sama epäjohdonmukaisuus koskee myös testamenttiperimystä. PK 9:2.1:n pääsääntö siis rajoittaa testamentin tekemistä muiden kuin jälkisaädöksen tekijän kuolinhetkellä elossa olevien tai sitä ennen siitettyjen henkilöiden hyväksi. Tämän säännön merkitys on kuitenkin suppea. PK 9:2.2:n poikkeussääntö laajentaa huomattavasti testamentintekijän toimintavapautta. Testamentilla on mahdollista siirtää omaisuutta vastedes syntyvien lastenlasten hyväksi, kunhan vain testamentintekijöiden lapset, jotka siis ovat nyt testamentinsaajien vanhempia, täyttävät PK 9:2.1:ssä mainitut edellytykset ja ovat joko syntyneet tai heidät on siitetty testamentintekijän kuollessa.⁷² Vastaisuudessa syntyvien lastenlasten tulee kuitenkin saada omaisuus täysin omistusoikeuksin viimeistään sen henkilön kuollessa tai sen oikeuden lakatessa, mikä muulla henkilöllä saattaa olla omaisuuteen (PK 9:2.2). Perintöoikeuden kytkeminen keinohedelmöitysprosessin myöhäiseen vaiheeseen johtaisikin omituiseen tilanteeseen. Hedelmöityshoitoihin suostumuksensa antanut mies (siitä riippumatta, onko hän keinohedelmöitetyn lapsen biologinen isä, vai vieraan miehen sukusolujen käyttämiseen suostumuksensa antanut mies) voisi tehdä pätevän testamentin myöhemmin syntyvien lastenlastensa hyväksi, mutta ei myöhemmin keinoalkuisesti syntyvän oman lapsensa hyväksi, jos itse sattuisi kuolemaan liian varhaisessa vaiheessa keinohedelmöitysprosessia. Hedelmöityshoidolla alkunsa saanut lapsi saattaisi siis joutua edellä esitetyn tulkinnan mukaan huonompaan asemaan kuin perittävän kuoleman jälkeen alkunsa saanut biologisesti kaukaisempi perillinen. Tämä olisi ongelmallista testamentinsaajan lisäksi myös testamentintekijän kannalta. PK 11:1:n mukaan testamenttia on tulkittava niin, että tulkinnan voi otaksua vastaavan testaattorin tahtoa. Esitetty tulkinta sotisi puheena olevissa tilanteissa testamenttioikeudessa noudatettavaa subjektiivisen tulkinnan periaatetta vastaan.

ei esitetyn tulkinnan perusteella auta, vaikka hänet olisi asetettu jälkisaädöksessä testamentinsaajaksi. Jos testamenttisaannon edellytykseksi katsotaan, että saajan on tullut olla ainakin siitetty testamentin tekijän kuollessa, keinoalkuinen lapsi ei tällöin ole välttämättä kelpoinen saamaan omaisuutta testamentin nojalla, mikäli testamentinsaaja sattuu kuolemaan keinohedelmöitysprosessin varhaisessa vaiheessa.

⁷² PK 9:2.2:n säätämisen tarkoitus oli nimenomaan se, että sen avulla perittävälle annettiin mahdollisuus tehdä testamentti kaikkien lastenlastensa hyväksi siitä riippumatta, ovatko he vielä syntyneet testamentintekijän kuolinhetkellä vai eivät. Ks. *Agell* 1996, s. 24–25 ja *Aarnio – Kangas* 2008, s. 487.

5 ERI TULKINTAVAIHTOEHTOJEN AIHEUTTAMIA ONGELMIA

5.1 Perinnönjaon toimittaminen ennen keinoalkuisen lapsen syntymää

Keinoalkuisen lapsen ilmaantuminen aiheuttaa helposti oikeudellisia ongelmia niissä tilanteissa, joissa perittävän jälkeensä jättämä jäämistö on jaettu ennen keinoalkuisen lapsen syntymää ja oikeuskelpoiseksi tuloa. Perinnönjaossa omaisuutta saaneet henkilöt eivät ehkä ole jaon aikaan lainkaan tienneet, että toimitettu jako saattaa loukata myöhemmin syntyvän lapsen oikeuksia.⁷³

Isän kuoleman jälkeen tällaiseen jakoon ei käytännössä ryhdyttäne silloin, kun leski on kuolinpesän osakkaana. Tällöin eloonjäänyt puoliso todennäköisesti huolehtii siitä, että myöhemmin syntyvän keinoalkuisen lapsen oikeuksia ei loukata. Aina on kuitenkin mahdollista, että myös leski osallistuu tällaisen lapsen oikeuksia loukkaavaan jakoon. Syntymättömän henkilön oikeudet sivuuttava jako tapahtuu joka tapauksessa todennäköisemmin silloin, kun perittävä on joku muu kuin keinoalkuisen lapsen isä. Tällöin lapsen äidiltä puuttuvat osakkaalle kuuluvat oikeudet, eikä hän ehkä edes saa tietoa siitä, että hänen kuolleen puolisonsa sukulaisen perintöä ollaan jakamassa.⁷⁴ Myös näitä tilanteita koskee PK 1:1, jonka sanamuodon mukaan keinoalkuisen lapsen tulee siis esimerkiksi isoisänsä kuolinhetkellä olla joko syntynyt tai siitetty, jotta hän voi periä isovanhempansa. Jos sukusoluja pakastetaan, niiden irrottamisen ja hedelmöittämisen välinen aika voi muodostua pitkäksi. Tällöin kasvaa myös vaara, että perinnönjako toimitetaan ennen keinoalkuisen lapsen syntymää. Näissä tapauksissa perimyskelpoisuuden kytkeminen hedelmöittämiseen tai tätä myöhempään ajankohtaan olisi omiaan vähentämään niitä käytännön ongelmia, joita kohdataan, kun perinnönjako toimitetaan ennen keinoalkuisen lapsen syntymää. Tämä

⁷³ Toisaalta mahdollista on tietysti sekin, että joku tai jotkut jakoon osallistuneista ovat olleet tietoisia siitä, että toimitettava jako tulee todennäköisesti loukkaamaan myöhemmin syntyvän lapsen etua. Tässä tilanteessa ainakaan näiden vilpillisessä mielessä olleiden jako-osakkaiden suojaaminen ei ole perusteltua. Toisaalta jako-osakkaiden tietoisuudella tästä asiasta ei ehkä edes ole oikeudellista merkitystä. Ilmeistä on, että jaossa saatu omaisuus tulee joka tapauksessa palauttaa uudelleen toimitettavaan perinnönjakoon. Ks. *Kangas DL 2013*, s. 293.

⁷⁴ Sama vaara voi uhata myös perinteisellä tavalla alkunsa saanutta lasta. Myös tällöin on mahdollista, että perintö jaetaan ennen lapsen syntymää ja oikeuskelpoiseksi tuloa. Jos puolisoilla kuitenkin on jo aiemmin syntynyt yhteinen lapsi, eloonjäänyt puoliso saa tavallisesti tiedon perinnönjaosta sillä perusteella, että hän on kuolinpesässä osakkaana olevan lapsen lakimääräinen edunvalvoja.

seikka puoltaisi perimyskelpoisuuden kytkemistä keinoalkuisen lapsen alkuunsaattamisprosessin myöhäiseen vaiheeseen. Sama koskee luonnollisesti myös kelpoisuutta saada omaisuutta testamentin nojalla.

Toisaalta vastaava ongelma voi syntyä myös, kun kyse on perinteisellä tavalla alkunsa saaneen lapsen perintöoikeudesta. Jos lapsi syntyy vasta isän kuoleman jälkeen, perintö saatetaan tällöinkin jakaa ennen lapsen syntymää. Näissä tilanteissa perinnönjako voidaan katsoa mitättömäksi, koska laillisen jaon edellytykset ovat puuttuneet. Syntymätön lapsi, tai paremminkin hänen edunvalvojansa, on jäänyt todisteellisesti kutsumatta jakotoimitukseen (PK 23:7).⁷⁵ Hieman vastaava tilanne oli käsillä korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1981 II 21.

Puoliso oli pesänjakajan toimittaman osituksen aikana vajaamielisyytensä vuoksi oikeustoimikelvoton. Ositus katsottiin mitättömäksi, eikä kanne mitättömyyden vahvistamiseksi näin ollen ollut sidottu PK 23:10:ssä säädettyyn määräaikaan.

Ositukseen sovelletaan AL 98 §:n perusteella avioliittolain säännösten lisäksi perinnönjakoa koskevia määräyksiä. Myös perinnönjako olisi todennäköisesti ollut vastaavalla tavalla mitätön, jos vajaavaltainen taikka toimikelpoisuudeltaan rajoitettu henkilö olisi ollut jaossa vailla laillista edunvalvojaa. Samalla tavalla myös perinnönjakoa on mahdollista pitää mitättömänä, jos vielä syntymättömän keinoalkuisen lapsen edustamisesta ei ole asianmukaisesti huolehdittu.

Vastaavia oikeudellisia ongelmia voi syntyä myös muissa tilanteissa. Joskus perillinen on sivuutettu perinnönjaossa ja perittävän omaisuus on jaettu muiden perillisten kesken. Näin on käynyt esimerkiksi silloin, kun heikon adoption tilanteissa ei ole huomattu, että lapsella on oikeus periä biologiset vanhempansa ja perintö on jaettu muiden perillisten kesken. Myös isyyden vahvistaminen toimitetun perinnönjaon jälkeen sekä testamentin salaaminen johtavat samanlaiseen tilanteeseen. Kaikissa näissä tapauksissa omaisuutta saaneet perilliset voidaan velvoittaa palauttamaan jaossa saamansa omaisuus taikka korvaamaan sen arvo siltä osin, kuin tämä menettely on tarpeen laillisen jaon aikaan saamiseksi.⁷⁶

⁷⁵ Ks. *Kangas* DL 2013, s. 293, jossa kirjoittaja katsoo mahdolliseksi lähestyä asiaa myös perusteettoman edun palauttamista koskevan opin avulla.

⁷⁶ Ks. tarkemmin *Kangas* DL 2013, s. 291 ss., jossa tätä problematiikkaa on pohdittu perusteellisesti. Ei ole kuitenkaan täysin selvää, että toimitettua jakoa kaikissa tapauksissa lähdeittäisiin kumoamaan sen vuoksi, että perillisperiirissä on tapahtunut muutoksia perinnönjaon jälkeen. Ks. *NJA* 1997, s. 645, jossa perittävällä ja leskellä oli neljä yhteistä lasta A, B, C ja D, joiden kesken perintö jaettiin. Toimitetun perinnönjaon jälkeen tuomioistuim

Kun lapsi saa alkunsa perinteisellä tavalla, tämän siirtämisajankohdan ja perittävän kuolinhetken välinen ajanjakso ei luonnollisista syistä voi muodostua kovin paljon yhdeksää kuukautta pidemmäksi. Sen sijaan kun on kyse keinohedelmötetystä lapsesta, ”vastaava” aikaväli voi periaatteessa muodostua hyvinkin pitkäksi, koska irrotettuja sukusoluja on mahdollista varastoida pakastamalla vuosikausia. Tällöin myös jo toimitetun perinnönjaon mitättömäksi toteaminen voi aiheuttaa suurempia hankaluuksia. Perinnönjaossa saatu omaisuus on ehkä jo ennätetty kuluttaa, eikä omaisuutta saaneella perillisellä välttämättä edes ole varallisuutta pesään palautettavaksi. Näissä tapauksissa syntyy vaikeita ongelmia, joihin ei lainsäädännöstä ole juuri löydettävissä vastauksia. Urpo Kangas on antanut näitä tilanteita silmällä pitäen tulkintasuosituksen, joka perustuu jäämistöoikeudellista palautusvastuuta koskevien säännösten soveltamiseen. Nämä normit sääntelevät tilannetta, jossa ositus tai perinnönjako on toimitettu ennen pesän tai vainajan velkojen maksamista eikä näistä veloista ole asetettu myöskään maksun turvaavaa vakuutta. Palautusvastuuta koskevilla säännöksillä pyritään siis suojaamaan vainajan sekä pesän velkojia. Kangas pitää mahdollisena, että PK 21:6–8c:stä ilmeneviä palautusvastuuta koskevia oikeusohjeita voidaan analogisesti soveltaa kaikkiin tilanteisiin, joissa joku tai jotkut ovat velvollisia palauttamaan perinnönjaossa saamaansa omaisuutta uuteen jakoon.⁷⁷ Samoja sääntöjä on syytä noudattaa myös silloin, kun keinoalkuisen lapsen perintöoikeutta on toimitetulla perinnönjaolla loukattu. Tällöin ollaan hyvin samanlaisen tilanteen äärellä kuin niissä tapauksissa, joissa lapsen isyys vahvistetaan vasta perinnönjaon jälkeen. Näitä samankaltaisia tilanteita ei ole perusteltua käsitellä eri tavalla. Molemmissa tapauksissahan perinnönjakoa oikaistaan sen vuoksi, että jaon toimittamishetken jälkeen ilmaantuu uusi perillinen.

vahvisti, että perittävä ei ollut D:n isä. Ruotsin korkeimman oikeuden mukaan D ei ollut velvollinen palauttamaan jaossa saamaansa omaisuutta, koska toimitettu perinnönjako oli perustunut isyysolettaamaan. Ruotsissa Agell on kritisoinut voimakkaasti tätä ratkaisua, ks. *Agell JT 1997–98*, s. 1132 ss.

⁷⁷ Ks. *Kangas DL 2013*, s. 300. On helppo yhtyä siihen Kankaan esittämään toiveeseen, että perintökaareen lisättäisiin uusi sääntö (Kankaan mukaan PK 21:8d), jonka sisältö olisi seuraava: ”Mitä edellä on 6–8c §:ssä säädetty, on sovellettava myös, kun toimitetun osituksen ja perinnönjaon tai omaisuuden haltuunoton edellytykset ovat rauenneet.” Tämä säännös selkeyttäisi myös niitä oikeusongelmia, joita kohdataan, kun perinnönjako katsotaan mitättömäksi sen vuoksi, että keinoalkuisen lapsen edunvalvontaa ei ole perinnönjaossa järjestetty asianmukaisesti. Puheena olevalle normille löytyisi kuitenkin ehkä luontevampi paikka PK 23 luvusta, joka on jaon vaikutuksia koskeva yleissäännöstö. PK 21 luvussa taas säännellään perittävän ja pesän velkoja. Kun PK 23:10 koskee perinnönjaon moitetta ja PK 23:11 käsittelee tilannetta, jossa osakas menettää perinnönjaossa saamaansa omaisuutta kolmannelle henkilölle, sopiva paikka ehdotetulle säännölle olisi uusi PK 23:11a.

Myös keinoalkuista lasta koskee PK 16:1. Perinnönsaajan tulee saattaa oikeutensa voimaan kymmenen vuoden kuluessa perittävän kuolemasta. Testamenttisaannon osalta vastaava aikaa alkaa joko perittävän kuolemasta tai siitä, kun testamenttiin perustuva oikeus alkaa. Nämä aikarajat asettavat ehdottomat rajat myös keinoalkuisen lapsen perimysoikeudelle ja oikeudelle saada omaisuutta testamentin nojalla. Aikarajojen umpeuduttua oikeus saantoon on lopullisesti vanhentunut.

5.2 Yhdenvertaisuusongelmia eräissä tilanteissa

Perintökaaren 1:1:n tulkinta, jossa perimykseksi kytketään keinohedelmöitysprosessin myöhäiseen vaiheeseen, aiheuttaa useissa tilanteissa ongelmia eri tavalla alkunsa saaneiden ihmisten yhdenvertaisuudelle. Sama koskee testamenttisaantoja. Jos keinoalkuisen lapsen perimykseksi kytketään vaikkapa munasolujen hedelmöittämiseen (edellä hetki X6), saman isän alulle saattamat biologiset lapset saattavat joutua erilaiseen perintöoikeudelliseen asemaan. Esimerkkinä epäoikeudenmukaisen kohtelun mahdollisuudesta voidaan esittää seuraava tilanne.

Esimerkki 1. Samaan aikaan kun keinoalkuisen lapsen äiti on hedelmöitettävänä hoitolaitoksessa oman miehensä sukusoluilla, äidin hedelmöittämiseen suostumuksensa antanut aviopuoliso saattaa toisen naisen kanssa lapsen alulle perinteisellä tavalla siittämällä. Mies kuolee pian yhdynnän jälkeen jo ennen vaimonsa hedelmöittämistä.

Tällaisessa tilanteessa on vaikea perustella sitä, että perinteisellä tavalla alkuun pantu lapsi voisi periä isänsä, mutta keinoalkuinen lapsi ei voisi. Epäoikeudenmukaisena on myös pidettävä tilannetta, jossa saman isän eri aikaan ja eri tavalla alkunsa saaneet lapset joutuvat erilaiseen asemaan. Aina raskaus ei voi esimerkiksi miehen vammaisuuden takia alkaa sukupuoliyhdynnästä. Tämän vuoksi aviopuolisot ovat saattaneet päätyä keinohedelmöitykseen, jossa nainen saatetaan raskaaksi miehen siemennesteellä.⁷⁸

Esimerkki 2. Jos keinohedelmöitys onnistuu ja nainen tulee raskaaksi, mutta mies kuolee ennen prosessin loppuunsaattamista, syntyy helposti ongelmia. Miehen on oltava elossa vielä sukusoluja irrotettaessa, joten ongelmat liittyvät tilanteisiin, joissa isä kuolee tämän ajankohdan (hetki X3) jälkeen. Puolisoihin saattaa olla jo ennen miehen vammautumista

⁷⁸ Joskus keinohedelmöitystä käytetään sen vuoksi, että pelätään tiedossa olevan solusalpaja- tai sädehoidon heikentävän miehen siittiötuotantoa, ks. HE 3/2006 vp, s. 5.

syntynyt lapsi. Jos katsotaan, että keinohedelmöitettyä lasta ei ole saatettu PK 1:1:n tarkoittamalla tavalla alulle ennen miehen kuolemaa, sanotun lapsen vanhempi sisarus perii isänsä omaisuuden ja keinoalkuinen lapsi ei saa mitään.

Vastaavia ongelmia voi syntyä myös silloin, kun perittävänä on isovanhempi. Tällöin on esimerkiksi seuraavanlainen tapahtumaketju mahdollinen.

Esimerkki 3. Isoisä P:n poika A siittää perinteisellä menetelmällä lapsen 1.2.2014. Hänen veljeltään B:ltä on samana päivänä irrotettu siittiöt keinohedelmöitystä varten ja luovutettu ne hedelmöityshoitoa antavalle laboratoriolle. B lähtee välittömästi sukusolujen luovuttamisen jälkeen P:n ja A:n kanssa automatkalle. Heti alkumatkasta isoisä poikineen joutuu autokolariin, josta kukaan ei selviä hengissä. P:n, A:n ja B:n kuolinjärjestystä ei pystytä selvittämään.

Hedelmöityshoitoa antava laboratorio ei saa tietoa sukusolujen luovuttajan eli B:n kuolemasta ja jatkaa hoidon antamista B:n vaimolle. Hoidon tuloksena syntyy yhdeksän kuukauden kuluttua elävä lapsi. Tällöin B:n lapsi ei ehkä voi periä P:tä, koska keinohedelmöitysprosessi ei ole edennyt riittävän pitkälle ennen P:n kuolemaa. Toisaalta B ei välttämättä voi ”siirtää” perintöä lapselleen samasta syystä. Lisäksi nyt ei voida todistaa, onko perillinen eli B elänyt perittävä P:n jälkeen. Näin B:n katsotaan kuolleen ennen perittävää (PK 1:2), eikä hän voi tämänkään vuoksi ”siirtää” perintöä keinoalkuiselle lapselleen. A:n lapsen osalta tilanne on lakitekstin valossa selvä. Hänet on siitetty ennen perittävän kuolemaa, joten A:n lapsi kiistatta perii PK 1:1:n perusteella isoisänsä P:n.

B:n lapsen osalta ongelma syntyy, jos perimysoikeus kytketään johonkin myöhempään tapahtumaan kuin sukusolujen luovuttamiseen hoitoa antavalle laboratoriolle (hetki X4). Ongelmia voi syntyä myös, kun on käytetty vieraan miehen siemennestettä. Vieraita sukusoluja käytettäessäkin on mahdollista, että hoitosuostumuksen antaja kuolee pian suostumuksen antamisen jälkeen. Tämä voi tapahtua jo ennen sukusolujen irrottamista (hetki X3) tai luovuttajan suostumusta sukusolujensa käyttämiseen (hetki X2). Tilanne voi olla vaikkapa seuraavanlainen.

Esimerkki 4. Aviomies antaa 1.2.2014 suostumuksen vaimolleen annettavaan hedelmöityshoitoon. Mies lähtee samana päivänä ulkomaille ja kuolee siellä seuraavana päivänä. Tämä tapahtuu ennen kuin sukusolujen luovuttaja on ennättänyt antaa luovutusta koskevaa suostumustaan tai irrottaa sukusolujaan. Tieto miehen kuolemasta ei tavoita vaimoa tai

hedelmöityshoitoa tarjoavaa palveluntuottajaa.⁷⁹ Hedelmöityshoitoa jatketaan hoitosuostumuksen antajan kuolemasta huolimatta ja hoidon tuloksena syntyy lapsi.

Myös nyt syntyy ongelmallinen tilanne keinoalkuisen lapsen oikeuksien kannalta. Jos perimys oikeus kytketään joko siihen, että luovuttaja on antanut suostumuksensa sukusolujen käyttöön (hetki X 2) tai johonkin tämän jälkeiseen tapahtumaan, keinoalkuinen lapsi jää vaille perintöä. Testamenttiperimyksen osalta on puolestaan kuviteltavissa esimerkiksi seuraavanlainen tapahtumankulku.

Esimerkki 5. Perittäväällä P ja hänen puolisoillaan L on kaksi lasta A ja B. P ja L päättävät yrittää vielä kolmannen lapsen hankkimista. L ei kuitenkaan yrityksistä huolimatta tule raskaaksi ja puolisoiden korkeahkon iän vuoksi todennäköisyys lapsen saantiin pienenee koko ajan. Ongelmaa pahentaa se, että P on juuri lähdössä pitkään kestäväälle työmatkalle ulkomaille. Tämän vuoksi puoliso päättävät ottaa talteen P:n siemennestettä ja yrittää hedelmöittää sen avulla L sillä aikaa, kun P on poissa.

Koska mahdollisesti myöhemmin syntyvän C:n perintöoikeudellinen asema on epäselvä, P päättää tehdä testamentin, jossa myös C määrätään edunsaajaksi. Myöhemmin P kuolee ennen kuin varsinaista hedelmöityshoitoa on edes ennätetty aloittaa L:lle. Hedelmöityshoitoa antava laboratorio ei saa tietoa P:n kuolemasta ja hedelmöityshoitoa ryhdytään antamaan L:lle. Onnistuneen keinohedelmöityksen seurauksena syntyy sittemmin C.

Jos oikeus saada omaisuutta testamentin nojalla kytkettäisiin nyt hedelmöittämiseen (hetki X5) tai johonkin myöhempään tapahtumaan, tämä johtaisi testamentintekijän tarkoituksen vastaiseen lopputulokseen. C ei saisi jälkisäädöksen nojalla P:ltä mitään, koska C:n syntymään tähtäävä keinohedelmöitysprosessi ei ole edennyt riittävän pitkälle ennen testamentintekijän kuolemaa. C:n suojana eivät olisi nyt edes lakiosaa koskevat määräykset; hänhän ei esitetyn tulkinnan mukaan täytä myöskään perillisaseman edellytyksiä (PK 1:1). Tällaisesta tulkinnasta seuraisi, ettei testamenttia voisi tehdä edes sellaisen lapsen hyväksi, joka keinohedelmöitetään perittäväen omalla siemennesteellä perinnönjättäjän kuoleman jälkeen. Sama koskee luonnollisesti myös tilannetta, jossa nainen keinohedelmöitetään vastaavana aikana vieraan miehen sukusoluilla.

⁷⁹ HedelmHL 8.2 § 4 k:n mukaan hoitoa ei saisi antaa, koska suostumuksenantaja on kuollut.

6 IHMISOIKEUSNÄKÖKULMA

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) käytännön mukaan konkretisoitumaton perintöoikeus ei nauti omaisuuden suojaa. Näin todettiin tapauksessa *Fabris v Ranska* (7.2.2013). Sanotun tapauksen mukaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) omaisuuden suojaa koskevan ensimmäisen lisäpöytäkirjan 1. artikla kuitenkin suojaa omaisuuteen kohdistuvia legitimejä odotuksia. Näitä odotuksia voi syntyä kyseessä olevan valtion lainsäädännön perusteella. Vaikka isyytensä kanneteitse vahvistuttaneella henkilöllä ei ole välittömästi perintöön kohdistuvia legitimejä odotuksia, hänellä on kuitenkin oikeus odottaa, ettei häntä syrjitä.⁸⁰

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklassa kielletään muun muassa syntyperään tai muuhun asemaan perustuva syrjintä. Lisäksi tämän sopimuksen 1 lisäpöytäkirjan 1 artiklan nojalla jokaisella on oikeus nauttia rauhassa omaisuudestaan, eikä keneltäkään saa riistää hänen omaisuuttaan muuten kuin julkisen edun nimissä ja laissa määrättyjen ehtojen sekä kansainvälisen oikeuden yleisten periaatteiden mukaan. Saman sopimuksen 8 artiklan mukaan jokaisella on oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämäänsä kohdistuvaa kunnioitusta.

Valtiolla on kuitenkin varsin laaja harkintamarginaali perhe-elämän suojan kaltaisissa kysymyksissä, joiden aineellisesta sisällöstä ei Euroopassa vallitse yksimielisyyttä. Tämä koskee etenkin hedelmöityshoitoa, johon liittyvistä kysymyksistä ollaan jo valtioiden sisälläkin erimielisiä. Näissä asioissa EIT ei ole ollut kovin aktiivinen.⁸¹ Sen sijaan avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten asemasta EIT on antanut useita ratkaisuja. Hedelmöityshoito henkilön alkuun saattamisen keinona on samankaltainen henkilön alkuperään liittyvä seikka kuin aviollinen tai avioliiton ulkopuolinen syntyperä. Avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten asemaa koskevista ratkaisuksista voidaankin hakea tukea myös tutkimuskysymyksemme arvioinnille.⁸²

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa on ollut käsiteltävänä useita tapauksia, joissa EIT on katsonut kansallisen lainsäädännön syrjiväksi, koska siinä on asetettu avioliiton ulkopuolella syntynyt lapsi eri asemaan kuin avioliitossa syntynyt. Näin tehtiin jo tapauksessa *Marckx v Belgia* (13.6.1979).

⁸⁰ Näin OM:n julkaisu 56/2013, s. 31.

⁸¹ Ks. tarkemmin EIT:n roolista keinohedelmöitystapauksissa *Nieminen* 2013, s. 250–254, jonka mukaan EIT:n käsittelemisissä tapauksissa kyse on ollut lähinnä siitä, millä perusteilla henkilöltä voidaan kieltää hedelmöityshoidot lapsen saamiseksi.

⁸² Ks. myös isyyslain uudistamista koskeva OM:n julkaisu 56/2013, s. 31–33. Siinä esitetty pohdinta sivuaa myös tässä artikkelissa käsiteltyjä teemoja.

Belgian lainsäädännön mukaan avioliiton ulkopuolella syntyneellä lapsella ei ollut oikeutta perintöön, jos äiti ei ollut tunnustanut häntä. Edes tunnustamisen kautta avioliiton ulkopuolella syntynyt lapsi ei saanut samaa perintöoikeutta kuin mikä oli aviolapsella. Lisäksi avioliiton ulkopuolella syntyneeltä lapselta puuttui oikeus hänen äitinsä sukulaisten jäämistöön. Myös oikeutta testamentata omaisuutta koskivat samat rajoitukset kuin lakiin perustuvassa perinnössä. Jos lapsen asemaa äitiinsä nähden ei ollut vahvistettu, äidillä oli kuitenkin mahdollisuus testamentata lapselle koko omaisuutensa siinä tapauksessa, että hänellä ei ollut lakiosaperillisiä.

Belgian lainsäädännön mukaan avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen äiti siis saattoi joutua tilanteeseen, jossa hänen oli edullisinta olla tunnustamatta lastaan. Tällainen lainsäädäntö saattoi estää normaalien perhesuhteiden kehittymistä, minkä vuoksi sitä oli pidettävä EIS 8 artiklan turvaaman perhe-elämänsuojan vastaisena.

Belgian lainsäädäntö rajoitti myös äidin oikeutta testamentata omaisuuttaan lapsensa hyväksi. Tältä osin valtiolla oli oikeus säätää rajoituksia sanotun oikeuden käyttöön (EIS 1 lisäpöytäkirjan 1 artiklan 2 kohta). Koska luovutuskelpoisuuden rajoitukset koskivat nyt ainoastaan naimatonta äitiä, tämän oikeuksia oli rikottu. Tältä osin päätös perustui siihen, että syrjintää sääntelevää 14 artiklaa sovellettiin yhdessä omaisuudesta määräämistä koskevan EIS 1 lisäpöytäkirjan 1 artiklan kanssa. EIT katsoi lisäksi Belgian lainsäädännön EIS 14 artiklan (sovellettuna yhdessä 8 artiklan kanssa) nojalla syrjiväksi, koska avioliiton ulkopuolella syntyneellä lapsella ei ollut samanlaista perintöoikeudellista asemaa kuin aviolapsella oli. Lapsihan ei saanut edes lapseksi ottamisen kautta perintöoikeutta äitinsä sukulaisten jäämistöön.

Myös tapauksessa *Vermeire v Belgia* (29.11.1991) katsottiin, että lasta oli perinnönjaossa syrjitty syntyperänsä perusteella, kun hän ei voinut kansallisen lainsäädännön perusteella periä isoisäänsä. Tapauksessa *Pla ja Puncernau v Andorra* (13.7.2004) adoptoitu lapsi ei Andorran korkeimman oikeuden mukaan voinut peritä adoptiovanhempansa äitiä tämän tekemän testamentin perusteella. EIT piti kansallisen tuomioistuimen toimintaa virheellisenä ja katsoi, että EIS 14 artiklaa oli rikottu yhdessä EIS 8 artiklan kanssa.

Edellä kuvattujen EIT:n päätösten voi katsoa antavan tukea tulkinnalle, jonka mukaan PK 1:1:tä sekä PK 9:2.1:tä on sovellettava siten, että keinoalkuinen lapsi ei voi jäädä tavanomaisella tavalla alkunsa saanutta lasta huonompaan asemaan perimystä tai testamenttia koskevissa tilanteissa.⁸³ Vielä selkeämmin tätä tulkintaa tukee tapaus *Camp ja Bourimi v Alankomaat*

⁸³ EIT:n ratkaisemien tapausten hyväksikäyttämistä kuitenkin vaikeuttaa sen käyttämien kriteerien kasuistisuus. EIT:n ratkaisuista on yleensä vaikea tehdä kovin pitkälle meneviä johtopäätöksiä.

(3.10.2000). Siinä EIT katsoi, että lasta oli syrjitty perhe-elämän suojaa koskevan EIS 8 artiklan ja syrjintää koskevan EIS 14 artiklan nojalla, kun *isänsä kuoleman jälkeen syntynyt lapsi* jäi vaille perintöoikeutta sen vuoksi, että hänen perhesuhdetta isäänsä ei Alankomaiden lain mukaan pystytty vahvistamaan taannehtivasti.⁸⁴ EIT totesi, että EIS 8 artikla ei sellaisenaan taannut oikeutta perintöön. Sen mukaan perintö kuitenkin sisältyy EIS 8 artiklan piiriin, koska se edustaa yhtä perhe-elämän piirrettä.

Tulkinta, joka asettaisi keinohedelmöitetyn lapsen perintöoikeudellisesti eri asemaan muihin lapsiin nähden, näyttäisi olevan herkästi ristiriidassa EIS 8 ja 14 artiklojen kanssa. Viranomaisen voi puuttua 8 artiklan suojaaman oikeuden käyttämiseen, kun laki sen sallii ja se on välttämätöntä esimerkiksi turvallisuuden tai maan taloudellisen hyvinvoinnin vuoksi, taikka muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi. Muiden henkilöiden oikeuksia ei voida tulkita siten, että tavallisella tavalla alkunsa saaneiden lasten perintöoikeus voisi syrjäyttää keinoalkuisen lapsen oikeuden periä. Tämä näyttäisi olevan EIT:n käytännön perusteella EIS 14 artiklan syrjintäkiellon vastaista.

Aiheemme kannalta mielenkiintoinen on myös tapaus *Haas v Alankomaat* (13.1.2004), jossa ei kuitenkaan katsottu Alankomaiden lainsäädäntöä syrjiväksi. Tässä tapauksessa oli tutkimuskysymyksemme osalta merkittävää se liikkumavara, jonka EIT jätti kansalliselle lainsäädännölle. EIT:n mukaan hyväksyttävää oli, että kansallinen lainsäädäntö turvasi sen, että oikeudellisia perhesuhteita ei perustettu sellaisten henkilöiden välille, jotka vastustivat niitä. Meillä keinoalkuisen lapsen isyys perustuu olennaisesti juuri hedelmöityshoitoon annettuun suostumukseen. Isyyslain 3 a §:n mukaan hedelmöityshoidon tuloksena syntyneen lapsen isäksi on vahvistettava mies, joka *yhteisymmärryksessä* äidin kanssa on antanut suostumuksensa hoitoon. Kun hedelmöityshoitoa tarjoavan palvelujen antajan on ennen hoidon antamista selvitettävä hoitoa saavalle hoidon tuloksena syntyvän lapsen ja muiden osapuolten oikeudellinen asema (HedelmHL 9 §), on pidettävä selvänä, että myös isä on tarkoittanut perustaa perhesuhteen näin syntyvän lapsen kanssa. Puheena olevissa tilanteissa perhesuhdetta ei siis olla perustamassa henkilöiden välille, jotka vastustavat sitä.⁸⁵

⁸⁴ Alankomaiden hallitus vetosi vastauksessaan siihen, että lapsen erilainen kohtelu perustui hyväksyttäviin syihin. Muilla perillisillä tuli sen mukaan olla varmuus siitä, että heidän ei tarvinnut luopua lain mukaisesta perinnöstään myöhemmin ilmaantuvan odottamattoman lapsen hyväksi. EIT:n oikeuskäytännön mukaan vain erittäin painavat syyt oikeuttavat pitämään yllä erilaista kohtelua avioliitossa ja sen ulkopuolella syntyneiden lasten välillä. EIT:n mukaan nyt ei ollut käsillä sellainen tilanne.

⁸⁵ Meillä korkein oikeus on ratkaisussaan KKO 2011 :56 käyttänyt argumentteja, joilla voi ajatella olevan merkitystä myös keinoalkuisen lapsen perimysoikeutta koskevaa kysymystä ratkaistaessa. Tässä tapauksessa yleistestamentinsaaja halusi jatkaa isän alulle panemaa

Tapauksessa *Haas v Alankomaat* (13.1.2004), ei siis rikottu EIS 14 artiklan syrjintäkieltoa, kuten esimerkiksi aiemmin esitetystä tapauksesta *Marckx v Belgia* (13.6.1979). Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja korkeimman oikeuden ratkaisusta käykin ilmi, että EIS 8 artiklan tarkoittama yksityiselämänsuoja ei turvaa perintöoikeutta, ellei samalla ole kysymys EIS 14 artiklan tarkoittaman syrjintäkiellon rikkomisesta.⁸⁶

Jos Suomen kansallinen tuomioistuin tekisi keinohedelmöitetyn lapsen oikeuksia loukkaavan ratkaisun ja asia vietäisiin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen, viimeksi mainittu todennäköisesti asettaisi Suomelle velvollisuuden saattaa keinohedelmöitetty lapsi yhdenvertaiseen asemaan muiden lasten kanssa. Ihmisoikeustuomioistuin on säännellyt näin yksityisten välisiä suhteita muun muassa heikomman osapuolen suojeluintressin vuoksi. Viime kädessä ihmisoikeustuomioistuin voisi asettaa velvoitteen kansallisen lainsäädäntömme muuttamiseen, jollei kyse ole vain lain huonosta soveltamisesta. Näin Euroopan ihmisoikeustuomioistuin teki edellä mainitussa tapauksessa *Marckx v Belgia*, koska aviolaisten ja aviottomien lasten erottelu ei enää 1970-luvulla ollut eurooppalaisissa yhteiskunnissa sopivaa.⁸⁷

isyiden kumoamista koskevaa kannetta, kun isä oli kanteen vireillä ollessa kuollut. Korkein oikeus katsoi, että yleistestamentin saajalla ei ollut isyyslain 36 §:n nojalla oikeutta jatkaa isyyden kumoamiskanteen ajamista. Ratkaisuaan KKO perusteli muun ohessa sillä, että yleistestamentin saajan *intressi jäämistöön on taloudellinen*. Isyyslain tavoitteena kuitenkin on ennen kaikkea lapsen biologisen isyyden vahvistaminen sekä vakiintuneen sosiaalisen, taloudellisen ja oikeudellisen yhteyden säilyttäminen. Näin KKO päätyi siihen, ettei ole asianmukaista, että yleistestamentin saaja voisi perittävän kuoleman jälkeen saada aviomiehen isyyden kumotuksi joko kanteen nostamalla taikka kannetta jatkamalla.

Ratkaisun perusteluja voidaan tulkita siten, että keinoalkuisen lapsen oikeutta perintöön ei ole tarpeen suojata, koska hänen intressinsä jäämistöön on taloudellinen. Tällainen tulkinta ei kuitenkaan ole perusteltu. Ensinnäkin se on ristiriidassa useiden edellä kuvattujen EIT:n antamien ratkaisujen kanssa. Lisäksi tapauksen KKO 2011: 56 tosiseikasto poikkeaa useassa suhteessa tilanteesta, joka koskee keinoalkuisen lapsen perimysoikeutta. Ratkaisussa KKO 2011:56 oli kysymys isyyden kumoamisesta ja oikeudesta sitä koskevan kanteen jatkamiseen. Keinoalkuisen lapsen kohdalla kyse on isyyden toteamisesta tai vahvistamisesta. Isyyttä ei myöskään normaalitapauksessa vahvisteta kanteella, jolloin myöskään oikeus kanteen ajamisesta tai sen jatkamisesta ei tule relevantiksi.

Ratkaisu KKO 2011:56 perustui olennaisilta osin IsyysL 36 §:n säännökseen, jonka mukaan oikeus jatkaa perittävän nostaman isyyskanteen ajamista kuuluu *perillisille*. Korkeimman oikeuden mukaan tällaista oikeutta ei ole *testamentin saajilla*. Kuitenkin myös lakimääräisten perillisten pääintressi isyyden kumoamisjutuissa on yleensä oman perillisaseman vahvistaminen. Lisäksi IsyysL 36 § koskee kanteen nostamista. Nyt kyse oli miehen nostaman kanteen jatkamisesta. Kanteen jatkamiseen on syytä suhtautua eri tavalla kuin sen nostamiseen. Ks. tarkemmin korkeimman oikeuden tulkinnan ongelmallisuudesta *Lohi* 2011, s. 42–45.

⁸⁶ Ks. KKO 2014:13 kohta 29 ja KKO 2014:14 kohta 30.

⁸⁷ Ks. myös *Nieminen* 2013, s. 127–129.

7 PERUSOIKEUSNÄKÖKULMA

Perustuslain 6.2 §:ssä on ilmaistu niin sanottu syrjäntäkielto. Sen mukaan ketään ei saa ilman hyväksyttävää syytä asettaa eri asemaan esimerkiksi alkuperän tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella. Aviollinen syntyperä rinnastuu PeL 6.2 §:ssä mainittuihin syrjäntäperusteisiin.⁸⁸ Hedelmöityshoitoa ihmisen alkuun panemisen keinona voi pitää henkilön alkuperään liittyvänä seikkana vastaavalla tavalla kuin aviollista tai aviotonta syntyperää.⁸⁹ Myös Euroopan unionin perusoikeuskirjan 20 artiklan mukaan ihmisten tulee olla tasavertaisia lain edessä.

PK 1:1:n edellä esitetty esityösidonnainen tulkinta, jonka mukaan lapsen perimisoikeuden edellytykseksi asetetaan, että hänen on oltava sikiönä olemassa perittävän kuolinhetkellä, uhkaa saattaa keinoalkuisen lapsen perintöoikeudellisesti muita lapsia huonompaan asemaan. Sama koskee myös tulkintaa, jossa perimisoikeuden synty ylipäättään kytketään johonkin keinohedelmöitysprosessin myöhäiseen vaiheeseen. Keinoalkuinen lapsi ei tällaisten tulkintojen mukaan olisi PeL 6.1 §:n eikä myöskään Euroopan unionin perusoikeuskirjan 20 artiklan tarkoittamalla tavalla yhdenvertainen lain edessä, koska ei kaikissa tilanteissa voisi periä omia sukusoluja luovuttanutta biologista isäänsä tai vieraan miehen sukusolujen käyttöön suostumuksen antanutta vanhempansa.⁹⁰

⁸⁸ Näin *Jyränki* 2000, s. 313.

⁸⁹ Useat PeL 6.2 §:ssä mainitut erotteluperusteet koskevat ihmisen synnynnäisiä ominaisuuksia, joihin hän ei itse voi valinnoillaan vaikuttaa. Tällaisiin seikkoihin perustuva erottelu katsotaan erityisen herkästi syrjiväksi, ks. *Ojanen – Scheinin* 2011, s. 248.

⁹⁰ Perintöoikeuden ja omaisuuden suojan välistä yhteyttä on tarkasteltu isyyslain uudistamista koskevassa oikeusministeriön työryhmän mietinnössä 56/2013. Siinä pohdittiin mm. IVL 7.2 §:n kanneaikaa koskevan määräaika säännöksen poistamista. Sanotun normin mukaan isyyden vahvistamista koskeva kanne on pantava vireille viiden vuoden kuluessa isyyslain voimaantulosta eli viimeistään 1.10.1981. Saman säännöksen mukaan kannetta ei kuitenkaan voinut panna enää vireille miehen kuoltua. IVL 7.2 §:n joustamattomuus on johtanut siihen, että EIT ja KKO ovat joutuneet antamaan useita ratkaisuja sen soveltamisesta. Tämän vuoksi on harkittu, että tätä kanneaikasäännöstä muutettaisiin.

Mietinnössään työryhmä totesi, että perus- ja ihmisoikeusnäkökohtien vuoksi isyytensä vahvistuttaneelle ei voida muiden oikeusturvaa loukkaamatta antaa perillisen asemaa silloin, kun mies on kuollut ennen kanteen vireilletuloa. Työryhmän mukaan tällainen sääntely *ei aseta isyytensä kanneteitse vahvistuttaneita perusteettomasti* erilaiseen asemaan kuin muita, koska erilaiselle kohtelulle on nyt painavat perusteet. Painava syy on, että kyseessä olevat henkilöt ovat *saaneet asemansa hyvin poikkeuksellisen takautuvan lainsäädännön kautta*, jossa kannerajoitus on poistettu vasta kanneajan umpeuduttua. Tässä tilanteessa erilaiseen asemaan asettaminen on perusteltua tiettyjen haittojen torjumiseksi. Omaisuuden suoja on erityisen ongelmallinen silloin, kun mies on kuollut ja hänen perintönsä on jaettu. Tällöin olisi perinnön saaneiden kannalta ongelmallista, jos heidän saamaansa oikeuteen puututtaisiin takautuvalla lainsäädännöllä, ks. OM:n julkaisu 56/2013, s. 31–32.

Myös testamenttiperimystä koskevan PK 9:2.1:n osalta edellä esitetty tulkinta, jonka mukaan testamentin tekijä ei voisi tehdä jälkisäädöstä keinoalkuisesti syntyvän lapsensa hyväksi, jos hän sattuisi kuolemaan liian varhaisessa vaiheessa keinohedelmöitysprosessia, johtaa perusoikeusnäkökulmasta ongelmalliseen tilanteeseen. PeL 15.1 §:n mukaan jokaisen omaisuus on turvattu. Omistusoikeus kuuluu siis perusoikeuksiin. Jos omistusoikeuteen kuuluvia oikeuksia vähennetään tai rajoitetaan, esimerkiksi luovutuskompetenssia rajoittamalla, puututaan samalla perustuslain turvaamaan oikeuteen, vaikka esine säilyisikin koskemattomana haltijallaan.⁹¹ Testamenttausvapauteen puuttuminen voitaneen tulkita perusoikeuteen puuttumiseksi.⁹² Testamenttausvapaus on mahdollista rinnastaa sopimusvapauteen. Näiden molempien voidaan katsoa nauttivan omistusoikeuden suojaa. Omistusoikeuden ja testamenttausvapauden suoja on otettu huomioon myös Euroopan unionin perusoikeuskirjassa. Sen 17 artiklan 1 kohta turvaa jokaiselle oikeuden nauttia laillisesti hankkimastaan omaisuudesta sekä oikeuden käyttää, luovuttaa ja testamentata tällaista omaisuutta.

Tuomioistuimen velvollisuutena on soveltaa perustuslakia, jos se on käsiteltävässä asiassa ilmeisessä ristiriidassa tavallisen lain säännöksen kanssa (PeL 106 §). Perustuslakivaliokunta on mietinnössään asettanut tuomioistuimille velvollisuuden perusoikeusmyönteiseen laintulkintaan. Oletetut ristiriidat perustuslain ja tavallisen lain välillä on useimmiten poistettavissa tulkinnalla; tuomioistuimen tulee valita perusteltavissa olevista tulkintavaihtoehdoista se, joka parhaiten edistää perusoikeuksien toteutumista ja eliminoi perustuslain kanssa ristiriitaisiksi katsottavat vaihtoehdot.⁹³ Vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen yhtenä lähtökohtana oli perusoikeussäännösten välitön soveltaminen tuomioistuimissa ja hallinnossa.⁹⁴

Omaisuuksensuojan kannalta keinohedelmöitetyn lapsen perimyoikeudessa on kysymys paljolti erilaisesta tilanteesta. Keinoalkuisten lasten erilaiselle kohtelulle ei ole olemassa samanlaisia painavia syitä kuin takautuvalla lainsäädännöllä isyytensä vahvistuttaneiden henkilöiden erilaiselle kohtelulle.

⁹¹ *Jyränki* 2000, s. 309. PeL 15 §:n avainkäsitettä ”omaisuus” tulkitaan varsin laajasti. Tämän säännöksen lähtökohtana on turvata kaikenlaisia yksilöiden varallisuusarvoisia oikeuksia ja etuja, ks. *Länsineva* 2011, s. 568.

⁹² Testamenttausvapautta sinänsä ei ole turvattu perustuslaissa eikä sitä välttämättä tule pitää perusoikeutena. Testamenttausvapautta, kuten myös sopimusvapautta, voitaneen pitää omistusoikeuteen kytkettyynä periaatteena. Omistusoikeuden suoja ilmaisee implisiittisesti myös varallisuus oikeudellisten sopimusten suojan, ks. *Kulla Oikeus* 1976, s. 104.

⁹³ PeVM 25/1994 vp, s. 4.

⁹⁴ *Karapuu* 2011, s. 80. PeL 6.2 §:n syrjintäkiellon luonnollisin soveltamisalue on tuomioistuimissa ja muussa viranomaistoiminnassa, ks. *Hallberg* 2011, s. 851–854 ja 869 sekä *Viljanen*, 2011, s. 118–119 ja 128.

PeL 6 §:n yhdenvertaisuusnormi ja PeL 10 §:n yksityiselämän suojaa koskeva sääntö sekä vastaavia asioita sääntelevät EIS 14 ja 8 artikkelit antavat epäilemättä suojaa myös keinoalkuiselle lapselle. Tällaista suojaa voidaan korkeimman oikeuden ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännön perusteella antaa myös perillisten välistä perintöoikeutta koskevien oikeusriitojen yhteydessä.

Perusoikeuksien soveltaminen kansalaisten keskinäisiin suhteisiin (*horisontaalisuhteisiin*) ei ole täysin ongelmatonta, koska perusoikeuksia ei ole säädetty näitä tilanteita silmällä pitäen. Ne on ainakin ensisijaisesti luotu julkisen vallan ja yksityisen henkilön välisiä suhteita (*vertikaalisuhteita*) ajatellen.⁹⁵ Selvää on, että perusoikeuksilla on merkitystä myös horisontaalisuhteissa, mutta tässä relaatiossa niiden painoarvon määrittäminen tuottaa enemmän ongelmia. Eri perusoikeuksilla on tällöin erilainen merkitys, joka lisäksi vaihtelee ainakin jossain määrin oikeudenaloittain. Vaikutusta tässä suhteessa on epäilemättä myös sillä, millaisesta oikeusongelmasta on kysymys ja millaiseen henkilösuhteeseen se liittyy.

Vaikka jäämistöoikeus ei yleisesti ottaen ole oikeudenala, jossa perusoikeuksilla on laintulkinnassa vahva asema,⁹⁶ tässä kirjoituksessa käsitellyllä oleva oikeusongelma on luonteeltaan sellainen, että siinä on selvä perusoikeusulottuvuus. Hedelmöityshoito ihmisen alkuun saattamisen keinona on ainakin *a priori* seikka, joka ei voi horisontaalisuhteissakaan olla perusteena sille, että tällaista henkilöä voitaisiin kohdella eri tavalla kuin muita ihmisiä. Selvältä vaikuttaa, että keinoalkuista ihmistä on suojattava, jotta hänen oikeuksiaan perintöön ja testamentattuun omaisuuteen pystytään ainakin joissain tilanteissa turvaamaan. Ongelmaksi muodostuukin se, millä tavalla perusoikeudet on syytä ottaa huomioon puheena olevaa oikeusongelmaa ratkaistaessa.

Perusoikeusmyönteinen laintulkinta voi ylipäätään tapahtua eri vahvuisesti. Perusoikeuksilla voi ensinnäkin katsoa olevan *karsintavaikutus*. Kun säännös on mahdollista ymmärtää eri tavoilla, perusoikeuksien avulla voidaan karsia pois tulkintavaihtoehdot, jotka ovat ilmeisesti perustuslain vastaisia. Astetta vahvempi on kanta, jonka mukaan perusoikeusmyönteinen laintulkinta sisältää *optimointivaatimuksen*. Perustuslain kanssa soposoinnussa olevista laintulkinnosta tulee tällöin valita se, joka parhaiten vastaa perustuslain tarkoituksen toteutumista.⁹⁷ Vahvimmillaan perusoikeusmyönteinen laintulkinta on silloin, kun pe-

⁹⁵ Ks. tarkemmin HE 309/1993 vp, s. 29, *Viljanen* 2011, s. 135 ja *Helin* 2012, s. 20.

⁹⁶ Tämän suuntaisesti myös *Aarnio* 2006, s. 325.

⁹⁷ Juuri tämän kannan on sanottu saavan tukea perustuslain esitöistä. Ks. PeVM 25/1994 vp, s. 4. Kuten *Helin* huomauttaa, esitöissä lausuttu jää kuitenkin varsin epämääräiseksi, eikä siitä käy ilmi, mikä painoarvo perusoikeuksille on ollut tarkoitus antaa horisontaalisuhteissa, ks. *Helin* 2012, s. 20.

rusoikeuksiin vetoamalla katsotaan olevan mahdollista *syRJäyttää* tietyn oikeudenalan vakiintuneet oikeuslähdeperiaatteet ja määrätä lakien sisältö perusoikeuksista käsin.⁹⁸

Viimeksi mainittu kanta menee liian pitkälle. Se on omiaan aiheuttamaan oikeudellista epävarmuutta horisontaalisuhteissa. Siinä ensinnäkin luovutaan eri oikeudenalojen oppeihin kiteytyneestä viisaudesta, joka on omiaan tuottamaan ennakoitavuutta oikeussubjektien välisiin suhteisiin. Lisäksi ratkaisu joudutaan tällöin tekemään hyvin väljästi kirjoitettujen säännösten perusteella. Niiden nojalla tehtyjen ratkaisujen ennakoitavuus on heikko. Tämän vuoksi perusoikeuksia ei ole syytä käyttää tietyn oikeudenalan doktriinin syrjäyttävänä laintulkinnan oikotienä.⁹⁹

Perusoikeuksilla voidaan käsitykseni mukaan katsoa olevan ainakin edellä mainittu karsintavaikutus. On vaikea perustella sitä, miksi ajateltavissa olevista tulkintavaihtoehdoista ei myös horisontaalisuhteissa hylättäisi ilmeisesti perustuslain vastaisia tulkintavaihtoehtoja. Tätä kantaa tukee myös PeL 106 §, jonka mukaan tuomioistuimien on velvollinen soveltamaan perustuslakia silloin, kun se on ristiriidassa tavallisen lain kanssa.¹⁰⁰ Myöskään perusoikeuksien optimointivaatimusta ei ole perusteltua hylätä ainakaan kategorisesti. Itse asiassa karsintavaikutuksen ja optimointivaatimuksen välinen raja on epäselvä. Jos ilmeisesti perustuslain vastaisina karsitaan hyvin runsaasti pois eri vaihtoehtoja mahdollisten tulkintavaihtoehtojen joukosta, näin toteutettu karsiminen lähentyy käytännössä optimointia. Kysymys lieneekin siitä, kumpi mainituista vaihtoehtoista tuottaa kussakin tilanteessa perustellumman tulkinnan perinteisempien lainsäädännön tulkintaperusteiden valossa tarkasteltuna.¹⁰¹

⁹⁸ Helin 2012, s. 19–20. Viljasen mukaan perusoikeusmyönteinen laintulkinta sisältää kaksi ulottuvuutta, tulkinnallisten ristiriitojen eliminoinnin sekä optimointivaikutuksen, ks. Viljanen 2011, s. 127.

⁹⁹ Perusoikeuskeskeisen laintulkinnan voimakas esiinnousu onkin saanut osakseen kritiikkiä. Perusoikeusargumentaatio saattaa usein olla liian abstraktia käytännön ratkaisutoiminnan kannalta. Selvää kuitenkin on, että perusoikeuskeskeisellä argumentaatiolla on oma sijansa tulkintaopissamme. Vaarana on, että siitä innostutaan liikaa ja sen perusteella tehdään ratkaisuja myös silloin, kun muusta oikeuslähdeaineistosta löytyy sopivampi ratkaisuperuste, ks. Aarnio 2006, s. 308–338. Aarnion ja Helinin lisäksi mm. Päivi Paasto on suhtautunut kriittisesti perusoikeusmyönteiseen laintulkintaan varallisuus oikeuden alueella, ks. Paasto Oikeus 2001 s. 340–346 ja sama 2004, s. 123–144.

¹⁰⁰ Käytännössä samaan johtopäätökseen voidaan epäilemättä päätyä useimmissa tapauksissa jo muiden vakiintuneempien lainsäädännön tulkintaperusteiden nojalla, joten perusoikeusmyönteinen tulkinta ei tuone tässä muodossa kovin merkittävää muutosta oikeustilaan. Kynnys katsoa tietty tulkinta perustuslain vastaiseksi lienee myös varsin korkealla.

¹⁰¹ Ks. PeVM 25/1994 vp, s. 4. Sen mukaan tuomioistuinten tulee nimenomaan *perustelta-
vissa olevista* lain tulkintavaihtoehtoista valita se, joka parhaiten edistää perusoikeuksien tarkoituksen toteutumista. Perusteltavissa ei ole laintulkinta, joka tarpeettomasti irtaantuu kauas normaaleista, perinteisistä, laintulkintametoista.

Tutkimuskysymyksemme osalta perusoikeusnäkökulma puoltaa sitä, että perustuslainvastaisena tulkintavaihtoehtona hylätään se, että perimyskel-poisuus ja kelpoisuus saada omaisuutta testamentin nojalla kytketään alkion siirtoon naisen kohtuun. Sama koskee luonnollisesti myös keinoalkuisen lapsen kehitysprosessin myöhempiä vaiheita eli raskauden alkamista ja syntymää. Nämä vaihtoehdot ovat aiemmin mainituista syistä omiaan johtamaan perillisten yhdenvertaisuutta loukkaaviin tulkintoihin. Lisäksi edellä sanottu pätee myös tilanteisiin, jotka koskevat munasolujen hedelmöittämistä ja hedelmöittymistä viljelymaljassa sekä myös sukusolujen luovuttamista lisääntymishoitoa antavalle laboratoriolle, mikäli sukusolut luovuttaa muu henkilö kuin hoitosuostumuksen antanut mies. Nämäkin vaihtoehdot prosessin kriittisinä ajankohtina mahdollistavat keinoalkuisen lapsen yhdenvertaisuuden loukkauksen.

8 JOHTOPÄÄTÖKSET

8.1 Biologinen isyys ja keinoalkuisen lapsen perintöoikeus

Ennen varsinaiseen tutkimuskysymykseen vastaamista on aihetta pohtia, onko keinoalkuisen lapsen perimyoikeutta ja oikeutta saada omaisuutta testamentin nojalla syytä arvioida eri tavalla sen mukaan, onko lapsi hoitosuostumuksen antaneen isän biologinen jälkeläinen, vai onko hän saanut alkunsa vieraista sukusoluista.¹⁰² Kuten kirjoituksen alussa tuli esille, perimyoikeus on perustunut meillä joko biologiseen isyyteen, aviolliseen syntyperään tai miehen haluun toimia isänä (otto- ja adoptiolapset sekä vieraan miehen sukusoluista alkunsa saanut keinoalkuinen lapsi). Viimeksi mainitussa tapauksessa perintöoikeuden perusta on käytännössä tahdon-ilmaisuaineudessa. Perintöoikeus perustuu tällöin joko nimenomaiseen tahdonilmaisuuksiin tai ainakin sellaiseen käyttäytymiseen, joka osoittaa miehen tahdon suuntaa.

Nykyistä perintökaarta edeltäneen vuoden 1734 perintökaaren mukaan perintöoikeuden edellytyksenä oli yleensä aviollinen syntyperä (vanha PK 1:2). Vuoden 1922 avioliiton ulkopuolella syntyneitä lapsia koskeva laki heikensi avioliiton merkitystä perintöoikeuden perustana. Tämän lain voimaantulon jälkeen myös avioliiton ulkopuolella syntynyt lapsi saattoi

¹⁰² Tilanne oli epäselvä ainakin vielä ennen hedelmöityshoitolaain voimaantuloa 1.9.2007. Tätä ennen miehen omilla sukusoluilla hedelmöitetyn lapsen oikeudellinen asema oli sama kuin aviolapsella. Vieraan miehen sukusoluista alkunsa saaneen lapsen oikeudellinen asema ei ollut yhtä selvä.

periä isänsä, jos isä oli tunnustanut lapsen. Tahdonilmaisuaines sai tuolloin merkitystä; lapsi ei ilman tunnustamista perinyt biologista isäänsä, vaikka isä olisi tuomittu elatusvelvolliseksi lapseen nähden. Vuoden 1975 isyyslaki takasi myös avioliiton ulkopuolella syntyneelle biologiselle lapselle perintöoikeuden, kunhan isyys vain oli vahvistettu tuomioistuimessa lain edellyttämällä tavalla, tai kun isyys on vahvistettu miehen tunnustettua isyytensä (IsyysL 3§). Näin biologinen isyys syrjäytti aviollisen syntyperän perimisoikeuden perustana.

Tahdonilmaisuperusteinen isyys on jo kauan ollut aviollisen syntyperän ja biologisen isyyden rinnalla perintöoikeuden perustana. Sen merkitys on kuitenkin viime vuosisadan alkupuolelta lähtien kasvanut. Vuoden 1925 ottolapsilaki perustui vielä heikon adoption periaatteelle, eikä ottolapsi saanut normaalia biologisen lapsen perintöasemaa ottovanhempiinsa nähden. Tämän lain säätämisen aikaan oli vielä varsin vahvasti vallalla näkemys, jonka mukaan perintöoikeus edellyttää biologista sukulaisuutta.¹⁰³ Ottovanhempien biologisella lapsella oli ottolasta vahvempi oikeus perintöön vanhempansa jälkeen. Lisäksi ottolapsella ei heikon adoption järjestelmässä ollut lainkaan perintöoikeutta ottovanhemman sukulaisiin nähden. 1.1.1980 tai sen jälkeen perustettu ottolapsisuhde perustuu siis vahvan adoption periaatteelle. Tämä merkitsee muun muassa sitä, että ottolapsi on täysin samassa perintöoikeudellisessa asemassa ottovanhempaan ja tämän sukulaisiin nähden kuin biologinen lapsi. Näin isyyttä koskevan tahdonilmaisun oikeusvaikutukset lisääntyivät ja tahdonilmaisuaines sai entistä enemmän merkitystä perintöoikeuden perustana.

Tahdonilmaisuperusteisen aineksen merkitys isyyden ja perintöoikeuden perustana on 2000-luvulla edelleen vahvistunut lainsäädännössämme. Rekisteröidyistä parisuhteista annettu laki (9.11.2001/950) mahdollisti perheen sisäisen adoption myös samaa sukupuolta oleville vanhemmille (RPL 9.2 §).¹⁰⁴ Hedelmöityshoitolain voimaantuloon liittyvä isyyslain muutos (22.12.2006/1238) jatkoi samaa kehitystä. IsyysL 3 a §:n mukaan hedelmöityshoidon tuloksena syntyvän lapsen isäksi vahvistetaan mies, joka *yhteisymmärryksessä äidin kanssa on antanut suostumuksensa hoitoon*. Hoitosuostumuksen antaneen miehen lisäksi myös sukusolujen luovuttaja voi antaa suostumuksensa siihen, että hänet vahvistetaan hoidon tuloksena syntyvän lapsen isäksi silloin, kun hoitoa annetaan naiselle, joka ei elä parisuhteessa.¹⁰⁵

¹⁰³ Lvk 1922 n:o 3, s. 13.

¹⁰⁴ Toisaalta parisuhdekumppanit tai avopuolisot eivät edelleenkään voi yhdessä adoptoida lasta (AdoptioL 9 §).

¹⁰⁵ Myös isyysolettaman suunniteltu laajentaminen olisi omalla tavallaan omiaan lisäämään tahdonilmaisuperusteiseen isyyteen nojautuvan perintöoikeuden alaa. Isyysolettamaa suun-

Myös oikeuskäytäntöön on ilmaantunut ratkaisuja, joissa isyys on kytetty tahdonilmaisuperusteiseen ainekseen. Näin tehtiin ennen hedelmöityshoitolaian ja siihen liittyvän isyyslain muutosten voimaantuloa annetussa tapauksessa KKO 1999:77.

Siinä nainen oli saanut miehen suostumuksella hedelmöityshoitoa, jossa oli käytetty vieraan miehen sukusoluja. Hoidon tuloksena syntyi kaksi lasta. Lapset nostivat kanteen, jossa he vaativat, että hoitona suostumuksen antaneen miehen isyys heihin nähden kumotaan. Korkein oikeus rinnasti hedelmöityshoidon tuloksena syntyvän lapsen ja hoitoon suostumuksen antaneen miehen suhteen adoptioon, jossa *tarkoitus* on vahvistaa lapsen ja vanhemman suhde lapseksi otettavan ja lapseksiottajan välillä. Koska Suomen lainsäädännössä on suhtauduttu kielteisesti adoption purkamiseen, samanlainen asenne on näin ollen perusteltu myös suhteessa keinoalkuiseen lapseen. Näillä perusteilla korkein oikeus katsoi, että aviomiehen isyyttä ei voida kumota, jos lapsi on syntynyt hedelmöityshoidosta ja aviomies on suostunut hoidon antamiseen.

Ratkaisu perustui siis paljolti osapuolten tarkoitukseen saada aikaan isyysuhde lapsen ja miehen välille. Korkein oikeus ei kuitenkaan antanut merkitystä sille, olivatko aviopuolisot sopineet erikseen myös siitä, että menetelmän avulla syntyvä lapsi saa aviolapsen aseman. Isyysuhteen syntyminen ei näin ollen vaatinut nimenomaista tahdonilmaisua. Se voitiin perustaa muuhun osapuolten tahtoa osoittavaan ainekseen. Merkitystä korkein oikeus ei antanut myöskään sille, oliko isän ja lasten välillä syntynyt sosiaalinen perhesuhde vai ei. Ratkaisu perustui myöhemmin IsyysL 3 a §:ssä omaksutulle ajattelulle, jonka mukaan lapsen isäksi vahvistetaan tällaisissa tapauksissa mies, joka on yhteisymmärryksessä äidin kanssa ryhtynyt hedelmöityshoitoon. Ratkaisussa korostettu osapuolitarkoitus kytkee päätöksen tahdonilmaisuperusteiseen ainekseen. Sama ajattelutapa ilmeni myös seuraavana vuonna annetusta ratkaisusta KKO 2000:85. Sen otsikkoteksti on seuraava:

Mies oli tunnustanut lapsen isyyden tietoisena siitä, että lapsi oli syntynyt sellaisen hedelmöityshoidon tuloksena, jossa oli käytetty ulkopuolisen luovuttajan siemennestettä. Miehellä ei ollut isyyslain 35 §:n 4 momentista ja 42 §:n 2 momentista ilmenevä oikeusohje huomioon ottaen oikeutta nostaa kannetta isyyden kumoamiseksi.

nitellaan laajennettavan siten, että se koskisi myös niitä tilanteita, joissa lapsi on siitetty ennen avioliittoa ja siittämisen jälkeen puolisot avioituvat, mutta lapsi syntyy vasta isän kuoleman jälkeen. Tämä mahdollistaa paremmin sen, että mies pystyy avioliittoa koskevalla tahdonilmaisullaan turvaamaan muun muassa syntymättömän lapsen aseman. Ks. OM:n julkaisu 56/2013, s. 64–65.

Tässä tapauksessa korkein oikeus katsoi, että biologista isyyttä vastaimattomat isyysuhteet voivat isyyslain mukaan saada suojaa. Suoja perustuu niihin kanneoikeutta rajoittaviin säännöksiin, joissa oikeus kanteen nostamiseen menetetään joko miehen passiivisuuden (IsyysL 42.1 §) tai nimenomaisen isyyttä koskevan tahdonilmaisun kautta (IsyysL 35.4 §). Jälkimmäinen säännös tosin koskee tilanteita, joissa mies on toisesta makaa- jasta tietoisena kirjallisesti selittänyt lapsen omakseen. Tästä sanamuodosta huolimatta korkein oikeus katsoi tämän säännöksen, sekä myös IsyysL 42.2 §:n, ilmentävän yleisemminkin periaatetta, jonka mukaan mies ei voi vaatia isyyden kumoamista, jos hän on *tunnustanut isyyden tietoisena sen puuttumisesta*. Näin IsyysL 35.4 §:ää voitiin analogisesti soveltaa myös keinohedelmöitystä koskeviin tilanteisiin.

Ei-biologisen lapsen osalta tahdonilmaisuaaines on saanut vähitellen yhä merkittävämmän aseman isyyden määräytymisessä. Itse asiassa tätä aineista voidaan nykyisin pitää merkittävämpänä kuin geneettistä isyyttä, kun arvioidaan lapsen juridista isää. Tämä käy ilmi ensinäkin adoptiota koskevasta lainsäädännöstä (22/2012). Lisäksi asia ilmenee IsyysL 3 a §:stä. Merkittävä on myös se yleinen lähtökohta, jonka mukaan isyys on voimaantultuaan samanarvoinen syntyperustastaan riippumatta. Kun lainsäädännössä liitetään isyyteen jokin oikeusvaikutus kuten perintöoikeus, se on lähtökohtaisesti sama siitä riippumatta, onko kyse todetusta eli isyysolettaman mukaan määräytyvästä, vahvistetusta, vai tuomioon perustuvasta isyydestä.¹⁰⁶ Myös keinohedelmöitetyn lapsen isyys voi perustua joko toteamiseen, vahvistamiseen tai tuomioon. Näin ollen on perusteltua arvioida samalla tavalla keinoalkuisen lapsen perintöoikeutta (ja oikeutta saada omaisuutta testamentin nojalla) koskevia kysymyksiä siitä riippumatta, onko kyse hoitosuostumuksen antaneen miehen omista sukusoluista vai vieraan miehen siemennesteestä alkunsa saaneesta lapsesta. Tätä tulkintaa perustelee myös se, että koko hedelmöityshoitoa koskevan sääntelyn keskeisenä tavoitteena on turvata hoidon avulla syntyvän lapsen etu.¹⁰⁷ Tämä tavoite ei toteudu, jos vieraista sukusoluista syntynyt lapsi jää perintöoikeudellisesti miehen omista sukusoluista syntynyttä lasta huonompaan asemaan. Myös edellä esitetty EIT:n käytäntö viittaa siihen, että lapsen alkuperä ei voi olla perusteena eri tavalla alkunsa saaneiden lasten erilaiselle kohtelulle. Tosin nimenomaan perimyoikeuden osalta EIT:n käytännöstä ei tältä osin voida löytää kovin selvää kannanottoa.

¹⁰⁶ *Gottberg* 2013, s. 170.

¹⁰⁷ HE 3/2006 vp, s. 15.

8.2 Tulkintasuositus lakimääräisen perimyksen osalta

Eri oikeuslähteistä löytyi perimyskelpoisuutta koskevan tutkimuskysymyksemme osalta jossain määrin eri suuntiin viittaavia argumentteja. Lopuksi on syytä käsitellä niitä kootusti ja arvioida, kuinka tähän tutkimustehtävään on perusteltua vastata. Tarkastelen ensin asiaa erikseen keinohedelmöityksen eri vaiheiden kannalta.

(i) Yksi mahdollisuus olisi katsoa, että keinoalkuisen lapsen perimisoikeus tulee kytkeä hänen *syntymäänsä*. PK 1:1:n sananmuoto näyttäisi antavan mahdollisuuden tähän tulkintaan. Saantokelpoisuuden edellytykseksi on PK 1:1:ssä asetettu, että lapsen pitää olla joko syntynyt tai siitetty ennen perittävän kuolemaa. Koska keinoalkuista lasta ei ole missään vaiheessa varsinaisesti siitetty, siittämisajankohta on mahdollista nähdä merkityksettömänä. Tällöin jäljelle jäisi PK 1:1:ssä mainittu toinen ajankohta eli lapsen syntymä.

Tällainen tulkinta on keinoalkuisen lapsen oikeuksien kannalta erittäin vaarallinen ja johtaa kaikista esillä olleista vaihtoehdoista helpoiten siihen, että eri tavoin alkunsa saaneita lapsia kohdellaan eri tavalla. Puheena oleva tulkinta pidentäisi kohtuuttomasti sitä aikaa, jolloin keinoalkuinen lapsi tulisi perimyskelpoiseksi ja kelpoiseksi saamaan omaisuutta testamentin nojalla. Näin keinoalkuinen lapsi voisi useissa tilanteissa jäädä kokonaan vaille perintö- tai testamenttisaantoa. Tämä vaihtoehto on syytä torjua jyrkästi, koska se on omiaan johtamaan keinoalkuisen lapsen perus- ja ihmisoikeuksien loukkaamiseen. Se ei olisi myöskään perintökaaren järjestelmäargumenttien valossa kestävä tulkinta.¹⁰⁸ Sanalle ”siitetty” on löydettävissä sellainen – ei-kirjaimellinen – tulkinta, joka edistää lapsen perusoikeuksien toteutumista ja eliminoi niiden kanssa ristiriidassa olevat tulkintavaihtoehdot.¹⁰⁹

(ii) Myös *raskauden alkua* voi pitää yhtenä vaihtoehtona perimisoikeuden syntyhetkeksi.¹¹⁰ Kriittisen ajankohdan sitominen keinohedelmöitysprosessin riittävän myöhäiseen vaiheeseen, kuten raskauden alkuun, olisi jossain määrin omiaan vähentämään niitä käytännön ongelmia, joita syntyy, kun perintö ennätetään jakaa ennen keinoalkuisen lapsen syntymää. Tällöin ongelmia vähentäisi nimenomaan se, että keinoalkuinen lapsi olisi kuolin-

¹⁰⁸ Ks. jakso 4 Perhe- ja perintöoikeudellisia järjestelmänäkökohtia.

¹⁰⁹ Ks. PeVM 25/1994 vp, s. 4, jossa perustuslakivaliokunta asettaa tuomioistuimille velvollisuuden perusoikeusmyönteiseen laintulkintaan.

¹¹⁰ Raskauden voi katsoa alkavan silloin, kun munasolu hedelmöittyy ja kiinnittyy kohtuun.

pesässä harvemmin edunsaajana. Toisaalta vastaavia ongelmia voi syntyä myös silloin, kun perintö ennätetään jakaa ennen perinteisellä tavalla alkunsa saaneen lapsen syntymää. Nämä ongelmat ovat ratkaistavissa edellä esitetyllä tavalla. Perinnönjako on siis näissä tilanteissa mahdollista katsoa mitättömäksi sen vuoksi, että laillisen jaon edellytykset ovat puuttuneet.¹¹¹ Samoja sääntöjä on mahdollista soveltaa myös, kun keinoalkuinen lapsi on syrjäytetty perittävän jäämistöstä. Näitä käytännön oikeuselämän ongelmien välttämiseen liittyviä näkökohtia ei näin ollen voi pitää painavina argumentteina, jotka puoltaisivat perimysoikeuden kytkemistä raskauden alkuun tai muuhun keinohedelmöitysprosessin myöhäiseen vaiheeseen.

Raskauden alku olisi muutenkin ongelmallinen valinta keinoalkuisen lapsen perimysoikeuden syntymisen kannalta. Ensinnäkin hedelmöittyneen munasolun kohtuun kiinnittymisen tarkan ajankohdan määrittäminen aiheuttaa ongelmia. Tätä ajankohtaa vastaan puhuvat myös edellisessä kohdassa (i) esitetyt seikat eli perus- ja ihmisoikeusnäkökohdat sekä perintökaaren järjestelmäargumentit. Lisäksi tällä ajankohdalla ei ole merkitystä myöskään silloin, kun kyse on perinteisellä tavalla alkunsa saaneista lapsista. Näin ollen olisi epäjohdonmukaista antaa sille relevanssia keinoalkuisten lasten perimyskelpoisuutta arvioitaessa.

(iii) Perintökaaren esitöissä lausuttu viittaa siihen, että kriittinen ajankohta perimysoikeuden synnyn osalta olisi *alkion siirto naisen kohtuun*. Lainvalmistelutöissä perintöoikeuden edellytykseksi on asetettu, että perillisen tulee olla ainakin sikiönä olemassa perittävän kuollessa.¹¹² Tämä vaatimus näyttäisi täyttyvän vasta, kun hedelmöitetty munasolu on siirretty naisen kohtuun. Sikiöllähän tarkoitetaan yleensä munasolusta kehittymässä olevaa uutta yksilöä, jonka useimmat elimet ovat jo kehittyneet, mutta joka ei vielä ole syntynyt.¹¹³ Perintökaarta valmisteltaessa sikiöllä ei kuitenkaan välttämättä tarkoitettu samaa kuin nykyisin. Lakitekstiin valittu termi ”siitetty” viittaa siihen, että sikiön katsottiin olevan olemassa heti siirtämisen jälkeen.¹¹⁴

Perintökaaren esitöistä ei näin ollen käy varmuudella ilmi edes se, mitä niissä tarkoitettiin sikiöllä. Lisäksi käsiteltävänä olevan oikeusongelman osalta lainvalmistelutöiden arvoa joka tapauksessa laskee niiden ikä sekä teknologinen kehitys, jota lainsäätäjät ei perintökaarta säädettäessä ole pystynyt

¹¹¹ Ks. jakso 5.1 Perinnönjaon toimittaminen ennen keinoalkuisen lapsen syntymää.

¹¹² Ehdotus 1935, s. 105. Myös oikeuskirjallisuudessa esitetty näyttäisi puoltavan kriittisen hetken sitomista tähän ajankohtaan. Ks. *Rautiala* 1967, s. 17, *Aarnio – Kangas* 2008, s. 485–486 sekä *Walén – Lind* 2008, s. 262.

¹¹³ Suomen kielen perussanakirja. Kolmas osa S–Ö, s. 80.

¹¹⁴ Ks. jakso 2.1 Perintökaari tulkinnan lähtökohtana.

ennakoimaan. Perintökaaren esitöiden merkitys on näiden seikkojen vuoksi tutkimuskysymyksemme kannalta hyvin vähäinen. Ainakaan niistä ei voi varmuudella päätellä, että ratkaiseva ajankohta olisi alkion siirto naisen kohtuun. Tämä ajankohta ei tuottaisi kaikissa tilanteissa tyydyttävää lopputulosta myöskään lapsen perus- ja ihmisoikeuksien kannalta, eikä se olisi myöskään perintökaaren perusratkaisujen mukainen valinta.¹¹⁵ Itse asiassa tutkimuskysymyksemme vastaamisen kannalta ei nykyisin vaikuta kovin hedelmälliseltä edes pohtia, mitä sikiöllä tarkoitettiin perintökaarta valmisteltaessa.

(iv) *Munasolujen hedelmöittyminen viljelymaljassa* olisi myös ongelmallinen vaihtoehto perimys oikeuden syntyajankohdaksi. Siinä tarkan hedelmöittymisajankohdan toteaminen tuottaa vaikeuksia. Lisäksi tämäkään ajankohta ei ole omiaan johtamaan toivottavaan lopputulokseen keinoalkuisen lapsen perus- ja ihmisoikeuksien kannalta, eikä tätäkään vaihtoehtoa voi pitää perintökaaren järjestelmän perusratkaisujen mukaisena.

(v) *Munasolujen hedelmöittäminen viljelymaljassa* on sikäli edellistä vaihtoehtoa parempi ratkaisu, että sen tapahtuma-ajankohta on yleensä jälkeempänä tarkasti määriteltävissä. Lisäksi hedelmöittäminen tapahtuu hieman ennen hedelmöitymistä, joten se ole aivan yhtä vaarallinen keinoalkuisen lapsen oikeuksien kannalta. Käytännössä tätä vaihtoehtoa rasittavat paljolti samat epäkohdat, kuin mitkä koskevat munasolujen hedelmöitymistä viljelymaljassa.

(vi) *Sukusolujen luovuttaminen lisääntymishoitoa tarjoavalle laboratoriolle* tarjoaa perustellun vaihtoehdon tutkimuskysymyksemme kannalta silloin, kun luovuttaja on sama henkilö kuin hedelmöityshoitoon suostumuksensa antanut mies. Tällöin luovuttajan käyttäytyminen osoittaa, että hän haluaa keinohedelmöitysprosessin etenevän lapsen syntymään. Samalla luovuttajan toiminta viittaa vahvasti siihen, että hän haluaa tulla keinoalkuisen lapsen juridiseksi isäsi. Hoitosuostumuksen antajallehan on tehty jo prosessin aikaisemmassa vaiheessa selväksi hänen ja keinoalkuisen lapsen oikeudellinen suhde. Tähän suhteeseen liittyy suostumuksen antajan isyys, mihin puolestaan kuuluu lapsen oikeus periä isänsä.

Jos luovuttaja ja hoitosuostumuksen antaja ovat eri henkilöitä, tilanne on toinen. Tällöin sukusolujen luovuttajan toiminnalla ja hoitosuostumuksen antajan tahdonsuunnalla ei ole mitään tekemistä keskenään. Luovuttajalle ei ole muutenkaan perusteltua antaa oikeutta tehdä ratkaisuja, jotka

¹¹⁵ Ks. jakso 4 Perhe- ja perintöoikeudellisia järjestelmänäkökohtia, jakso 6 Ihmisoikeusnäkökulma ja jakso 7 Perusoikeusnäkökulma.

vaikuttavat hoitosuostumuksenantajan ja keinoalkuisen lapsen väliseen oikeussuhteeseen. Luovuttajahan on tässä relaatioissa ulkopuolinen. Lisäksi kriittisen hetken kytkeminen sukusolujen luovuttamiseen lisääntymishoitoa antavalle laboratoriolle sisältää mahdollisuuden, että puheena olevissa tilanteissa loukataan syntyvän lapsen oikeuksia. Tällöin on mahdollista, että luovuttaminen tapahtuu hoitosuostumuksen antaneen miehen kuoleman jälkeen. Sukusolujen luovuttamishetki ratkaisevana ajankohtana on syytä hylätä ainakin silloin, kun luovuttaja on eri henkilö kuin suostumuksenantaja.

(vii) *Sukusolujen irrottaminen* on edellisessä kohdassa kerrotulla tavalla varteenotettava vaihtoehto perimys oikeuden syntyajankohdaksi silloin, kun siemensolut irrottava mies eli luovuttaja on sama henkilö kuin hoitosuostumuksenantaja. Myös sukusolujen irrottamien on toimintaa, joka tähtää keinoalkuisen lapsen syntymään ja isäksi tuloon. Lisäksi sukusolujen irrottaminen on ajatuksellisesti lähempänä lakitekstissä mainittua siittämistä kuin niiden luovuttaminen hoitoa antavalle laboratoriolle. Kuten kirjoituksen alussa todettiin, perinteisessä lisääntymisessä sukusolujen irtoaminen tapahtuu juuri siittämisessä. Näin ollen vaikuttaisi luonteeltaan kytkeä myös keinohedelmöityksessä tapahtuva ”siittäminen” sukusolujen irrottamiseen. Tälle seikalle ei kuitenkaan ole perusteltua antaa ratkaisevaa merkitystä. Ensinnäkään sanaa ”siittäminen” ei ole syytä ymmärtää PK 1:1:tä ja PK 9:2.1:tä tulkittaessa kirjaimellisesti. Tämä ajankohta ei myöskään aina johda tutkimuskysymyksemme kannalta perustelluimpaan lopputulokseen. Koska sukusolut ja alkiot on miehen pyynnöstä hävitettävä (HedelmHL 6 §), hoitosuostumuksen antanut mies voi vielä sukusolujen irrottamisen jälkeen peruuttaa suostumuksensa. Tämän vuoksi näissä tilanteissa on asianmukaisempaa antaa merkitystä miehen myöhemmille toimille, jotka osoittavat hänen haluaan tulla keinoalkuisen lapsen isäksi. Näin ollen tutkimuskysymyksemme kannalta kriittiseksi ajankohdaksi on perustellumpaa valita myöhäisempi isäksi tuleminen tahtoa osoittavan toiminnan hetki silloin, kun sellainen on olemassa. Eli jos luovuttaja on sama henkilö kuin hoitosuostumuksen antanut mies, sukusolujen luovuttaminen hedelmöityshoitoa antavalle laboratoriolle on perusteltu ajankohta silloin, kun sukusolujen irrottaja itse luovuttaa siemensolut eteenpäin hoitoa antavalle laboratoriolle. Jos taas sukusoluja luovuttanut mies on eri henkilö kuin hoitosuostumuksenantaja, irrottamisajankohtaa ei edellisessä kohdassa (vi) esitetyistä syistä voi pitää relevanttina.

(viii) *Luovuttajan suostumus sukusolujensa käyttöön* ei aiemmin kerrotuista syistä voi olla relevantti ajankohta perimys oikeuden synnyn kannalta.

Luovuttaja on ulkopuolinen henkilö hoitosuostumuksen antaneen miehen ja keinoalkuisen lapsen välisessä oikeussuhteessa. Näin ollen häntä ei ole perusteltua päästää vaikuttamaan tähän suhteeseen liittyviin juridisiin kysymyksiin.

(ix) *Hoitosuostumuksen antaminen* on aikaisin mahdollinen ajankohta, johon perimysoikeuden syntyminen on mahdollista kytkeä. Perimyskelpoisuuden liittäminen hoitosuostumukseen johtaa eittämättä siihen, että PK 1:1:n tulkinnassa irrottaudutaan kauas normin sanamuodon mukaisesta tulkinnasta. Suostumus ja siittäminen ovat kokonaan eri asioita.¹¹⁶ Toisaalta kuten edellä on todettu, sanalle ”siittäminen” ei ole perusteltua antaa kirjaimellista merkitystä.

Useat seikat puoltavat sitä, että keinoalkuisen lapsen perimyskelpoisuus olisi syytä kytkeä hoitosuostumuksen antamiseen. Antamalla hoitosuostumuksen mies on tehnyt oman osuutensa lapsen alullepanossa. Tätä ajankohtaa puoltaa myös se, että biologisen suhteen lisäksi isyyškysymyksiä arvioitaessa annetaan nykyisin muutenkin merkitystä osapuolten tahdonilmaisuille. Sukuasema saattaa olla seurausta ensinnäkin siitä, että avoliitossa oleva avomies on yhteisymmärryksessä puolisonsa kanssa päättänyt käyttää hedelmöittämiseen ulkopuolisen luovuttamia siittiöitä. Lisäksi myös luovuttaja voi antaa tahdonilmaisun, jonka perusteella hänet on mahdollista vahvistaa hoidon tuloksena syntyvän lapsen isäksi silloin, kun hedelmöityshoitoa annetaan naiselle, joka ei elä parisuhteessa (IsyysL 3a.1 §).¹¹⁷

Valtaosa edellä esitetyistä argumenteista viittaa kiistatta siihen, että perimysoikeus tulisi kiinnittää riittävän varhaiseen vaiheeseen keinohedelmöitysprosessia. Varhaisin vaihe on hoitosuostumuksen antaminen. Tämä olisi luonteva ratkaisu muun muassa perhe- ja perintöoikeuden järjestelmän koko sisältö huomioon ottaen. Tärkein argumentti on kuitenkin yhdenvertaisuus. Jos ratkaisevana pidetään aikaisempia ajankohtia, tietyissä tapauksissa voidaan joutua kestävämpään tilanteeseen perillisten ja testamentinsääjien yhdenvertaisuuden kannalta. Tämä on ongelma sekä perusoikeuskäytännön kannalta että Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön kannalta. Molemmat viittaavat siihen, että tämän kaltainen eräänlainen syntyperään perustuva erilainen kohtelu ei ole hyväksyttävää.

¹¹⁶ Lisäksi varsinainen keinohedelmöitysprosessi ei ala vielä suostumuksen avulla.

¹¹⁷ Myös adoptioissa tahdonilmaisut saavat merkitystä vanhemmuussuhdetta luotaessa. Adoptiolain (20.1.2012/22) mukaan adoptiota ei voida yleensä vahvistaa ilman adoptoitavan suostumusta, jos hän on täyttänyt 12 vuotta (AdoptioL 10 §). Lisäksi alaikäisen adoptioon tarvitaan normaalitapauksessa myös lapsen vanhempien suostumus (AdoptioL 11 §). Vanhemmiksi tulevien henkilöiden osalta tahdonilmaisu tulevaan vanhemmuuteen annetaan tavallisesti adoptiolupaa haettaessa (AdoptioL 6 luvun säännökset).

Kun hoitosuostumuksen antaja on sama henkilö kuin sukusolujen luovuttaja, suostumus ei tulkintavaihtoehtona suojaa keinoalkuista lasta yhtään sen paremmin kuin kriittisen hetken kytkeminen sukusolujen irrottamiseen. Sama koskee sukusolujen toimittamista hoitoa antavaan laboratorioon silloin, kun ne toimittaa sinne sukusolut irrottanut hoitosuostumuksen antanut mies. Sukusolujen luovuttajan on joka tapauksessa oltava elossa irrottaessaan sukusolut tai luovuttaessaan ne eteenpäin. Jos sukusolujen luovuttaja ja hoitosuostumuksenantaja ovat eri henkilöitä, perimyskelpoisuuden synty on perustelluinta kytkeä hoitosuostumuksen antamisen.

Vastaus varsinaiseen tutkimustehtävään on siis seuraava: jos hoitosuostumuksen antaja on sama henkilö kuin sukusolujen luovuttaja, perimyskelpoisuus on syytä kytkeä sukusolujen irrottamiseen tai niiden toimittamiseen hoitoa antavaan laboratorioon silloin, kun sukusolut irrottanut henkilö toimittaa ne sinne. Jälkimmäinen ajankohta on perustelluin vaihtoehto, koska se on osoitus miehen viimeisimmästä isäksi tulon tahtoa osoittavasta toimesta. Jos luovuttaja on eri henkilö, perimyskelpoisuus on parempi kytkeä hoitosuostumuksen antamiseen. Poikkeuksena tähän ovat tilanteet, joissa oikeus perintöön on jo lopullisesti vanhentunut (PK 16:1) tai hoitosuostumuksen antaja on riittävän ajoissa peruuttanut suostumuksensa hoitoon.¹¹⁸

8.3 Tulkintasuositus testamenttiperimyksen osalta

Lopuksi tarkastellaan sitä, voidaanko edellisessä jaksossa kuvattuja lakimääräistä perimyskelpoisuutta koskevia kriteereitä pitää valideina myös testamenttiperimyksessä. Kuten aiemmin on todettu, lakimääräisen ja testamenttiperimyksen edellytykset on PK 1:1:ssä ja PK 9:2.1:ssä asetettu samoiksi. Tästä huolimatta lakimääräinen perimys ja testamenttiperimys poikkeavat

¹¹⁸ Peruuttamalla suostumuksensa mies voi estää sen, että hänet vahvistetaan lapsen isäksi. Mies voi peruuttaa suostumuksen kaikissa olosuhteissa. Hedelmöityshoitolaissa ei ole suoraan säännelty, milloin hoitosuostumus voidaan viimeistään perua. Luovuttajan osalta sanotussa laissa määrätään, että luovutussuostumusta koskevalla peruuttamisella ei ole enää vaikutusta siltä osin, kun luovuttajan sukusoluja on jo käytetty hedelmöityshoitoon ennen kuin hoitoa tarjoava palveluntuottaja on saanut tiedon peruutuksesta (HedelmHL 16.2 §). Hedelmöityshoitona pidetään HedelmHL 1 §:n mukaan sukusolun tai alkion viemistä naiseen raskauden aikaansaamiseksi. Tämä ajankohta näyttäisi olevan sanotun lain logiikan mukaan viimeinen ajankohta myös miehen antaman hoitosuostumuksen peruuttamiselle. Tätä ennen eivät myöskään peruuttamisen haitat ole kasvaneet naisen kannalta vielä kohtuuttoman suuriksi. Sukusolun tai alkion vieminen naiseen muuttaa tilannetta olennaisesti. Sen jälkeen alkion taikka sikiön hävittäminen miehen pyynnöstä on naisen kannalta kohtuutonta ja moraalisesti arveluttavaa. Ks. myös edellä av. 39, jossa on esitetty tätä problematiikkaa käsittelevä tapaus *EIT Evans v Yhdistynyt Kuningaskunta* (10.4.2007).

toisistaan, ja ne kuuluvat perintökaaren sisällä erilaisiin järjestelmiin. Lisäksi niillä molemmilla suojataan jossain määrin erilaisia intressejä. Testamenttioikeudessa pyritään suojaamaan erityisesti testamentintekijän tahtoa (PK 11:1). Lakimääräinen perimys perustuu lakiin ja siinä suojan kohteena on lähinnä perillistaho. Lakitekstissä ilmaistuista samanlaisista kriteereistään huolimatta lakimääräistä perimystä ja testamenttiperimystä tulee tulkita niiden omiin järjestelmiin liittyvistä näkökohdista käsin. Testamenttisaannon perustahan on perittävän tahdonilmaisussa. Sen sijaan perintöoikeus perustuu perittävän ja perinnönsaajan väliseen suhteeseen. Tämän vuoksi on syytä tarkastella myös sitä, onko näitä saantomuotoja mahdollisesti syytä tulkita tutkimuskysymyksemme osalta joltain osin eri tavalla.

Testamenttisaantoa koskevan PK 9:2.1:n säätämisen taustalla oli tarve rajoittaa sitä, miten pitkälle meneviä määräyksiä on mahdollista antaa vastedes syntyvien lasten hyväksi. Tarkoituksena oli lähinnä rajoittaa niin sanottujen fideikomissaaristen jälkisäädösten tekemistä, joiden avulla perittävä saattoi määrätä omaisuutensa säilymään sukupolvesta toiseen saman suvun hallussa. Tällainen testamenttityyppi johtaa kansantalouden kannalta epätydyttävään tilanteeseen, koska omaisuutta jää tällöin vaihdannan ulkopuolelle. Tämän vuoksi fideikomissaarinen testamentti on kielletty nykyisessä perintökaaressa. Kansantalouden kannalta on edelleen relevantti seikka, että merkittäviä omaisuuseriä ei jää vaihdannan ulkopuolelle. Keinoalkuisen lapsen oikeus saada omaisuutta testamentin nojalla ei kuitenkaan muodosta tälle uhkaa. Kun otetaan huomioon, että perittävällä on joka tapauksessa mahdollisuus siirtää omaisuutta vastedes syntyvien lastenlasten hyväksi (PK 9:2.2), PK 9:2.1:n säätämisen alkupe-
räinen tarkoitus ei muodostu esteeksi sille, etteikö sanottua normia voisi tulkita yhdenmukaisesti PK 1:1:n kanssa.

Perusoikeusnäkökulmasta PK 1:1:n tarkoittama perimys ja PK 9:2.1:n mukainen testamenttisaanto poikkeavat toisistaan. Perimyksessä on tutkimustehtävämme osalta kysymys muiden perillisten ja keinoalkuisen lapsen yhdenvertaisuudesta. Vastaavassa asemassa olevia henkilöitä on kohdeltava samalla tavalla. Testamenttisaannossa kyse on enemmänkin perittävän testamenttausvapaudesta, joka taas kytkeytyy perusoikeuksiin kuuluvaan omistusoikeuteen. Testamenttausvapautta voidaan pitää omistusoikeuteen liittyvänä periaatteena.¹¹⁹ Siihen puuttuminen on mahdollista nähdä omistusoikeuteen puuttumiseksi. Suojan kohteena on nyt erityisesti testamentintekijä. Testamenttioikeudessa keskeiseen asemaan on asetettu testaattorin tahto ja jälkisäädöstä tulee tulkita nimenomaan testamentintekijän tahdon mukaisesti (PK 11:1). Näillä perimyksen ja testamentin

¹¹⁹ Näin *Kulla* 1976, s. 104–110.

eroilla ei kuitenkaan voi katsoa olevan PK 1:1:n ja PK 9:2.1:n säännösten tulkinnan kannalta mitään relevanttia eroa myöskään perusoikeusnäkökulmasta tarkasteltuna. Myös testamentintekijän suojaaminen edellyttää sitä, että oikeus saada omaisuutta testamentin nojalla kytketään riittävän aikaiseen vaiheeseen keinoalkuisen lapsen alkuunsaamisprosessia. Näin voidaan parhaiten turvata testamentintekijän tahdon toteutuminen.

Myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen normit sääntelevät perimystä ja testamenttisaantoa hieman toisistaan poikkeavasti. Samoin Euroopan ihmisoikeustuomioistuin näyttäisi suhtautuvan molempiin saantotapoihin jossain määrin eri tavalla. Sinänsä perhe-elämän suojaa koskeva EIS 8 artikla ja EIS 14 artiklan tarkoittama syrjinnän kieltö saattavat molemmat soveltua sekä perimystä että testamenttisaantoa koskevien tapausten käsitteelyyn. Esimerkiksi tapauksessa *Marckx v Belgia* (13.6.1979) Belgian kansallinen lainsäädäntö rikkoi molempia edellä mainittuja normeja sekä perimyksen että testamenttisaannon osalta. Perimyksen osalta tähän päädyttiin, koska avioliiton ulkopuolella syntyneellä lapsella ei ollut samantasaista asemaa kuin avioliitossa oli. Tämän vuoksi Belgian lainsäädäntö rikkoi EIS 14 artiklaa, sovellettuna yhdessä EIS 8 artiklan kanssa. Belgian lainsäädännöstä seurasi myös sellaisia testamenttia koskevia luovutuskelpoisuuden rajoituksia, jotka koskivat ainoastaan naimatonta äitiä. Nämä kansallisen lainsäädännön määräykset rikkoivat EIS 14 artiklaa sovellettuna yhdessä EIS 1 lisäpöytäkirjan 1 artiklan kanssa. Viimeksi mainittu normi koskee omaisuudensuojaa ja se tarjoaa jokaiselle oikeuden nauttia rauhassa omaisuudestaan. Testamentin osalta Belgian lainsäädäntö rikkoi EIS 8 artiklaa, koska testamenttiusvallan kannalta avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen äiti saattoi joutua tilanteeseen, jossa hänen oli edullisinta olla tunnustamatta lastaan.¹²⁰

Tapauksessa *Pla ja Puncernau v Andorra* (13.7.2004) EIT puolestaan katsoi, että testamenttia ei voida tulkita yksinomaan jälkisäädöksen tekemisajankohdan tai sen tekijän kuolinhetken olojen valossa. Tulkinnessa on otettava huomioon myös ajan mukanaan tuomat uudet realiteetit sekä se, että Euroopan neuvoston jäsenvaltioissa korostetaan nykyisin lasten yhdenvertaisuutta eikä lapsia saa asettaa eri asemaan sen perusteella, ovatko he syntyneet avioliitossa vai sen ulkopuolella.¹²¹

Muun muassa nämä tapaukset osoittavat, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ei salli ihmisen alkuperän perusteella tapahtuvaa erilaista kohtelua sen enempää perintö- kuin testamenttisaantojen osalta. Tässä

¹²⁰ Ks. tarkemmin jakso 6 Ihmisoikeusnäkökulma.

¹²¹ Ks. jakso 6 Ihmisoikeusnäkökulma, jossa käsitellään tarkemmin mm. tapauksia *Marckx v Belgia* (13.6.1979) ja *Pla ja Puncernau v Andorra* (13.7.2004).

kirjoituksessa on aiemmin päädytty siihen, että perimykseksi tulee kytkeä riittävän aikaiseen vaiheeseen keinoalkuisen lapsen alkuunsaamisprosessia. Tällöin voidaan turvata se, että näin alkunsa saaneella lapsella on samanlainen asema kuin muillakin lapsilla. Sama koskee myös kelpoisuutta saada omaisuutta testamentin nojalla. Myöskään eurooppaoikeudellinen oikeuslähdeaineisto ei siis viittaa siihen, että tutkimuskysymystämme tulisi tulkita eri tavalla lakimääräisessä ja testamenttiperimyksessä.

Tässä tutkimuksessa ei näin ollen tullut esille mitään, jonka perusteella lakimääräistä perimystä koskevaa PK 1:1:tä ja oikeutta saada omaisuutta testamentin nojalla käsittelevää PK 9:2.1:tä tulisi tulkita eri tavalla. Koska näissä molemmissa normeissa kriteerit omaisuuden saantokelpoisuudelle ovat samat, niitä on myös tutkimuskysymyksemme osalta perusteltua tulkita samalla tavalla.

LÄHTEET

- Aarnio, Aulis*: Johdanto. Teoksessa *Lapsioikeuden pääpiirteet*. Juridica. Helsinki 1984.
- Aarnio, Aulis*: Perillisen oikeusasemasta. WSOY. Helsinki 1967.
- Aarnio, Aulis*: Tulkinnan taito. WSOY. Helsinki 2006.
- Aarnio, Aulis – Kangas, Urpo*: Suomen jäämistöoikeus II. 4. uudistettu laitos. Talentum. Helsinki 2008.
- Aarnio, Aulis – Kangas, Urpo*: Suomen jäämistöoikeus I. 5. uudistettu laitos. Talentum. Helsinki 2009.
- Agell, Anders*: Testamentsrätt. Iustus Förlag. Uppsala 1996.
- Agell, Anders*: Verkan av arvskifte när faderskapspresumption senare blivit hävd. Ett av många tänkbara fall då deltagarkretsen vid arvskifte inte överensstämmer med senare klarlagda förhållanden. Juridiska Tidskrift vid Stockholms Universitet. JT 1997–1998, s. 1132 ss.
- Brattström, Margareta – Singer, Anna*: Rätt arv. Fördelning av kvarlåtenskap. 2. upplagan. Iustus Förlag. Uppsala 2007.
- Ehdotus 1935. Ehdotus perintö- ja testamenttilainsäädännön uudistamiseksi perusteluineen. Lainvalmistelukunnan julkaisuja 1935.
- Gottberg, Eeva*: Perhesuhteet ja lainsäädäntö. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Yksityisoikeuden sarja 133. 7. ajantasaistettu painos. Turku 2013.
- Gottberg, Eeva*: Ottolapsiperimyksistä Pohjoismaissa ja kotimaassa. DL 2006, s. 786 ss.
- Hallberg, Pekka*: Perusoikeudet tuomioistuimissa. Teoksessa Pekka Hallberg et al.: Perusoikeudet. 2. uudistettu painos. WSOYpro. Helsinki 2011.
- Halila, Jouko*: Todistustaakan jaosta silmälläpitäen erityisesti varallisuus oikeudellisia oikeussuhteita. WSOY. Porvoo 1955.
- HE 3/2006 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi hedelmöityshoidoista ja isyyslain muuttamisesta.

- Helin, Markku*: Perusoikeuksilla argumentoinnista. Teoksessa Varallisuus, vakuudet ja velkojat. Juhlakirja Jarmo Tuomistolle. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Turku 2012.
- Jyränki, Antero*: Uusi perustuslakimme. Iura nova. Turku 2000.
- Kangas, Urpo*: Osituksen ja perinnönjaon perääntyminen muusta syystä kuin perittävän tai pesän velkojen maksamista varten. DL 2013, s. 291 ss.
- Karapuu, Heikki*: Perusoikeuksien käsite ja luokittelu. Teoksessa Pekka Hallberg et al.: Perusoikeudet. 2. uudistettu painos. WSOYpro. Helsinki 2011.
- Kulla, Heikki*: Sopimusvapauden perustuslainsuojasta. Oikeus 1976, s. 104 ss.
- Lappalainen, Juha*: Siviiliprosessioikeus II. Lakimiesliiton kustannus. Jyväskylä 2001.
- Lohi, Tapani*: Oikeustapauskommentti KKO 2011:56. Teoksessa Korkeimman oikeuden ratkaisut kommentein II, s. 42 ss. Talentum. Helsinki 2011.
- Lvk 1922 n:o 3. Lainvalmistelukunnan julkaisuja 3/1922. Ehdotus laista lapseksiottamisesta ynnä perustelut. Helsinki 1922.
- Lämsineva, Pekka*: Omaisuudensuoja (PL 15 §). Teoksessa Pekka Hallberg et al.: Perusoikeudet. 2. uudistettu painos. WSOYpro. Helsinki 2011.
- Lødrup, Peter*: Arverett. 5. utgave. Gyldendal. Oslo 2008.
- Nieminen, Liisa*: Perus- ja ihmisoikeudet ja perhe. Talentum. Helsinki 2013.
- Oikeusministeriön julkaisu 56/2013*. Isyyslain uudistaminen.
- Ojanen, Tuomas*: Perusoikeudet ja ihmisoikeudet Suomessa. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta. Helsinki 2003.
- Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin*: Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltö. Teoksessa Pekka Hallberg et al.: Perusoikeudet. 2. uudistettu painos. WSOYpro. Helsinki 2011.
- Oksala, Anu*: Ottolapsen oikeusasema. Oikeustiede–Jurisprudentia XIV:1981, s. 165 ss.
- Paasto, Päivi*: Onko vapaus menettänyt merkityksensä varallisuus oikeuden perusteena? Oikeus 2001 s. 340 ss.
- Paasto, Päivi*: Analyyttinen vai perusoikeusrakenteinen varallisuus oikeus? Teoksessa Oikeus, sopimus ja vaihdanta. Juhlakirja Leena Kartiolle. Turun yliopisto. Turku 2004.
- PeVM 25/1994 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 25 hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- Rautiala, Martti*: Perintö ja testamentti uuden perintökaaren mukaan. Suomen Lakimiesliiton kirjasarja. Helsinki 1967.
- Rautiala, Martti*: Isyyslaki. Suomen Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1978.
- Salminen, Sakari – Burrel, Riitta – Lehtonen, Lasse*: Hedelmöityshoidot, lisääntymisvapaus ja lapsen etu. Oikeustiede–Jurisprudentia XL:2007, s. 303 ss.
- Siltala, Raimo*: Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys. Helsinki 2003.
- Sosiaali- ja terveysalan tilastollinen vuosikirja 2012*.
- SOU 1925:43. Lagberedningens förslag till revision av ärvdabalken II. Förslag till lag om arv. Stakes. Tilastotiedote 7/2007.
- Suomen kielen perussanakirja. Kolmas osa S–Ö. Kotimaisten kielten tutkimuskeskuksen julkaisuja. Helsinki 2004.
- Tirkkonen, Tauno*: Suomen siviiliprosessioikeus II. Suomalainen Lakimiesyhdistys. Helsinki 1977.

- Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeuksien soveltamisala. Teoksessa Pekka Hallberg et al.: Perusoikeudet. 2. uudistettu painos. WSOYpro. Helsinki 2011.
- Walín, Gösta – Lind, Göran*: Kommentar till Ärvdabalken, Del I (1–17 kap.). Arv och testamente. 6. reviderade upplagan. Vällingby 2008.
- Wrede, R. A.*: Perintökaaren selityksiä. Toimittanut Lars Wasastjerna. Luennoitsijan ja toimittajan antamalla luvalla suomentanut A. K. Ahlfors. 3. lisätty painos. Toimittanut Ilmari Melander. Porvoo 1946.

LYHENTEET

AdoptioL	adoptiolaki (22/2012)
AL	avioliittolaki (234/1929)
DL	Defensor Legis
FB	föraldrarbalken (381/1949)
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
HE	hallituksen esitys
HedelmHL	hedelmöityshoitolaki (1237/2006)
IsyysL	isyyslaki (700/1975)
IVL	laki isyyslain voimaanpanosta (701/1975)
JT	Juridisk Tidskrift
KKO	korkein oikeus
Lvk	lainvalmistelukunnan julkaisuja
NJA	Nytt Juridisk Arkiv
OM	oikeusministeriö
OTJP	Oikeustiede–Jurisprudentia-vuosikirja
OttoL	laki ottolapsista (208/1925)
PeL	Suomen perustuslaki (731/1999)
PeVM	perustuslakivaliokunnan mietintö
PK	perintökaari (40/1965)
RPL	laki rekisteröidystä parisuhteesta (950/2001)
SOU	Statens offentliga utredningar
ÄB	ärvdabalken (637/1958)

OIKEUSTAPAUKSET

Korkein oikeus

KKO 1981 II 21.

KKO 1999:77.

KKO 2000:85.

KKO 2011:56.

KKO 2012:11.

KKO 2014:13.

KKO 2014:14.

HD, Ruotsi

NJA 1997, s. 645.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Marckx v Belgia (13.6.1979).

Vermeire v Belgia (29.11.1991).

Camp ja Bourimi v Alankomaat (3.10.2000).

Haas v Alankomaat (13.1.2004)

Pla ja Puncernau v Andorra (13.7.2004).

Evans v Yhdistynyt Kuningaskunta (10.4.2007).

Moretti ja Benedetti v Italia (27.4.2010).

Fabris v Ranska (7.2.2013).

BORN OR CONCEIVED

On the inheritance right of an artificially inseminated child

Code of Inheritance (PK) begins as follows: “Only that who is alive at the moment of death is able to inherit; however, let a child conceived before the moment inherit if the child thereafter is born alive” (PK 1:1). The Code of Inheritance later expresses a main rule about gain from a will, according to which a will cannot be effectively made to benefit a person who is not alive at the moment of death of the maker of the will or who has not been conceived before this moment. In this case, too, a child conceived before the death of the maker of the will must be born alive in order for the will to be effective (PK 9:2.1). Both norms mentioned above have been written at a time when modern infertility treatment was not known.

Currently it is possible for a woman to be made pregnant with the semen of the man who has consented to artificial insemination or that of another man only after the death of the consent-giver. It seems to follow from PK 1:1 and 9:2.1 that a child initiated this way cannot inherit the man who has given consent or gain property from him based on a will if the man in question would die before the birth of the child. This is because no actual conception takes place at an artificially initiated reproduction. In the light of the Code of Inheritance text, this seems to be the situation even if the man who has given consent to infertility treatment and has later died would be the donor of the gametes and thus the biological father of the child to be born.

This article seeks to find an answer to the question on how to interpret PK 1:1 and PK 9:2.1 when the man who has given consent to treatment dies during the artificial insemination process. The preparations for the Code of Inheritance as well as pieces of legal literature indicate that the child should exist at least as a foetus at the moment of death of the person whom the child is to inherit in order to be able to gain property based on a will. Based on the material mentioned above, the same would seem to apply to the rights of succession.

Regarding PK 1:1 however, this article concludes the following: If the person who has given consent to treatment is the same who has donated the gametes, there is reason to connect eligibility to succession with the removal of the gametes or the delivery of the gametes to the treatment laboratory when the person removing the gametes is delivering them to the laboratory. The latter point in time is the most reasonable alternative because it is an indication of the latest act of the man to indicate his will to become a father. If the donor is another person, it is better to connect

eligibility to succession with giving consent to treatment. Exceptions to this include situations where inheritance right has ultimately expired (PK 16:1) or the consent-giver has cancelled his consent to treatment early enough. In this article this conclusion is mainly proved by the requirement to treat all heirs equally and by the consent-giving man's express purpose to become the father of the child to be born as a result of artificial insemination.

This study did not bring forth anything based on which PK 1:1, concerning legal succession, or PK 9:2:1, concerning the right to gain property based on a will, should be interpreted in a different way. Because both of these norms hold the same criteria for eligibility to gain property, it is also reasonable to interpret them in the same way with regard to our research question.

Juhana Riekkinen

**TODISTEIDEN
HYÖDYNTÄMISKIELLOT
RIKOSPROSESSISSA**
Teoreettinen perusta
ja oikeustila Suomessa

Sisällys

1	JOHDANTO	123
2	MITÄ HYÖDYNTÄMISKIELLOT OVAT?.....	124
2.1	Vapaa todistusteoria ja todistamiskiellot	124
2.2	Hyödyntämiskiellon käsite	127
2.2.1	Suhde todistamiskieltoihin ja määritelmiä.....	127
2.2.2	Todistelu ketjuna ja oikeudenkäyntiaineisto.....	128
2.2.3	Etäisvaikutus ja ennakoivat hyödyntämiskiellot.....	132
2.3	Hyödyntämiskieltojen luokittelu	134
2.4	Hyödyntämiskieltojen funktiot ja asema rikosprosessissa	135
2.4.1	Rikosprosessin yleiset tavoitteet ja tehtävät	135
2.4.2	Todistamiskieltojen merkitys rikosprosessissa	137
2.4.3	Hyödyntämiskieltojen funktiot ja perusteet.....	139
3	OIKEUSTILA SUOMESSA YLEISESTI	143
3.1	Lainsäädäntö	143
3.2	Oikeustiede	145
3.3	Oikeuskäytäntö.....	149
3.3.1	Korkeimman oikeuden ennakkopäätökset	149
3.3.2	Hovioikeusratkaisuja	167
3.4	Yhteenveto nykyisestä oikeustilasta.....	169
4	ERITYISKYSYMYKSIÄ	171
4.1	Etäisvaikutus	171
4.2	Hyödyntämiskiellon asettaminen viran puolesta	177
4.3	Yksityisten henkilöiden hankkimat todisteet.....	179
5	OIKEUDENKÄYMISKAAREN 17 LUVUN UUDISTUS	181
5.1	Todistelutoimikunnan mietintö.....	181
5.2	Hallituksen esitys	187
6	LOPPUSANAT	189
	LÄHTEET	192
	LYHENTEET	197
	OIKEUSTAPAUKSET	198
	EXCLUSIONARY RULES IN CRIMINAL PROCEDURE. THEORETICAL FOUNDATIONS AND THE LEGAL SITUATION IN FINLAND	201

Todisteiden hyödyntämiskiellot rikosprosessissa

Teoreettinen perusta ja oikeustila Suomessa

1 JOHDANTO

Hyödyntämiskielto on rikosprosessioikeuden klassikkokysymys. Sekä Euroopassa että Yhdysvalloissa aiheesta on keskusteltu ja kiistelty jo yli vuosisadan ajan. Suomessa hyödyntämiskiellot ovat kuitenkin nousseet mielenkiinnon kohteeksi varsin myöhään, mutta viime vuosina niin tuomioistuimet kuin lainvalmistelijatkin ovat kuitenkin joutuneet enenevässä määrin ahkeroimaan aiheen parissa. Myös kotimainen oikeustiede näyttää pikku hiljaa olevan heräämässä hyödyntämiskiellojen problematiikkaan.

Todisteen hyödyntämiskielto, kuten termi jo antaa ymmärtää, tarkoittaa rikosprosessissa jonkinlaista oikeudellista kieltonormia, joka kieltää todisteen käyttämisen hyväksi jossakin prosessin vaiheessa. Yleensä tämä käsite liitetään todisteisiin, jotka on hankittu lain- tai oikeudenvastaisesti tai muulla syytetyn oikeuksia loukkaavalla tavalla, tai joiden hyödyntäminen itsessään loukkaisi syytetyn perus- tai ihmisoikeuksia.

Tässä kirjoituksessa selvitän ensin hyödyntämiskieltoihin liittyvää käsitejärjestelmää ja hyödyntämiskielloiksi kutsuttujen normien luonnetta, vaikutusta sekä suhdetta rikosprosessin järjestelmään. Tämän teoreettispuolteen osion jälkeen siirryn tarkastelemaan kotimaista oikeustilaa praktisen lainopin kannalta *de lege lata*. Tarkastelu kohdistuu pääasiassa kotimaiseen oikeuskäytäntöön, koska aihetta koskeva kotimainen oikeuskirjallisuus on vielä niukkaa eikä laissa ole tähän mennessä säädetty nimenomaisista hyödyntämiskielloista. Yleisen oikeustilan selvittämisen jälkeen käsittelen eräitä hyödyntämiskieltoihin liittyviä erityiskysymyksiä, joista tärkein on laittomasti hankitun todisteen etäisvaikutus, toisin sanoen kysymys hyödyntämiskiellon asiallisesta ulottuvuudesta laittoman toiminnan avulla välillisesti hankittuihin todisteisiin. Lopuksi arvioin käynnissä olevaa oikeudenkäymiskaaren todistelua koskevan 17 luvun uudistushanketta, jossa kyseiseen lukuun otettaisiin nimenomainen yleissäännös todisteiden hyödyntämiskielloista.¹

¹ Artikkelin perustuu Lapin yliopistossa tammikuussa 2014 hyväksytyyn maisteritutkimukseen.

2 MITÄ HYÖDYNTÄMISKIELLOT OVAT?

2.1 Vapaa todistusteoria ja todistamiskiellot

Suomen prosessioikeudessa lähtökohtana on vapaa todistusteoria, joka koostuu vapaasta todistelusta ja vapaasta todistusharkinnasta.² Lainsäädännössä tätä koskeva perussäännös on OK 17:2.1, jonka mukaan oikeuden tulee, harkittuaan huolellisesti kaikkia esiintulleita seikkoja, päättää, mitä asiassa on pidettävä totena. Tuomioistuinta eivät täten sido näytön arvioinnissa mitkään harkintavaltaa sääntelevät määräykset. Vapaasta todistusteoriasta – erityisesti vapaasta todistelusta – on kuitenkin tehty poikkeuksia, minkä OK 17:2.2 nimenomaisesti mahdollistaakin.³ Tällaisia poikkeuksia ovat sekä todistamiskiellot suppeassa merkityksessä että todisteiden hyödyntämiskiellot. Näillä käsitteillä on selkeä yhteinen rajapinta, minkä vuoksi niitä käsitellään usein samassa yhteydessä.

Todistamiskiello-käsite on oikeustieteen luomus, jolle ei ole lainsäädännöllistä määritelmää. Sanana todistamiskiello esiintyy lakitekstissä vain tuoreessa turvallisuustutkintalaissa (525/2011). Termi ymmärretään kuitenkin vakiintuneesti kollektiiviseksi yläotsikoksi useille varsin erilaisille säännöksille. Kaikkein laajimmassa mielessä todistamiskiello voi tarkoittaa jokaista poikkeamaa vapaan todistelun periaatteesta. Suppeammin todistamiskiellot ovat oikeudellisia kieltonormeja, joilla lainsäätäjä on itse rajoittanut vapaan todistelun alaa. Tällöin voidaan puhua pelkästään todisteiden hankkimiseen ja oikeudenkäynnissä esittämiseen kohdistuvista kieltonormeista, mutta mahdollisesti hieman laajemmin myös niihin liittyvistä hyödyntämiskielloista.⁴ Todistamiskiellot voidaan myös sijoittaa todistamissääntöjen yläkäsitteen alle, jolloin niiden kanssa rinnasteisen

ni *Todisteiden hyödyntämiskiellot rikosprosessissa Suomessa, Saksassa ja Yhdysvalloissa*. Tässä artikkelissa käytän ulkomaista oikeutta tarpeen mukaan laajentamaan näkökulmaa, kun pelkästään kotimaisen aineiston tarkastelu ei riitä. Tavoitteenani ei ole antaa kokonaiskuvaa todistamis- ja hyödyntämiskielloista saksalaisessa, yhdysvaltalaisessa tai muussakaan ulkomaaisessa oikeudessa.

² Ks. esimerkiksi *Jonkka* 1993 s. 28–29, *Virolainen* 1998 s. 423, *Helminen ym.* 2012 s. 507 ja *Lappalainen/Prosessioikeus* 2012 s. 595.

³ Tästä huolimatta kansainvälisessä katsannossa Suomessa todistelun vapautta on korostettu normaalia enemmän, ks. *Välilmaa* 1999 s. 94.

⁴ *Hormia* 1978 s. 13–15, *Pölonen* 2003 s. 182. Esimerkiksi *Jonkka* 1992 ja *Virolainen* 1998 puhuvat todistuskieilloista. Ilmaus on synonyyminen todistamiskiello-termin kanssa. Erilaisista mahdollisista todistamiskiellon (*bevisforbud*) käsitteistä ks. myös *Torgersen* 2009 s. 3–5. Norjalainen Torgersen päätyy omassa teoksessaan käyttämään *bevisforbud*-käsitettä siten, että se sisältää hyödyntämiskiellon (*bevisvurderingsforbud* tai *vektleggingsforbud*), mutta ei välttämättä esittämiskielloa (*føringsforbud*). Todisteiden hankkimiseen liittyvät lainvastaisuudet hän näkee *bevisforbud*-kieltonormien perusteina.

ryhmän muodostavat todistusoikeudelliset muoto- eli järjestysmääräykset, joiden tehtävänä on ohjata todistusmenettelyn ulkoista kulkua.⁵

Suomalaisessa oikeustieteessä todistamiskiellot – suppeassa merkityksessä, toisin sanoen todisteiden esittämis- ja hankkimiskiellot – jaotellaan yleensä kolmeen ryhmään: 1) todistusteemakiellot, 2) todistuskeinokiellot ja 3) todistusmetodikiellot.⁶

Todistusteemakiellot estävät tiettyä todistusteemaa koskevan todistelun kokonaan. Esimerkkinä todistusteemasäännöksestä mainittakoon valtiosalaisuutta koskeva OK 17:23.1:n 2 kohta. Se ja muut todistusteemakiellot määräävät, *mitä ei saa todistaa*. Todistuskeinokiello puolestaan estää käyttämästä tiettyä todistelukeinoa määrättyssä tilanteessa. Samaa todistusteemaa koskevaa muunlaista näyttöä voidaan esittää. Tällainen säännös on esimerkiksi OK 17:20, jossa säädetään todistajan kokonaiskieltäytymisoikeudesta. Todistuskeinokiello ilmaisee, *millä (todistus)keinolla todisteita ei saa hankkia tai esittää*. Todistusmetodikiello vuorostaan on kyseessä, kun tietty tapa hankkia tai esittää todisteita on kielletty. Kyse voi olla nimenomaisesti kielletyistä tutkinta- ja kuulustelumenetelmistä tai syytetyn prosessuaalisten oikeuksien määrittämistä rajoituksista. Lakiin kirjatusta todistusmetodikiellosta esimerkiksi käy OK 17:33.5, joka koskee johdattelevia kysymyksiä. Tähän kategoriaan voidaan sijoittaa myös useat perus- ja ihmisoikeuksista johdetut kiellot: esimerkiksi kidutuksen tai muun ihmisarvoa vakavasti loukkaavan menetelmän käyttö kuulustelumetodina voidaan kieltää ilman nimenomaista lain säännöstä. Todistusmetodikiellot määräävät, *millä tavalla todisteita ei saa hankkia tai esittää*.⁷

⁵ *Hormia* 1979 s. 183–184. Käsite vastaa saksalaisen Karl Petersin käyttämää *Beweisregelung*-käsitettä. Petersin käsitejärjestelmästä ks. *Peters* 1966 s. 95–103, 106–162, *Koriath* 1994 s. 23 ja *Hormia* 1978 s. 270.

Petersin mukaan *Beweisverbot*-käsitteen alaiset varsinaiset todistamiskiellot jakautuvat kahteen ryhmään: *Beweisverfahrensverbote* ja *Beweisverfolgungsverbote*. Jaottelu perustuu normien suojaamien arvojen ja oikeushyvien tärkeyteen. Läheiskäsitteitä, mutta eivät kuitenkaan todistamiskieltoja, ovat *Beweisregelungen* (todistusmenettelyn kulkua ohjaavat muotomääräykset), *Beweisregeln* (todistusharkintaa ohjaavat säännöt, esimerkiksi *in dubio pro reo*) ja *Beweisvermutungen* (niin ikään todistusharkinnassa vaikuttavat näyttö- tai todistusolettamat).

Petersin jaottelussa ei ole tarpeen puhua hyödyntämiskielloista, koska molempiin ryhmiiin kuuluvien todistamiskieltojen – jotka voidaan jaotella tutusti todistusteema-, todistuskein- ja todistusmetodikieltoihin – rikkominen johtaa todisteen hyödyntämisen estymiseen, joskin eri laajuudessa ja eri mekanismein. Sen sijaan *Beweisregelung*-tasoinen normin – todistusoikeudellisen muotomääräyksen – rikkomisella ei ole tällaista seurausta.

⁶ *Hormia* 1978 s. 20–21, 103–104, *Virolainen* 1998 s. 423–424, *Pölönen* 2003 s. 182–188, *Karppinen* 2006 s. 49–60 ja *Helminen ym.* 2012 s. 509.

⁷ Suomalainen todistamiskieltokeustelu on ollut paljolti saksalaisvaikutteista, ja saksalaisessa oikeustieteessä nykyään vallitseva jaottelu vastaakin suomalaista. Todistamiskieltoa laajassa merkityksessä vastaava yläkäsite on *Beweisverbot*, joka jakautuu kahteen katego-

Selostetun kolmijaon ohella todistamiskielto voidaan jaotella myös absoluuttisiin ja relatiivisiin.⁸ Tämä jaottelu on hyödyntämiskieltojen näkökulmasta mainitsemisen arvoinen, koska esimerkiksi *Pasi Pölösen* tulkinnan mukaan absoluuttisen todistamiskiellon määritelmään kuuluu, että säännös tarkoittaa samalla todisteen hyödyntämiskieltoa. Relatiivisten todistamiskieltojen osalta hyödynnettävyys jäisi tuomioistuimen harkinnan varaan.⁹

Relatiivisista todistamiskielloista puhutaan kuitenkin myös muissa merkityksissä: esimerkiksi saksalaisen todistamiskieltokeskustelun käynnistäjän *Ernst Belingin* alkuperäisessä opissa todistamiskiellon absoluuttisuus tai relatiivisuus ei liittynyt sen rikkomisen oikeusseuraamukseen, vaan absoluuttisia olivat todistusteemakiellot ja relatiivisia todistusmetodikiellot.¹⁰ *Claus Roxin* taas liittyy relatiiviset todistamiskielto neljänneksi kategoriaksi edellä selostettuun jaotteluun todistusteema-, todistuskeino- ja todistusteemakieltojen välillä. Hän viittaa relatiivisella todistamiskielloilla tilanteisiin, joissa vain tietyt henkilöt voivat suorittaa todisteen hankkimisen laillisesti. Näkemykseni mukaan näitä kieltoja voitaisiin hyvin luonnehtia todistusmetodikieltojen alataupukseksi.¹¹ En pidä Belingin tai Roxinin käsitteitä

riaan: 1) *Beweiserhebungsverbote* ja 2) *Beweisverwertungsverbote*. Näistä ensimmäinen vastaa todistamiskiellon käsitettä suppeassa merkityksessä ja jälkimmäinen hyödyntämiskieltoa. Ensimmäisen kategorian kolme alakategoriaa vastaavat suoraan suomalaista jaottelua: 1) *Beweisthemaverbote*, 2) *Beweismittelverbote* ja 3) *Beweismethodenverbote*. *Eisenberg* 2011 s. 111–115. Vastaava kolmijako tunnetaan myös muualla Euroopassa, ks. esimerkiksi *Pilnacek* 1999 s. 106 (Itävalta), *Hofmański* 1999 s. 152–153 (Puola) ja *Pipek* 1999 s. 171–186 (Tšekin tasavalta).

Suomalaisen ja saksalaisen käsitejärjestelmän ero ei ole niinkään käsitteellinen vaan terminologinen: Suomessa termiä todistamiskielto käytetään vakiintuneesti sen suppeassa merkityksessä eli viittaamaan pelkästään hankkimis- ja esittämiskieltoihin. Tämä saattaa johtua Suomessa vallalla olleesta varsin penseästä suhtautumisesta hyödyntämiskieltoihin ja niiden näkemisestä korkeintaan alisteisina seuraamuksina ”varsinaisille” todistamiskieltoille. Mahdollista olisi muuttaa kielenkäyttöä saksalaiseen suuntaan ja varata jatkossa termi todistamiskielto laajemmalle yläkäsitteelle, joka sisältäisi myös hyödyntämiskielto. Tällöin todistamiskielto-termi nykyisessä merkityksessä tulisi korvata puheella todisteiden hankkimis- ja esittämiskielloista tai keksiä näille uusi, sekä hankkimisen että esittämisen kattava yhteinen termi.

⁸ *Hormia* 1978 s. 88.

⁹ *Pölönen* 2003 s. 192 ja *Ojanperä* 2006 s. 163.

¹⁰ Saksalaisen diskurssin alkupisteenä pidetään yleisesti Belingin vuonna 1902 pitämää luentoa ja hänen vuotta myöhemmin ilmestynyttä kirjaansa *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess* (”Todistamiskielto totuuden tutkimisen rajoina rikosprosessissa”). Belingin opista ks. esimerkiksi *Koriath* 1994 s. 13–22. Belingin käsitejärjestelmään ei sisällynyt hyödyntämiskiellon käsitettä, vaan todistamiskiellosta seurasi automaattisesti myös hyödyntämisen estyminen.

¹¹ *Arg. Pölönen* 2003 s. 187 ja *Roxin* 1995 s. 165. Roxinin esimerkkisäännös on StPO § 81 a, joka koskee verinäytteen ottamista ja muita henkilön ruumiillista koskemattomuutta loukkaavia toimenpiteitä, jotka ovat kyseisen säännöksen mukaan mahdollisia vain lääkärin

asiaa selventävinä tai ymmärtämistä edesauttavina, enkä sekaantumisten välttämiseksi käytä niitä jatkossa.

2.2 Hyödyntämiskiellon käsite

2.2.1 Suhde todistamiskieltoihin ja määritelmiä

Suomessa hyödyntämiskiellot on nähty yleensä suppeasti ymmärrettyjen todistamiskieltojen kautta. *Lauri Hormia* korostaa hyödyntämiskieltojen luonnetta todistamiskieltojen prosessuaalisena sanktiona ja näkee hyödyntämiskiellot ensisijaisesti todistamiskieltojen toteuttamisena.¹² Myös *Jyrki Virolaisen* mukaan hyödyntämiskiellot ovat yleensä epäitsenäisiä ja hyödyntämiskielto on todistuskiellon prosessuaalinen sanktio.¹³ Pölösen mukaan vaikka hyödyntämiskielto tarkoittaa usein todistamiskiellon oikeusseurausta, se voi tulla kysymykseen myös ilman todistamiskieltoa. Toisaalta, kuten hän huomauttaa, todistamiskielto ei aina johda hyödyntämiskieltoon.¹⁴ Pölönen tarjoaakin hyödyntämiskiellolle hieman laveamman määritelmän:

Yleisesti määritellen hyödyntämiskielloissa voidaan sanoa olevan kyse siitä, voidaanko kiellonvastaisesti hankittu tai muuten (perus)oikeuksien rajoittamiseen johtava todiste hyväksyä oikeudenkäyntiaineistoon, eli voidaanko sitä hyödyntää (käyttää) todistus- ja tuomioharkinnassa.¹⁵

Saksalaisen *Klaus Rogallin* määritelmä on kielellisesti varsin ytimekäs, sillä hän ei ota kantaa hyödyntämiskiellon pohjana olevaan tapahtumaan tai kiellon kohteena olevan todisteen luonteeseen. Määritelmä on hyvin formaali ja kuuluu seuraavasti:

Todisteiden hyödyntämiskiellot ovat normeja, jotka kieltävät asettamasta todistelutulosta jatkoprosessin perustaksi (kirjoittajan suomennos).¹⁶

suorittamina ja tuomarin määräyksestä. Ks. myös Pölösen mainitsema KKO 1999:50. Vrt. *Eisenberg* 2011 s. 116, jonka mukaan kyse on todistuskeinokiellostä. Vrt. lisäksi *Pipek* 1999 s. 182–186, jossa vastaava tšekkiläinen säännös luokitellaan todistusmetodikielloksi ja *relatives Beweisverbot* -käsitteelle annetaan vielä eroava merkitys.

¹² *Hormia* 1978 s. 32, *Hormia* 1979 s. 162.

¹³ *Virolainen* 1998 s. 424.

¹⁴ *Pölönen* 2003 s. 205. Ks. myös *Vuorenpää* 2011 s. 590.

¹⁵ *Pölönen* 2003 s. 205.

¹⁶ *Rogall* 1999 s. 126: ”Beweisverwertungsverbote sind Normen, die es verbieten, ein Beweisergebnis zur Grundlage des weiteren Prozedierens zu machen.”

Pölösen määritelmä kytkee hyödyntämiskiellon vain todistus- ja tuomioharkintaan – siis tuomioistuimessa tapahtuvaan toimintaan. Rogall laajentaa käsitteen merkityksen ajallisesti myös oikeudenkäyntiä edeltäviin vaiheisiin. Hänen määritelmänsä mukainen hyödyntämiskielto voi näin ollen tulla sovellettavaksi esimerkiksi esitutkintavaiheessa tai syyteharkinnassa ja johtaa välillisesti muunkin kuin alkuperäisen kiellon kohteena olevan todisteen hyödyntämiskelvottomuuteen. Tässä yhteydessä voidaan puhua *etäishyödyntämisestä* ja *hyödyntämiskiellon etäisvaikutuksesta* (*Fernwirkung, fruit of the poisonous tree*) sekä ennakoivista hyödyntämiskielloista.¹⁷ Rogallin määritelmä onkin mielestäni tutkimuksellisesti mielenkiintoisempi ja käyttökelpoisempi.¹⁸

2.2.2 Todistelu ketjuna ja oikeudenkäyntiaineisto

Todistelu voidaan nähdä myös vaiheittaisena tapahtumaketjuna, joka alkaa todisteen hankkimisesta.¹⁹ Tyypillisesti todisteen hankkii poliisi esitutkinnassa. Esimerkiksi poliisimies löytää kotietsintää suorittaessaan murtovälineitä epäillyn asunnosta. Hankittu todiste esitetään oikeudenkäynnin todisteluvaiheessa, esimerkiksi esittämällä syytetyltä takavarikoitu esine katselmuksena. Toisinaan hankkiminen ja esittäminen tosin tapahtuvat yhdellä kertaa. Näin on vaikkapa silloin, kun todistaja antaa suullisen lausuman rikosasian pääkäsitelyssä.²⁰ Lopulta tuomari hyödyntää esitettyä todistetta ottamalla sen huomioon todistusharkinnassa, jonka lopputulos näkyy tuomion perusteluista.²¹

Vapaan todistelun periaatteesta huolimatta laki asettaa eri vaiheille myös rajoituksia. Näitä rajoituksia ovat todistamiskiellot laajassa merkityksessä. Todistamiskiellot suppeassa merkityksessä, toisin sanoen todisteiden

¹⁷ Helminen ym. 2012 s. 514–515.

¹⁸ Rogallin kanssa samansuuntaisesti Eisenberg 2011 s. 117. Laajempaa määritelmää puoltaa myös Virolainen 1998 s. 424: ”Todisteiden hankkimista ja esittämistä tarkoittavasta todistuskiellosta on erotettava todisteiden hyödyntämiskielto eli kieltä käyttää todistuskiellon vastaisesti saatuja todisteita hyväksi esitutkinnassa, syyteharkinnassa ja oikeudenkäynnissä.” Todettakoon, että Pölönen itse ottaa väitöskirjassaan huomioon myös määritelmänsä ulkopuolelle jäävät ongelmat.

¹⁹ Tätä ei pidä sekoittaa puheeseen *todisteketjusta*. Todisteketjun käsitteestä ks. esimerkiksi Jonkka 1993 s. 35–37.

²⁰ Jos todistaja toistaa esitutkinnassa antamansa lausuman, voidaan tosin väitellä siitä, onko todiste ”hankittu” esitutkinnassa vai oikeudenkäynnissä, onhan samaa informaatiota mahdollisesti jo hyödynnetty ainakin syyteharkinnassa. Tällä ei kuitenkaan ole käytännössä oikeudellista merkitystä. Jos taas todistaja muuttaa kertomustaan ja hänen esitutkinnassa antamansa lausuma luetaan vertailuksi, on lukemisessa selvästi kyse esitutkinnassa hankitun todisteen esittämisestä.

²¹ Vrt. Hormia 1978 s. 138–139.

hankkimis- ja esittämiskiellet, kohdistuvat todisteiden hankkimis- ja esittämismuutoksiin. Hyödyntämiskiellet taas kohdistuvat todistusharkintaan eli tuomarin suorittamaan näytön arviointiin.²² Tältä pohjalta voidaan kyseenalaistaa suppean todistämiskielton käsite ja sen jyrkkä erottaminen hyödyntämiskielloista. Epäilemättä olisi mahdollista hyödyntää myös puhdasta kolmijakoa hankkimis-, esittämis- ja hyödyntämiskieltoihin. Hankkimis- ja esittämiskieltojen yhteistä käsittelyä voidaan kylläkin perustella sillä edellä mainitulla seikalla, että hankkimis- ja esittämismuutokset muodostavat toisinaan erottamattoman kokonaisuuden. Toisaalta jos ongelma tunnistetaan ajoissa, hyödyntämismuutokset tehdään usein samalla kertaa kuin esittämismuutokset. Tällä voitaisiin perustella näiden asioiden käsitteellistä liittämistä yhteen. Esittäminen ja hyödyntäminen voidaan kuitenkin tarvittaessa erottaa toisistaan.²³

Todisteiden hankkimis- ja esittämiskieltojen sekä hyödyntämiskieltojen asemaa on mahdollista lähestyä myös oikeudenkäyntiaineiston näkökulmasta. Oikeudenkäyntiaineistoa laajassa merkityksessä on kaikki oikeudenkäynnin kuluessa esitetty materiaali. Suppeassa merkityksessä oikeudenkäyntiaineisto tarkoittaa sitä aineistoa, johon asiassa annettava muutokset saadaan perustaa. Voidaan puhua myös laillisesta oikeudenkäyntiaineistosta.²⁴

Hankkimis- ja esittämiskielloilla pyritään estämään etukäteen tietynlaisen todisteaineiston sisällyttäminen oikeudenkäyntiaineistoon. Toisin sanoen on kyse siitä, että rajoitetaan *a priori* todisteiden ottamista oikeudenkäyntiaineistoon *laajassa* merkityksessä. Hyödyntämiskielloilla taas jätetään jo oikeudenkäynnissä esitettyä todisteaineistoa *a posteriori* pois oikeudenkäyntiaineistosta *suppeassa* merkityksessä, ja siten estetään tällaisen aineiston asettaminen tuomioistuimen muutoksen perustaksi. Sekä hankkimis- ja esittämiskiellet että hyödyntämiskiellet siis vaikuttavat laillisen oikeudenkäyntiaineiston muodostumiseen, mutta eri teoreettisella

²² Näytön arvioinnin käsitteestä ks. *Jonkka* 1993 s. 21.

²³ Tapaus KKO 2007:58 on käytännön esimerkki esittämismuutoksen ja hyödyntämismuutoksen tosiasiallisesta yhteenliittymisestä. Esittämis- ja hyödyntämiskielton välinen yhteys ei kuitenkaan ole välttämätön tai katkeamaton, koska vaikka todiste on jo otettu vastaan, sen varsinaisesta hyödyntämisestä voidaan vielä luopua ennen todistusharkintaa, jos se jälkikäteen havaitaan tarpeelliseksi. Ks. ja vrt. *Hormia* 1979 s. 138, jossa Hormia samaistaa kirjallisen todisteen vastaanottamisen ja sen hyödyntämisen. Vrt. myös *Pölönen*, LM 1997 s. 1226, jossa Pölönen toteaa – väitöskirjaansa vanhemmassa artikkelissa – hyödyntämiskielton tarkoittavan *kieltoa esittää todiste tuomioistuimessa*. Tämä on mielestäni virheellinen tai vähintäänkin puutteellinen ilmaus, joka ei ole sovitettavissa yhteen edellä mainitun Pölösen myöhemmin esittämän hyödyntämiskielton määritelmän kanssa. Samaan tyyliin on hyödyntämiskielton kuitenkin äskettäin määritelty *Tapanila*, LM 2014 s. 7.

²⁴ *Virolainen/Prosessioikeus* 2012 s. 114.

tasolla ja eri vaiheissa. Pääosin eri kieltytyypit kohdistuvat samanlaisiin todisteaineistoihin. Kieltojen kohteena olevien todisteiden alat eivät kuitenkaan ole identtisiä.²⁵

Molemmat esitetyt näkökulmat huomioiden voidaan todeta, että hyödyntämiskielto tarkoittaa (ainakin) kieltoa ottaa todiste huomioon todistusharkinnassa. Tarkalleen ottaen todistusharkinta kuitenkin tarkoittaa yksittäisten todisteiden näyttöarvon punnintaa ja kokonaisnäytön arviointia, joka edeltää näytön riittävyuden arvioimista.²⁶ Niinpä hyödyntämiskiellosta päättäminen tapahtuu ainakin periaatteessa ajallisesti ennen todistusharkintaa – mahdollisesti jo pääkäsittelyn aikana – vaikka kiellon vaikutus ilmeneekin todistusharkinnassa. Ensin tuomarin on päätettävä, hyväksytäänkö todiste lailliseen oikeudenkäyntiaineistoon. Vasta hyväksymisen jälkeen hän voi punnita kyseisen todisteiden näyttöarvoa.²⁷

Hyödyntämiskieltoon asetetun todisteiden osalta näytön arviointia ei siis suoriteta lainkaan – todisteelle ei anneta arvoa edes todisteiden yhteisvaikutusta pohdittaessa. Hyödyntämiskiellon asettamisessa kyse on menettelyllisestä todistusoikeudesta, ei aineellisesta. Hyödyntämiskieltoon asetetun todisteiden rajaaminen pois oikeudenkäyntiaineistosta tapahtuu formaalilla perusteella, eikä tuomari voi antaa sille minkäänlaista merkitystä vapaan todistusteoriankaan nojalla.²⁸

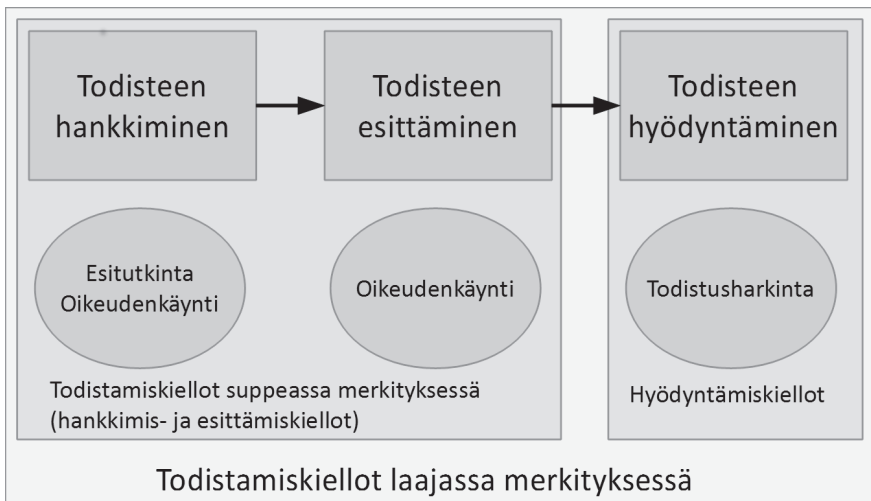
Todistamiskieltoja laajassa (ei kuitenkaan laajimmassa) merkityksessä voidaan havainnollistaa seuraavalla kuviolla.

²⁵ Voitaisiin myös esittää, että kyseessä on peräkkäisten, suurin piirtein yhtä tiheiden seulojen järjestelmä. Vaikka ei-toivottu todiste läpäisee ensimmäisen seulan seulassa olevan vian takia, seuraava seula yleensä pysäyttää sen. Joskus ensimmäisen seulan virheellisesti läpäissyt todiste kuitenkin päästetään tarkoituksella läpi myöhemmästä seulasta.

²⁶ *Virolainen – Martikainen* 2010 s. 272 ja *Jonkka* 1993 s. 20–21.

²⁷ Ks. ja vrt. *Pölönen* 2003 s. 321. Pölönen korostaa tuomioistuimen velvollisuutta informatiiviseen prosessinjohtoon, mutta myöntää, että lopullinen päätös hyödyntämiskiellosta saattaa useinkin tulla mahdolliseksi vasta todistusharkinnassa. Pölönen käyttää tässä todistusharkinta-käsitettä erittäin laajassa merkityksessä ja sisällyttää siihen myös tuomarin laillisen oikeudenkäyntiaineiston rajaamista koskevan ajatustyön ennen näyttöarvon punnintaa.

²⁸ *Pölönen* 2003 s. 205. Vapaata todistusteoriaa on käytetty myös argumenttina hyödyntämiskieltoja vastaan yleisesti. Tästä argumentista jyrkän torjuvasti *Hormia* 1978 s. 42–43. Kuten Hormia asian kiteyttää: ”*Vapaa todistusteoria* on luulotellun täydellisen hyödyntämism vapauden puoltajana arvoton.” Ks. myös *Virolainen* 1998 s. 425 ja *Pölönen* 2003 s. 211–212.



Kuvio 1. Todistelu ketjuna ja hankkimis-, esittämis- ja hyödyntämis-kieltojen vaikutusalueet.

Yksinkertaisimmassa ja tavallisimmassa tilanteessa niin todisteen hankkiminen, esittäminen kuin hyödyntäminenkin sujuvat lain mukaisesti. Hyödyntämiskieltoproblematiikan kannalta mielenkiintoisia ovat ne tilanteet, joissa todisteen hankkimisessa tai esittämisessä on tapahtunut oikeudellisia virheitä. Yksinkertainen ratkaisumalli olisi, että virhe ketjun yhdessä osassa aiheuttaisi todisteen täydellisen hyödyntämiskelvottomuuden. Useissa tilanteissa on kuitenkin vahvoja syitä todisteen hyödyntämiselle edeltävästä virheestä huolimatta.

Toisaalta on olemassa tilanteita, joissa todisteen hankkiminen ja esittäminen ovat sujuneet sinänsä lain mukaisesti, mutta syytetyn ihmis- ja perusoikeuksien toteuttaminen puoltaa hyödyntämiskielton asettamista. Tällöin kyseessä on itsenäinen hyödyntämiskielto. Näihin tilanteisiin liittyen on ajateltavissa myös käänteisen seuraamussuhteen mahdollisuus: jos hyödyntäminen havaitaan mahdottomaksi jo ennen todisteen esittämistä itsenäisen hyödyntämiskielton vuoksi, voi tästä seurata esittämiskielto.²⁹

²⁹ Saksan oikeuden osalta näin onkin, ks. *Koriath* 1994 s. 21 sekä *Eisenberg* 2011 s. 116 ja siinä mainitut tapaukset BVerfG 2 BvR 215/81 (26.5.1981) ja BGH 1 StR 683/59 (14.6.1960). Samansuuntaisesti *Pölönen* 2003 s. 212, av. 105, jossa Pölönen tarjoaa tätä ratkaisuksi lautamiesten puolueettomuuden säilyttämiseen.

2.2.3 Etäisvaikutus ja ennakoivat hyödyntämiskiellot

Kuvio 1 on yksinkertaistettu ja vastaa mainittua Pölösen suppeahkoa määritelmää, jonka pohjalta hyödyntämiskiello näyttäytyy pelkästään todistusharkintaan vaikuttavana seikkana. Siinä on jätetty huomiotta Rogallin määritelmän puitteisiin mahtuvat etäisvaikutusongelmat ja ennakoivat hyödyntämiskiellot.

Esitutkinnassa hankittu todiste palvelee myös esitutkinnan jatkamista. Todiste saattaa johtaa tutkimusten uudelleensuuntaamiseen, kuulustelu- tai tutkintataktiikan muuttamiseen tai välittömästi toisen todisteen löytämiseen.³⁰ Vaikka ensimmäinen todiste olisikin hankittu laittomasti, saattaa sen avulla löydetty todiste olla sinänsä laillinen: esimerkiksi laittoman kotietsinnän yhteydessä saadaan vihiä todistajasta, joka on velvollinen todistamaan asiassa.³¹ Jos tällainen jatkotodiste on hankittu ja esitetty oikeudenkäynnissä, tuleeko se jättää hyödyntämättä todistusharkinnassa? Kysymys etäisvaikutuksesta laajentaa hyödyntämiskiello-ongelman alaa ensinnäkin *muihin todisteisiin* kuin siihen, mistä alun perin on ollut kyse.

Toisaalta myös syyttäjät hyödyntävät esitutkinnan tuloksia syyteharkinnassaan. Jos syyttäjät havaitsee todisteen lainvastaisesti hankituksi, tuleeko hänen jättää se ottamatta huomioon vai jättää asia tuomioistuimen harkittavaksi? Jos todistetta koskisi Rogallin määritelmän mukainen hyödyntämiskiellonormi, syyttäjän tulisi ennakoivasti jättää hyödyntämättä laiton todiste, mikä saattaisi esimerkiksi johtaa päätökseen jättää syyte nostamatta.³²

Edelleen voidaan kysyä, tulisiko poliisin pidättyä laittomiksi havaitsemiensa todisteiden liittämistä esitutkintapöytäkirjaan tai käyttämisestä omassa toiminnassaan, esimerkiksi jatkotutkimuksissa ja tutkinnan suuntaamisessa. Ainakin jälkimmäinen, laittoman todisteen *välillistä* hyödyntämistä koskeva vaatimus tuntuu kuitenkin todellisuudelle vieraalta: jos poliisi saa laittomin metodein jonkin olennaisen seikan tietoonsa, ei poliisin voida olettaa kääntävän katsettaan toiseen suuntaan. Pikemminkin poliisin tulee pyrkiä etsimään laillinen, hyödynnettävissä oleva todiste, joka osoittaa saman seikan.³³ Tämä ei kuitenkaan ole ongelmatonta epäillyn perus- ja ihmisoikeuksien suojan kannalta.

³⁰ Helminen ym. 2012 s. 512.

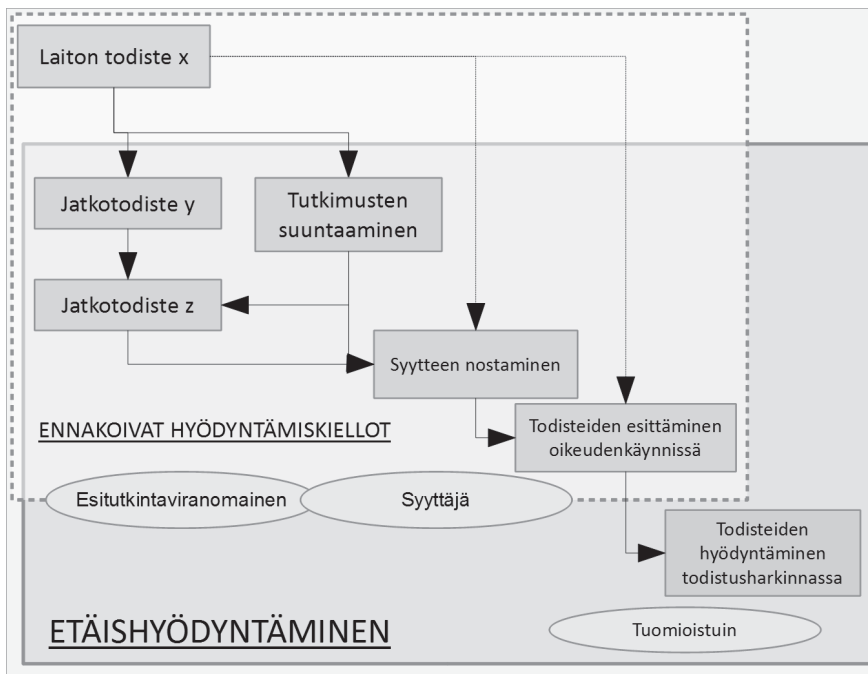
³¹ Pölönen toteaa etäisvaikutuksella olevan kolme eri perusvariaatiota, ks. Pölönen 2003 s. 316.

³² Ks. Helminen ym. 2012 s. 512: ”Todisteen hyödyntäminen rikosprosessissa voi merkitä todisteen liittämistä esitutkintapöytäkirjaan tai sen hyödyntämistä syyteharkinnassa ja tuomioistuinkäsittelyssä.”

³³ Ks. Pipek 1999 s. 189: ”Die vergiftete Frucht wird durch das Auffinden eines gesunden Baumes genießbar.”

Joka tapauksessa tällainen Rogallin määritelmään hyvin sovitettavissa oleva näkökanta laajentaa hyödyntämiskieltoja koskevan pohdinnan alaa tuomarin todistusharkinnasta ajallisesti prosessin aiempiin vaiheisiin. Ennakoivat hyödyntämiskielto, jos tällaista termiä näistä aiempiin vaiheisiin kohdistuvista hyödyntämiskielloista halutaan käyttää, muodostavat usein osan etäisvaikutusongelmaa. Ennakoiva hyödyntämiskielto voi lisäksi kohdistua ns. alkuperäisen laittoman todisteen hyödyntämiseen esimerkiksi syyteharkinnassa, mikä ei sisälly kysymykseen etäisvaikutuksesta.

Kysymys jatkotodisteen hyödyntämiskelpoisuudesta voi periaatteessa nousta esiin missä todisteluketjun vaiheessa tahansa. Eri asia on, missä vaiheessa ratkaisu olisi parasta tai pitäisi tehdä. Jos todistetta ei suljeta pois aiemmin, menettelyn oikeellisuus on lopulta aina tuomioistuimen arvioitavissa. Pölösen sanoin: ”Sikäli kun todistetta ei rajata pois jo esitutkintavaiheessa, joutuu viime kädessä tuomioistuin tekemään ratkaisun siitä, voidaanko jotain ’jatkotodistetta’ hyväksyä oikeudenkäyntiaineistoon.”³⁴ Seuraavassa kuviossa tiivistetään etäisvaikutuksen ja ennakoivien hyödyntämiskieltojen mahdolliset vaikutusalueet prosessissa.



Kuvio 2. Ennakoivat hyödyntämiskielto ja etäisvaikutus.

³⁴ Pölönen 2003 s. 316.

Luonnollisestikaan hyödyntämiskielto-käsitteen laaja määrittely ei sisällä väitettä, jonka mukaan Suomen tai minkään muun valtion oikeudessa olisi voimassa etäishyödyntämisen kieltoja taikka ennakoivia hyödyntämiskieltoja. Etäisvaikutukseen voimassa olevassa oikeudessa palaan myöhemmin tässä artikkelissa. Samassa yhteydessä sivuan ennakoivia hyödyntämiskieltoja.

2.3 Hyödyntämiskieltojen luokittelu

Hyödyntämiskieltoja jaetaan vakiintuneesti itsenäisiin ja epäitsenäisiin hyödyntämiskieltoihin. Epäitsenäinen hyödyntämiskielto on seuraamus hankkimis- tai esittämiskielton rikkomisesta, siis sen prosessuaalinen sanktio. Itsenäisen hyödyntämiskielton aktualisoituminen taas ei vaadi edeltävää hankkimis- tai esittämiskielton rikkomista. Sen sijaan taustalla on yleensä suoraan perus- tai ihmisoikeusloukkaus.³⁵

Hyödyntämiskieltoja voidaan haluttaessa luokitella myös absoluuttisiin ja relatiivisiin. Puhuttaessa absoluuttisista hyödyntämiskielloista tarkoitetaan yleensä sitä, ettei tuomioistuimella ole harkintavaltaa, vaan hyödyntämiskielto on ehdoton ja se on asetettava. Absoluuttisuudella saatetaan viitata myös siihen, ettei edes epäillyn tai muun laittomalla menettelyllä loukatun suostumuksella ole vaikutusta hyödyntämiskielton asettamiseen. Relatiiviset hyödyntämiskieltoja taas mahdollistavat tuomioistuimelle suuremman harkintavallan. Relatiivisen hyödyntämiskielton ollessa kyseessä tuomioistuimen tulee pohtia hyödyntämiskieltoa puoltavia ja sen asettamista vastaan puhuvia seikkoja. Käytännössä puhe absoluuttisista ja relatiivisista hyödyntämiskielloista sekoittuu ja samastuu usein puheeseen absoluuttisista ja relatiivisista *todistamiskielloista*. Itsenäistä merkitystä nimenomaan *hyödyntämiskielton* absoluuttisuudella tai relatiivisuudella on erityisesti itsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta.³⁶ Sekä itsenäiset että epäitsenäiset hyödyntämiskieltoja voivat olla joko absoluuttisia tai relatiivisia, sillä luokittelut perustuvat eri asioihin: itsenäisyys/epäitsenäisyys liittyy hyödyntämiskielton perusteeseen, absoluuttisuus/relatiivisuus taas hyödyntämiskielton vaikutukseen.³⁷

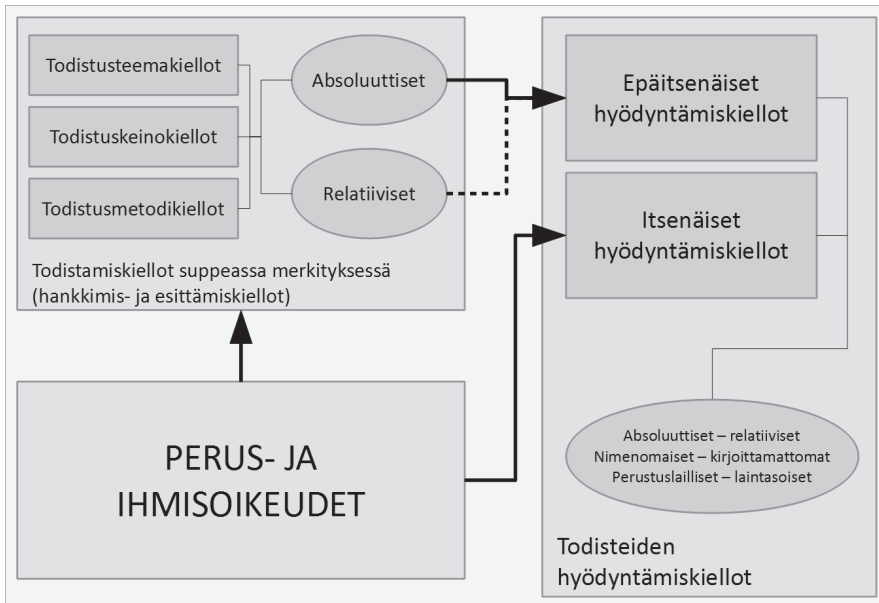
Hyödyntämiskieltoja voidaan edelleen jaotella esimerkiksi laissa säädettyihin (nimenomaisiin) hyödyntämiskieltoihin ja kirjoittamattomiin

³⁵ Pölönen 2003 s. 206–207, Trüg – Habetha, NStZ 2008 s. 481–482 ja Lucke, HRRS 2011 s. 528.

³⁶ Esimerkiksi Gless 2010 s. 3–4 ja Pölönen, LM 1997 s. 1227.

³⁷ Gless 2010 s. 3–4.

hyödyntämiskieltoihin.³⁸ Hyödyntämiskielto-käsitteen abstraktiotaso on kuitenkin melkoisen korkea, ja todistelua rajoittavat säännökset voivat kirjoitustavaltaan olla hyvin moninaisia. Tämän vuoksi voi olla tulkinnanvaraista, onko jokin säännös nimenomainen hyödyntämiskielto-säännös vai ei. Edelleen mahdollinen on myös jaottelu perustuslaillisiin ja laintasoiisiin hyödyntämiskieltoihin. Esimerkiksi itsenäisiä hyödyntämiskieltoja voidaan usein luonnehtia myös kirjoittamattomiksi ja perustuslaillisiksi. Seuraava kuvio toimii yhteenvetona todistamiskieltojen ja hyödyntämiskieltojen jaotteluista ja suhteista.



Kuvio 3. Hyödyntämiskieltojen jaottelu ja suhde todistamiskieltoihin.

2.4 Hyödyntämiskieltojen funktiot ja asema rikosprosessissa

2.4.1 Rikosprosessin yleiset tavoitteet ja tehtävät

Hyödyntämiskieltojen ymmärtäminen edellyttää tietoa niillä tavoitelluista päämääristä. Näinkin yleisellä, useissa maissa tunnetulla oikeusilmiöllä täytyy olla jokin rationaalinen syy olemassaololleen. Tämän syyn löytäminen edellyttää mielestäni vastaamista kahteen esikysymykseen.

³⁸ Ks. esimerkiksi *Roxin* 1995 s. 165–166, *Eisenberg* 2011 s. 117, 121 ja *Lucke*, HRRS 2011 s. 528.

Ensinnäkin on selvitettävä, mitkä ovat rikosprosessin yleiset tavoitteet ja tehtävät. On syytä olettaa, että hyödyntämiskielloilla on oma osansa näiden toteuttamisessa. Rikosoikeudellisen järjestelmän eri normien välillä vallitsee systeemyhteys, eikä normien tulkitseminen irrallisena ole mahdollista.³⁹ Toisaalta hyödyntämiskieltojen onnistuneisuutta ja tehokkuutta voidaan arvioida kriittisesti juuri suhteuttamalla ne koko rikosprosessin järjestelmään ja tutkimalla, miten tehokkaasti ne edesauttavat rikosprosessin tavoitteiden toteutumista.

Toiseksi, hankkimis- ja esittämiskieltojen sekä hyödyntämiskieltojen läheisestä kytköksestä toisiinsa johtuu, että myös hankkimis- ja esittämiskielloilla tavoitellut päämäärät ja niiden funktiot on selvitettävä. Tätä vaatii erityisesti epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen ymmärtäminen. Kuten edellä, kyse on normien systeemyhteyden huomioimisesta. Edelleen on muistettava, että myös hankkimis- ja esittämiskieltojen tarkoitusperät kytkeytyvät koko rikosprosessin systeemiin ja rikosoikeudellisen järjestelmän tavoitteisiin.⁴⁰

Rikosprosessin perimmäisenä tavoitteena on totuuden selvittäminen ja rikosvastuun toteuttaminen. Toisin sanoen tavoitteena on aineellista totuutta vastaava tuomio. Vaikka aineellisen totuuden ja rikoksen selvittäminen ovat tärkeitä päämääriä, eivät ne kuitenkaan muodosta sellaista absoluuttista arvoa, johon tulisi pyrkiä keinolla millä hyvänsä. Muilla arvoilla voi olla etusija, ja juuri todistamiskielto laajassa merkityksessä voivat olla keino näiden arvojen turvaamiseen.⁴¹

Sen lisäksi, että rikosprosessissa saavutettavan tuomion tulee olla aineellista totuutta vastaava ja aineellisesti muutenkin oikea, se tulisi saavuttaa prosessilainsäädännön määräämässä laillisessa järjestyksessä. On myös esitetty, että tuomion tulisi korjata tapahtuneen rikoksen oikeusrauhaan aiheuttama häiriö. Ehdoton edellytys tälle on tietysti, että tuomio on oikea. Väärän henkilön syylliseksi julistaminen on uusi vääryys, joka ei korjaa jo tapahtunutta vääryyttä. Tärkeämpää kuin rikollisen tuomitseminen on se, ettei prosessissa tuomita syytöntä rangaistukseen.⁴²

³⁹ Tolonen 2008 s. 11. Tarkoitan tässä Tolosen kuvaamaa materiaalista eli sisäistä systeemyhteyttä, en formaalista.

⁴⁰ Ks. *Hormia* 1979 s. 9–10 ja *Pölönen* 2003 s. 233–234.

⁴¹ *Hormia* 1978 s. 1–2, *Hormia* 1979 s. 15, *Virolainen* 1998 s. 8–13, *Pölönen*, LM 1997 s. 1206, *Frände* 2009 s. 30, *Roxin* 1995 s. 165 ja *Eisenberg* 2011 s. 110, Pölönen nimittää rikosprosessin keskeistä tavoitepäämäärää varmuustavoitteeksi, ks. *Pölönen* 2003 s. 30. Rikosprosessin funktioista ks. myös *Virolainen – Pölönen* 2003 s. 135–156. Totuuden tutkimisen hinnalla millä hyvänsä on kieltänyt myös Saksan *Bundesgerichtshof* ratkaisussaan BGH 1 StR 683/59 (14.6.1960), kohta 15: ”Es ist auch sonst kein Grundsatz der Strafprozeßordnung, daß die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müßte.”

⁴² *Roxin* 1995 s. 1–3, *Virolainen – Pölönen* 2003 s. 142 ja *Pölönen* 2003 s. 30.

Oikean ja oikeudenmukaisen tuomion ja muodollisten prosessisäännösten noudattamisen vaatimusten lisäksi prosessin täytyy olla kokonaisuudessaan oikeudenmukainen.⁴³ Suomen perustuslain (PL, 731/1999) 21.2 §:ssä ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) 6 artiklassa mainittu oikeudenmukainen oikeudenkäynti (*fair trial*) on itsessään perustavanlaatuisen arvo, joka usein konkretisoituu hyödyntämiskieltoyksityisissä.⁴⁴ Huomioon tulee muutoinkin ottaa epäillyn – niin syylliseksi kuin syyttömäksi osoittautuvan – perus- ja ihmisoikeudet. Tämä taas tarkoittaa sitä, että aineellisen oikeuden ja totuuden vaatimuksetkin voivat joutua väistymään.⁴⁵

Jaakko Jonkka on todennut, että rikosprosessin tehtävänä on ”aineellisen rikosoikeuden toteuttaminen huolehtien samalla yksilön oikeusturvasta ja menettelyn oikeudenmukaisuudesta”. Hänen mukaansa tehtävä koostuu täten kolmesta komponentista: rikosvastuun toteuttamisesta, oikeusturvan antamisesta yksilölle ja menettelyn oikeudenmukaisuuden vaatimuksesta.⁴⁶

Lisävaloa prosessin tavoitteista voidaan saada myös prosessiperiaatteista, erityisesti niin sanotuista tavoite- ja arvoperiaatteista, joiksi on mainittu varmuusperiaate, prosessiekonomian periaate, prosessiarvot sekä tasa-arvoisuuden periaate. Prosessiperiaatteiden käsittely ei ole mahdollista tämän artikkelin puitteissa, mutta jo tällaisten periaatteiden olemassaolo auttaa tiedostamaan, ettei (rikos)prosessilla ole yhtä ja ainoaa yksiselitteisesti määriteltävissä olevaa tavoitetta.⁴⁷

2.4.2 Todistamiskieltojen merkitys rikosprosessissa

Raija Karppinen kiteyttää todistamiskieltoja koskevan sääntelyn tarkoitukseksi yksityisten ja julkisten etujen suojaamisen silloin, kun näiden etujen suojaaminen on katsottu totuuden selvittämistä tärkeämmäksi. Hän näkee todistamiskieltojen tärkeinä prosessuaalisen oikeusturvan takeina. Laissa olevat todistamiskieltojen säännökset kuvaavat niitä arvoja, jotka on katsottu niin tärkeiksi, että niitä on suojeltava. Näitä arvoja ovat muun muassa valtion etu ja turvallisuus, tuomioharkinnansalaisuus, liike- ja ammattisalaisuudet, luottamuksensuoja, virkaedut, syytetyn oikeusturvaintressi,

⁴³ *Jonkka* 1992 s. 26.

⁴⁴ Oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä periaatteena ja arvona ks. *Virolainen – Pölönen* 2003 s. 253–267 ja *Pölönen* 2003 s. 32–33.

⁴⁵ Ks. *Roxin* 1995 s. 2–5.

⁴⁶ *Jonkka* 1992 s. 12–26 ja *Jonkka*, LM 1998 s. 1262–1268. Ks. *Hirvelä* 1997 s. 53–56.

⁴⁷ Näistä ja muista prosessiperiaateista tarkemmin ks. *Virolainen/Prosessioikeus* 2012 s. 119–234, *Virolainen – Pölönen* 2003 s. 157–251 sekä *Ervo* 1996. Rikosprosessin tehtävistä ja rikosprosessuaalisista periaatteista ks. myös *Pölönen* 2003 s. 17–97.

eettiset ja humanitääriset näkökohdat, todistelun luotettavuus ja todistelun välitön ja keskitetty vastaanottaminen.⁴⁸

Hormian mukaan todistamiskielloilla – todennäköisesti suppeassa merkityksessä – voidaan edistää joko ns. prosessitekniisiä tai ulkoprosessuaalisia tavoitteita. Prosessitekniisiin näkökulmiin kytkeytyvillä kielloilla pyritään edistämään todistelun luotettavuutta – ja siten totuuden selvittämistä – tai prosessin tarkoituksenmukaisuutta. Toisaalta todistamiskielloilla voidaan turvata yksittäisen prosessin ulkopuolisia intressejä.⁴⁹ Näitä voisivat käsitteäkseni olla esimerkiksi syytetyin ihmisen- ja perusoikeudet taikka poliisin toiminnan lainmukaisuus. Nämä ulkoprosessuaalisia tarkoituksia palvelevat todistamiskielto voi olla vastakkaisia totuuden selvittämiseen yksittäistapauksessa.

Tätä luokittelua voidaan pitää aiemmin todetun valossa keinotekoisena tai ainakin turhan yksioikoisena: eihän prosessin ainoa tavoite suinkaan ole totuuden selvittäminen. Jos jotain kaksijakoa välttämättä halutaan käyttää, pitäisin selvempänä todistamiskieltojen luokittelua *totuuden selvittämistä edistäviin ja muita intressejä edistäviin* normeihin.

Juha Lappalainen puolestaan on esittänyt kolmijakoisen luokittelun syistä, joiden vuoksi vapaaseen todisteluun on tehty poikkeuksia eli todistamiskieltoja. Perustana voivat olla 1) todistelun luotettavuus, 2) prosessiekonomia ja 3) salassapitointressit.⁵⁰ Luokittelu vaikuttaa sinänsä hyödylliseltä, joskaan se ei selvästikään ole tyhjentävä. On myös selvää, että todistamiskielto voi perustua useampaan kuin yhteen näistä syyryhmistä. Lappalainen mainitsee perhesiteiden luottamuksellisuuden kunnioittamiseen liittyvän pykälän (OK 17:20) esimerkkinä salassapitointressiin perustuvasta rajoituksesta, mutta toisaalta tällä vaitiolo-oikeutta koskevalla säännöksellä turvataan myös todistelun luotettavuutta.⁵¹

Pölönen jakaa todistamiskieltojen (hankkimis- ja esittämiskieltojen) keskeisimmät funktiot neljään pääryhmään, jotka ovat 1) rikosvastuun toteuttamisintressi, 2) oikeusturva- ja perusoikeusintressien suojelu, 3) ulkoprosessuaalisten tavoitepäämäärien edistäminen ja 4) menettelyn eettisen moitteettomuuden turvaaminen.⁵²

Pölönen puhuu ”prosessin sisäisistä intresseistä” rikosvastuun toteuttamisintressin yhteydessä. Samoin kuin Hormian näkemystä, tätä voidaan

⁴⁸ Karppinen 2006 s. 48.

⁴⁹ Hormia 1979 s. 4.

⁵⁰ Lappalainen/Prosessioikeus 2012 s. 596–598.

⁵¹ Pölönen 2003 s. 234. Ks. ja vrt. Hormia 1978 s. 170–172. Hormian mukaan totuuden tutkimisen edistäminen on OK 17:20:n tapauksessa lähinnä seuraamus, ei määräyksen oleellinen tarkoitus.

⁵² Pölönen 2003 s. 197–198, 234.

kritisoida liian ahtaasta prosessin tavoitteiden tulkinnasta. Toisaalta Pölönen tarkoittanee ulkoprosessuaalisilla intresseillä hivenen eri asiaa kuin Hormia, joka ymmärtääkseni laskee ihmis- ja perusoikeudetkin ulkoprosessuaaliksi oikeushyviksi. Pölösen käyttämät esimerkki-intressit – taloudellisen vaihdannan ja ammatillisten luottamussuhteiden ylläpito sekä valtion turvallisuus – on helpompi hyväksyä ulkoprosessuaaliseksi.

2.4.3 Hyödyntämiskieltojen funktiot ja perusteet

Kun epäitsenäiset hyödyntämiskielto voidaan ymmärtää hankkimis- ja esittämiskieltojen toteuttamista ja tehoisiksi tekemistä palvelevana sanktiomekanismina, tuntuu päällisin puolin perustellulta väittää, että niillä tavoitellaan yleensä juuri edellä mainittujen intressien toteuttamista. Epäitsenäisille hyödyntämiskielloille Pölönen kuitenkin tiivistää saksalaisesta keskustelusta viisi mahdollista funktiota, jotka ovat 1) moraalinen funktio, 2) erityisestäävyyden korostamisfunktio 3) yleisestäävyyden korostamisfunktio, 4) kurinpitofunktio sekä 5) oikeussuoja- tai oikeusturvafunktio.⁵³

Moraalinen funktio korostaa sitä, että valtion toimilta vaaditaan eettistä moitteettomuutta. Kuten Pölönnenkin toteaa, yksinään tämä peruste on varsin heikko hyödyntämiskieltojen oikeuttamiseen. Erityisestäävyyden korostamisessa olennaista on se, ettei syytetyn tule kokea kärsineensä vääryyttä valtiovallan taholta, koska tämä voisi estää rangaistuksella tavoitellun erityisestäävän vaikutuksen. Yleisestäävyyttä korostava funktio taas kytkeytyy rikosprosessin yleiseen legitimizeettiin tai uskottavuuteen, joka voi kärsiä, jos valtio siunaa rikosprosessissa esimerkiksi epäasianmukaiset tutkimusmenetelmät. Nämä funktiot perustuvatkin ilmiselvästi siihen oletukseen, että rangaistuksilla yleensä on merkittävä erityis- ja yleisestäävä vaikutus.⁵⁴

Kurinpitofunktio lähtee siitä, ettei poliisi jatkossa toimi epäasianmukaisesti, jos tällaisen menettelyn tuottamat tulokset mitätöidään oikeudenkäynnissä. Oikeussuoja- tai oikeusturvafunktio taas kytkeytyy oikeusvaltiokäsitykseen ja yksilön intressien suojeluun. Valtion ei tule antaa hyväksyntää tapahtuneelle oikeudenloukkaukselle eikä etenään mahdollistaa uusia loukkauksia.

⁵³ Pölönen 2003 s. 215–217. Vrt. Lundqvist 1998 s. 165–169 ja Lundqvist 2013 s. 193–198.

⁵⁴ Erityis- ja yleisestäävistä teorioista ja niiden tehokkuutta koskevista empiirisistä tutkimuksista ks. esimerkiksi Anttila – Törnudd 1983 s. 146–170 ja Meier 2009 s. 21–32. Yleisestäävyyttä korostava funktio on kyseenalainen siksikin, että sanktiovarmuuden on havaittu olevan merkittävä osa rangaistuksen yleisestäävää vaikutusta, ks. Jonkka 1992 s. 16. Hyödyntämiskielloillahan on käytännössä yksinomaan negatiivinen vaikutus sanktiovarmuuteen.

Yleis- ja erityisestäävyyttä korostavat funktiot irrottautuvat nähdäkseni osittain aiemmin mainituista todistamiskieltojen ja jopa rikosprosessin tavoitteista ja vaikuttavat kytkeytyvän suoraan aineellisen rikosoikeuden tavoitteisiin ja kriminologisiin näkökulmiin. Muut kolme funktiota voidaan nähdä sen osatekijöinä, miten hyödyntämiskielto toteuttavat hankkimis- ja esittämiskieltojen päämääriä. Selvää kuitenkin on, etteivät mainitut hyödyntämiskieltojen funktiot juurikaan vaikuta positiivisesti totuuden selvittämisen intressiin. Hyödyntämiskieltojen merkitystä tässä suhteessa korostaakseni olisinkin valmis lisäämään listaan itsenäisenä funktiona epäluotettavan todistelun poissulkemiskieltojen.⁵⁵

Heinz Koriath käsittelee viittä todistamiskieltoille laajassa merkityksessä ehdotettua funktiota, jotka vertautuvat varsin pitkälti Pölösen esittämään listaan. Nämä funktiot ovat 1) totuuden selvittäminen⁵⁶, 2) viranomaisten kurinpito, 3) valtion eettisen integriteetin varmistaminen, 4) rangaistuksen hyväksyminen – sisältäen sekä erityis- että yleisestävät näkökulmat – ja 5) prosessiin osallistuvien henkilöiden oikeuksien turvaaminen.⁵⁷ Koriathille nämä eivät kuitenkaan varsinaisesti ole hyödyntämiskieltojen funktioita, vaan pohjamateriaalia harkintaan siitä, *pitäisikö hankkimis- tai esittämiskiellosta seurata hyödyntämiskielto*.⁵⁸

Tämä on osoitus aihepiirin monimutkaisuudesta. Oikeustieteessä ei ole yksimielisyyttä hankkimis- ja esittämiskieltojen sekä hyödyntämiskieltojen

⁵⁵ Vaikka epäluotettavan todistelun poissulkeminen on mielestäni selkeämpää nähdä omana funktionaan, voitaisiin se kylläkin ajatella myös osaksi syytetyn oikeusturvaa toteuttavaa funktiota. Oikeussuoja- tai oikeusturvafunktio Pölösen esittämässä muodossa on mielestäni sisällöllisesti hivenen epämääräinen käsite. Asia voidaan nähdä toisaalta siten, että oikeussuojafunktio on avoin sisällyttämään itseensä muita näkökulmia. Vrt. Pölönen 2003 s. 217.

⁵⁶ Totuuden selvittäminen (*Wahrheitsfindung*) antaa asian todellisesta luonteesta hivenen epätarkemman kuvan kuin ehdottamani ”epäluotettavan todistelun poissulkemiskielto”, mutta lienee asiallisesti samansisältöinen. Perusteluna termivalinnalleni mainittakoon, ettei todistamiskielloilla ole varsinaista positiivista vaikutusta totuuden selvittämiseen: kyse on aina ennemminkin todistusharkinnan suojaamisesta epätotuudenmukaisilta elementeilä kuin totuudellisten elementtien lisäämisestä siihen.

⁵⁷ Koriath 1994 s. 42–46.

⁵⁸ Koriath 1994 s. 57–58. Vrt. Lundqvist 1998 s. 165–169, Schaal 2002 s. 66–76 ja Torgersen 2009 s. 35–54. Schaalin lista on laajempi kuin Koriathin, ja hän esittelee seuraavat funktiot: menettelyn puhtaus (*Reinheit des Verfahrens*), erityis- ja yleisestävät funktiot, totuuden selvittämisen suoja (*Schutz der Wahrheitsfindung*), kurinpitofunktio, oikeussuojakeiniteoria (*Rechtsmitteltheorie*), yksilön oikeuksien suoja (*Individualrechtsschutz*), ja oikeudenmukainen oikeudenkäynti (*der Gedanke des „fair-trial“*). Torgersenin todistamiskieltojen (joilla hän tarkoittaa hyödyntämiskieltoja) syitä käsittelevältä listalta löytyvät laittomasti hankitun todisteen luotettavuus, rikotun normin suojaamat intressit, kurinpitofunktio ja prosessin puhtauden, oikeusjärjestelmän integriteetin, tuomioistuimen arvovallan tai muiden sen kaltaisten intressien vaarantuminen. Viimeiseen syiden ryhmään Torgersen liittää myös oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden.

välisestä suhteesta. Jos suhde mielletään siten, että hyödyntämiskielto on todistamiskiellon välttämätön, elimellinen osa, toisin sanoen jos hankkimis- tai esittämiskiellosta seuraa aina hyödyntämiskielto, ei hyödyntämiskielloilla oikeastaan edes voi olla muuta itsenäistä funktiota kuin todistamiskiellon toteuttaminen. Se, että Koriath esittelee mainitut funktiot todistamiskieltojen (yläkäsité *Beweisverbot*) yhteydessä ja Pölönen lähes vastaavat funktiot hyödyntämiskieltojen (alakäsité *Beweisverwertungsverbot*) funktioina, on selitettävissä heidän erilaisilla käsityksillään epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen luonteesta.⁵⁹

Itsenäisillä hyödyntämiskielloilla voidaan edistää ainakin osin samoja funktioita kuin edellä on mainittu epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta. Olennaisin ja keskeisin itsenäisten hyödyntämiskieltojen funktio on nähdäkseni kuitenkin yksilön perus- ja ihmisoikeuksien toteuttaminen ja suojaaminen yksittäistapauksessa. Erityisesti itsenäisten hyödyntämiskieltojen suojelukohteena voivat olla yksityiselämän suoja ja yksilön intimitteettiä (PL 10 §, EIS 8 artikla) sekä prosessuaaliset perusoikeudet (PL 21 §, EIS 6 artikla). Samoin suojelukohteena voi olla ihmisarvo sinänsä (PL 1.2 §).⁶⁰

Kun verrataan edellä mainittuja funktioita koko rikosprosessin tehtäviin, voidaan todeta, että myös hyödyntämiskielto linkittyvät vahvasti rikosprosessin järjestelmään. Periaatteessa mainituilla funktiolla voidaan edistää kutakuinkin kaikkia rikosprosessin tehtäviä. Hyödyntämiskieltojen painopiste on kuitenkin yksilön oikeussuojassa ja oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden toteuttamisessa.⁶¹ Aineellisen rikosoikeuden toteuttamisessa vaikutus rajoittuu syyttömien tuomitsemisen ehkäisemiseen. Syyttömän vapauttaminen saattaa tosin yksittäistapauksessa vaikuttaa välillisesti oikean syyllisen löytämiseen ja tuomitsemiseen.

⁵⁹ Koriath suhtautuu hyvin kielteisesti hankkimis- tai esittämiskieltoa rikkomalla saatujen todisteiden hyödyntämismahdollisuuteen. Hän tiivistää kantansa seuraavasti: ”Der Verstoß gegen unselbständige Beweisverbote führt g[r]undsätzlich zu Verwertungsverboten. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz konnte nicht gefunden werden.” Pölönen sen sijaan pitää hyödyntämistä mahdollisena useissa tilanteissa. *Koriath* 1994 s. 105 ja *Pölönen* 2003 s. 323–328.

⁶⁰ Vrt. *Pölönen* 2003 s. 217. Pölönen esittää epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen funktioille rinnasteisina ”itsenäisen hyödyntämiskiellon konstituivia näkökohtia”, joita ovat oikeudenloukkauksen vakavuus, prosessuaalisten sääntöjen loukkaus, oikeuspiiriteoria, normien suojelutarkoituksen teoria sekä punnintateoria. En käsittele näitä teorioita tai näkökohtia tässä yhteydessä, koska ne sijoittuvat olennaisesti eri teoreettiselle tasolle kuin hyödyntämiskieltojen funktiot ja tavoitteet: niiden avulla pyritään vastaamaan kysymykseen siitä, tuleeko hyödyntämiskielto asettaa tiettyssä tilanteessa. Kyse on siis ennemminkin ratkaisumalleista kuin funktioista. Huomautettakoon lisäksi, että mainitut opit koskevat ensisijaisesti epäitsenäisiä hyödyntämiskieltoja, päinvastoin kuin Pölönen esittää. Ks. *Lundqvist* 1998 s. 171–177.

⁶¹ Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden ohella voidaan puhua myös laajemmin rikosoikeudellisen järjestelmän yleisestä legitimitetistä. Ks. *Virolainen – Pölönen* 2004 s. 279.

Suomalainen varsin niukka funktiodiskurssi on siis ollut saksalaisvaikutteista. Saksalaiset painotukset eroavat merkittävästi Yhdysvalloissa käydystä keskustelusta. Siellä oikeuskäytännön ja kirjallisuuden mielenkiinto on kiinnittynyt etenkin kahteen intressiin, joita hyödyntämiskielloilla pyritään edistämään: 1) poliisin väärinkäytöksen estämiseen (*deterrence*) ja 2) oikeudenkäytön integriteettiin (*judicial integrity*). Liittovaltion korkein oikeus toi nämä nimenomaisesti esiin esimerkiksi keskeisessä ratkaisussaan *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 634 (1961).⁶² Pölösen esittämässä hyödyntämiskieltojen funktioiden luokittelussa näistä ensimmäinen vastaa kurinpitofunktiota. Jälkimmäinen taas yhdistää piirteitä oikeussuojafunktiosta ja moraalista funktiosta. Toinen vertailukohta löytyy Pölösen todistamiskieltojen funktioista, tarkemmin sanoen neljännestä pääryhmästä eli vaatimuksesta rikosprosessin eettisestä tai moraalista moitteettomuudesta.⁶³

Molemmat Yhdysvalloissa korostuneista intresseistä ovat Hormian tarkoittamassa merkityksessä leimallisesti ulkoprosessuaalisia intressejä, jotka eivät edistä totuuden selvittämistä. Niiden nojalla torjutaan usein hyvin luotettavaa, syyllisyyskysymyksen kannalta ratkaisevaa todistelu. Yleisön näkökulmasta rikollinen pääsee palkahästä ”muotoseikan” nojalla, esimerkiksi vain, koska poliisimies on tehnyt virheen.⁶⁴ Tämä ei

⁶² *Reamey* 1999 s. 193, ks. myös *Novikoff*, CLR 1974 s. 88–89.

⁶³ Amerikkalaisesta *common law* -käsitteistöä ei löydy täysin yksiselitteisiä, erillisiä vastineita saksalaisperäisille hyödyntämiskieltojen (*Beweiserwertungsverbot*), hankkimis- tai esittämiskieltojen (*Beweiserhebungsverbot*) ja todistamiskieltojen (*Beweisverbot*) käsitteille. *Common law* -todistus oikeuden relevantteja käsitteitä ovat *exclusion of evidence* ja *exclusionary rule*. Näistä jälkimmäinen sisältää sekä hyödyntämiskieltojen että absoluuttisen todistamiskieltojen piirteitä. Joka tapauksessa se sisältää aina hyödyntämisen kieltävän elementin, vaikka kysymys siitä usein aktualisoituukin jo ennen todisteen esittämistä. *Exclusionary rule* -termin huolettomassa kääntämisessä hyödyntämiskielloksi – tai todistamiskielloksi – piilee kuitenkin vaara. Jopa amerikkalaisessa kirjallisuudessa on käsitteellistä epäselvyyttä siitä, tulisiko termillä viitata vain yhteen, liittovaltion perustuslain neljännestä lisäyksestä johdettavaan *the exclusionary rule* -sääntöön vai joukkoon erillisiä sääntöjä ja (prosessuaalisia) sanktioita, jotka vaativat todisteen jättämistä huomiotta. Jälkimmäinen jäsentely tuo amerikkalaisen *exclusionary rule* -käsitteen lähemmäs saksalais-suomalaista vastinettaan. Ks. *Dix*, ACLR 1989 s. 54–56, *McCormick ym.* 1992 s. 672 ja *Reamey* 1999 s. 191. Vrt. esimerkiksi *Gardner – Anderson* 1995 s. 196, jotka korostavat amerikkalaisen hyödyntämiskieltojen (*the American exclusionary rule*) erityislaatuisuutta. Lisäksi on huomattava ero ns. perinteisten ja modernien *exclusionary rule* -normien välillä, ks. tarkemmin *Mueller* 1966 s. 38–42, 52–53. Todettakoon vielä, että hyödyntämiskielto-termiä käytetään OK 17 luvun uudistuspöytäkirjassa liittyvässä oikeusvertailevassa selvityksessä viittaamaan nimenomaan *the exclusionary rule* -sääntöön, ks. OMSO 65/2012 s. 67–68.

Englannin *common law*’n osalta vrt. *Huber* 1999 s. 79: ”Legt man die in der deutschen Strafprozeßlehre entwickelte Systematik der Gründe für die Nichtzulässigkeit von Beweisen zugrunde, lassen sich auch die englischen Ausschlußgründe grob in Beweiserhebungsverbote und Beweiserwertungsverbote einordnen.”

⁶⁴ *Reamey* 1999 s. 192. Usein siteerattu on *exclusionary rule* vastustaneen tuomari Benjamin N. Cardozon toteamus ratkaisussa *People v. Defore*, 242 N.Y. 13 (1926): ”The criminal is

ole omiaan nostamaan kansan luottamusta lainkäyttöön ja saattaa johtaa oikeuslaitokseen pettymiseen ja jopa omankädenoikeuteen.⁶⁵ Siksi erityisesti tämänkaltaisten hankkimis- ja esittämiskieltojen sekä hyödyntämiskieltojen oikeuttamiseksi on voitava esittää vakuuttavia perusteita.

3 OIKEUSTILA SUOMESSA YLEISESTI

3.1 Lainsäädäntö

Vaikka lainsäädännössämme on runsaasti säännöksiä todisteiden hankkimis- ja esittämiskielloista, hyödyntämiskielloista ei ole tähän mennessä juuri säädetty kirjoitetussa laissa. Poikkeuksen muodostaa jätelain (646/2011) 129.1 §, joka voidaan tulkita erityiseksi hyödyntämiskieltoisäännökseksi.⁶⁶ Momentti kuuluu seuraavasti:

Valvontaviranomaisen tai ympäristöministeriön on tehostettava, jollei se ole ilmeisen tarpeetonta, tämän lain nojalla antamaansa kieltoa tai määräystä uhkasakolla tai uhalla, että tekemättä jätetty toimenpide teetetään laiminlyöjän kustannuksella tai toiminta keskeytetään tai kielletään. Tämän pykälän nojalla saatua tietoa ei saa käyttää todisteena rikosta tai laiminlyöntimaksua koskevassa asiassa.

Hallituksen esityksessä viimeisen virkkeen tulkintaan ei kiinnitetä huomiota, ja sen tarkoitus käsitellään hyvin lyhyesti: perusteluksi mainitaan vain itsekriminointisuojan toteuttaminen.⁶⁷ Pykälä ei sisällä varauksia, joten se voidaan tulkita lähtökohtaisesti absoluuttiseksi esittämis- ja hyödyntämiskielloksi.

Virolainen tulkitsee myös OK 17:11:n ja OK 17:32:n yksityisluontoista kirjallista kertomusta ja esitutkintapöytäkirjan lausumia koskevat säännökset erityisiksi hyödyntämiskielloiksi.⁶⁸ Vaikka näistä säännöksistä mahdollisesti voikin aiheutua hyödyntämiskielto, eivät ne muodoltaan ja kirjoitustavaltaan ole varsinaisia hyödyntämiskieltoisäännöksiä, vaan

to go free because the constable has blundered.”

⁶⁵ Suomalaisesta näkökulmasta ja omankädenoikeuteen ajautumisen vaarasta ks. *Viljanen*, DL 2013 s. 155 ja OMML 30/2013 s. 194. Jälkimmäisessä Viljanen ottaa argumenttina esille jopa *Dirty Harry* -elokuvan.

⁶⁶ OMML 69/2012 s. 118 ja OMSO 65/2012 s. 53.

⁶⁷ HE 199/2010 vp s. 63.

⁶⁸ *Virolainen* 1998 s. 425. Yksityisluontoisista kirjallisista kertomuksista ks. *Ojanperä* 2006 s. 164–166.

enemmänkin todistelun välittömyyttä ja suullisuutta turvaavia todistuskeino-kieltoja.⁶⁹ Esimerkiksi OK 17 luvun uudistusta koskevassa todistelutoimikunnan mietinnössä ja mietintöön pohjautuvassa hallituksen esityksessä näitä säännöksiä käsitellään edelleenkin hyödyntämiskielloista erillisenä asiana.⁷⁰ On kuitenkin totta, että OK 17:11:ssa kielletään jätelain 129.1 §:ää vastaavalla tavalla yksityisluontoisten kirjallisten kertomusten ja esitutkintapöytäkirjaan merkittyjen lausumien *käyttäminen todisteena*, minkä voi perustellusti nähdä tarkoittavan esittämiskiellon lisäksi myös poissulkemista todistusharkinnasta.⁷¹ Säännös jättää kuitenkin sekä lainsäätäjälle että tuomioistuimelle harkinnanvaraa (*”ellei laissa toisin säädetä”*⁷² ja vain momentin 1 kohtaa koskeva *”ellei tuomioistuin sitä erityisestä syyistä salli”*). OK 17:11.1:n 1 kohta onkin ymmärrettävissä erityiseksi relatiiviseksi todistamis- ja hyödyntämiskielloksi: tuomioistuimen ei ole pakko sulkea pykälässä tarkoitettuja kertomuksia ja lausumia kokonaan todistusharkinnan ulkopuolelle, mutta se voi näin tehdä. Momentin toinen kohta taas on ymmärrettävissä erityiseksi, muodollisesti absoluuttiseksi todistamis- ja hyödyntämiskieltoisäännökseksi, jonka soveltamista OK 17:32.2:n määräys kuitenkin rajoittaa.

Sekä jätelain 129.1 §:n että OK 17:11:n osalta on kuitenkin muistettava, ettei laissa ole suoraan määritelty ”käyttökiellon” rikkomisen seuraamuksia. Jos todistetta on käytetty esittämällä se oikeudessa, on käyttökieltoa jo rikottu. Tällöin voidaan esimerkiksi rikotun normin suojatarkoituksesta lähtien argumentoida, ettei sen käyttäminen uudestaan todistusharkinnassa enää pahenna tilannetta. Täten myös näiden säännösten vaikutus ja luonne (ainakin nimenomaisina ja absoluuttisina) hyödyntämiskieltoina voidaan riitauttaa ja alistaa seuraavassa alaluvussa käsiteltävillä kriteereillä ratkaistavaksi. Mielestäni on kuitenkin loogista pitää sellaisia kieltoja, jotka kohdistuvat pelkän hankkimisen, esittämisen tai niissä noudatettavan menettelyn sijaan kielellisesti *käyttämiseen todisteena*, lähtökohtaisesti sekä esittämisen- että hyödyntämiskieltoina. Muunlainen tulkinta olisi lain sanamuodon ja käyttöä-sanan arkimerkityksen vastainen.⁷³

⁶⁹ Pölönen 2003 s. 185–187, ks. Virolainen 1998 s. 424. Vrt. Hormia 1979 s. 125–137. Hormian mukaan hyödyntämisingelma ei normaalisti tule edes ajankohtaiseksi OK 17:11.1:n tapauksessa.

⁷⁰ OML 69/2012 s. 115–117 ja HE 46/2014 vp s. 83–85.

⁷¹ Samoin voidaan tulkita mainittuun uudistukseen sisältyvää perustelulausumaa, ks. OML 69/2012 s. 121 ja HE 46/2014 vp s. 92. Aiheesta ja uudistuksesta tarkemmin ks. tämän artikkelin 5 luku.

⁷² Näin on tehty pykälän muissa momenteissa sekä OK 17:32.2:ssa.

⁷³ OK 17:11:stä ks. myös myöhemmin tässä artikkelissa käsiteltävät ennakkopäätökset KKO 2006:107 ja KKO 2007:101.

Myös erinäisten muiden säännösten (VPKL 5:13, UPKL 10:55–57, 59, 8:1.3, 8:12.1, KVOikApuL 27.2 §) on katsottu voivan perustaa hyödyntämiskieltoon. Kyse ei kuitenkaan ole nimenomaisista oikeudenkäynnissä sovellettavan hyödyntämiskieltoon asetavista säännöksistä.⁷⁴ Koska lainsäädäntömme hyödyntämiskieltoisäännöksiksi tulkittavissa kohdissa on joka tapauksessa kyse varsin erikoistuneista määräyksistä, ei niistä ole merkittävää hyötyä hyödyntämiskieltoja koskevan yleisen oikeustilan arvioimisessa. Yleissäännöksen puuttuessa oikeustilamme on käytännössä kokonaan oikeustieteellisen kirjallisuuden ja oikeuskäytännön varassa.

3.2 Oikeustiede

Suomalaisen oikeustieteen perinteinen kanta on ollut, että todisteiden hyödyntäminen on sallittua riippumatta niiden hankkimistavan laillisuudesta.⁷⁵ Nytemmin yleisenä lähtökohtana on, ettei hankkimis- tai esittämiskieltoon rikkomiseen sellaisenaan liity hyödyntämiskieltoa nimenomaisen säännöksen puuttuessa, mutta sellainen on kuitenkin mahdollinen tuomioistuimen tapauskohtaisen harkinnan perusteella.⁷⁶

Todistamis- ja hyödyntämiskieltoja koskeva pioneeriteos Suomessa on Lauri Hormian kahdessa osassa vuosina 1978 ja 1979 julkaistu *Todistamiskielloista rikosprosessissa*. Hormian sinänsä seikkaperäinen esitys on jo melkoisen vanha, eikä siinä ole siten voitu ottaa huomioon varsinkaan perusoikeuksien merkityksen korostumista taikka EIT:n oikeuskäytännön asettamia vaatimuksia, vaikka Hormian voidaankin todeta olleen jonkin verran aikaansa edellä perusoikeusajattelussa.⁷⁷ Hormian ydinteesi on, että hyödyntämisiongelma tulee ratkaista loukatun oikeuslauseen ratiosta käsin – siis teleologisesti – ja tutkimalla, onko tapahtunut korjaamiskelvoton oikeudenloukkaus. Myös todistamiskieltoon rikkomisen ja todistelutuloksen välinen kausaliteetti on otettava harkinnassa huomioon. Näin ollen hyödyntämisiongelman ratkaisuun päästään yksittäistapauksittain *pro et contra* -tyyppisellä argumentaatiolla. Yksiselitteistä, yleistä ratkaisua tai aukotonta järjestelmää Hormia ei tarjoa eikä pidä mahdollisena.⁷⁸

⁷⁴ OMSO 65/2012 s. 53–55. Ks. myös YK:n kidutussopimuksen 15 artikla. Sopimus on saatettu Suomessa voimaan, mutta 15 artiklan mukaista nimenomaista lainkohtaa ei ole säädetty, vaan lainsäädännön ja oikeuskäytännön on jo nyt katsottu täyttävän sen vaatimukset.

⁷⁵ Pölönen, LM 1997 s. 1226.

⁷⁶ Virolainen 1998 s. 425, Pölönen 2003 s. 214–215 ja Ojanperä 2006 s. 166.

⁷⁷ Samalta ajalta todistelusta ihmisoikeusnäkökulmasta ks. myös *Lehtimaja*, DL 1978 s. 443–445.

⁷⁸ *Hormia* 1978 s. 90–91 ja *Hormia* 1979 s. 187. Hormian mallin teleologisuudesta kriittisesti ks. Pölönen 2003 s. 219–220.

Yksittäisiä säännöksiä käsitellessään Hormia päätyi hyödyntämiskieltoon valtakunnan turvallisuutta koskevan OK 17:23.1:n 2 kohdan ja silloisen rikostuomion oikeusvoimaa koskeneen RL 27:5.2:n osalta.⁷⁹ Pääsääntöisesti hyödyntämiskielto on hänen mukaansa asetettava myös, jos tuomari on laiminlyönyt informoida syytetyn lähiomaista tämän OK 17:20:n mukaisesta kokonaiskieltäytymisoikeudesta.⁸⁰ Lisäksi Hormia katsoo vaalisalaisuutta koskevan suojan edellyttävän tehosteekseen ”todisteen hyväksikäyttämiskieltoa”.⁸¹ Sen sijaan hyödyntämiskieltoa ei Hormian mukaan ainakaan yleensä liity seuraaviin todistamiskieltoisäännöksiin: OK 1:7, 17:24 ja 17:23:n 1 ja 2 momentti lukuun ottamatta valtakunnan turvallisuutta koskevaa todistusteemakieltoa.⁸²

Hormian jälkeen perusteellisimmin hyödyntämiskieltoja on kotimaisessa oikeustieteessä käsitellyt Pasi Pölönen väitöskirjassaan *Henkilötodistelu rikosprosessissa*. Itsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta Pölönen esittää – lähinnä saksalaiseen oikeustieteeseen nojaten – hyödyntämisiongelman ratkaisuksi *perusoikeusmyönteistä punnintamallia*. Epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta hän katsoo, että hyödyntämiskieltojen asettaminen riippuu todistamiskieltoisäännöksen tyypistä.⁸³

Perusoikeusmyönteisessä punninnassa eri suuntiin vievät intressit ja normeista ilmenevät oikeusperiaatteet asetetaan vastakkain, ja tuomioistuinin tekee ratkaisun yksittäistapauksittain.⁸⁴ Punninta on lähtökohtaisesti tasapainoista siinä merkityksessä, ettei olettaa ole sen enempää hyödyntämiskieltojen puolesta kuin sitä vastaanakaan. Tuomioistuimilla on kuitenkin perus- ja ihmisoikeusmyönteiseen laintulkintaan perustuva velvollisuus asettaa hyödyntämiskielto, jos todisteen hyödyttäminen johtaisi oikeudenkäynnin epäoikeudenmukaisuuteen, perus- tai ihmisoikeusloukkaukseen tai muuhun rikoksen selvittämisen intressiin nähden suhteettoman vakavaan perus- tai ihmisoikeusrajoitukseen. Punnintakriteereitä ovat mm. rikoksen

⁷⁹ *Hormia* 1979 s. 10–11, 20.

⁸⁰ *Hormia* 1979 s. 76–78.

⁸¹ *Hormia* 1979 s. 15.

⁸² *Hormia* 1979 s. 29, 40–41, 88–89, 100–101, 119–121.

⁸³ *Pölönen* 2003 s. 219–228, 323–328. Punnintamallille melko yksiselitteistä tukea antavat Pölösenkin siteeraama HE 52/2002 vp s. 27–28 sekä oikeuskäytännössä siihen viittaavat KKO 2007:58 ja KKO 2011:91. Pölöselle vaikutteita antaneessa saksalaisessa kirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä punninnan on katsottu soveltuvan ratkaisumalliksi erityisesti itsenäisten hyödyntämiskieltojen, mutta usein myös epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta. Toisaalta Saksassa on myös esitetty, ettei punninnalle ole lainkaan sijaa, kun kyse on keskeisten perus- ja ihmisoikeusmääräysten loukkauksista. Ks. *Koriath* 1994 s. 92–94, 105, *Schaal* 2002 s. 78, *Roxin*, HRRS 2009 s. 187 ja *Eisenberg* 2011 s. 126.

⁸⁴ Punninnan käsitteestä ks. *Virolainen – Martikainen* s. 456 ja *Aarnio* 2006 s. 115.

selvittämistäintressin painavuus⁸⁵, oikeudenloukkauksen laatu ja laajuus, oikeudenloukkauksen korjaamiskelpoisuus, esitutkintaviranomaisten menettelyn tahallisuus, todisteen merkitys, syytetyn mielipide ja etäisvaihutuksen arvioinnissa ns. *inevitable discovery*.⁸⁶

Epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta Pölönen katsoo ensinnäkin, että absoluuttisista todistamiskielloista seuraa automaattinen ja absoluuttinen hyödyntämiskielto. Absoluuttisina todistamiskieltoina hän pitää seuraavia säännöksiä: OK 17:20, 17:22, 17:23.1:n 1, 2 ja 4 kohdat, 17:23.4 ja 17:24, VPKL 5a:10 ja siihen viittaava VPoL 31 e §⁸⁷, KirkkoL 5:2.2 ja 6:29⁸⁸, KVOikApuL 27.2 § sekä YK:n kidutuksen vastaisen yleissopimuksen (kidutuksen ja muun julman, epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen vastainen yleissopimus, SopS 59–60/1989) 15 artikla.⁸⁹

Relatiiviset todistamiskielto Pölönen jakaa kolmeen ryhmään: 1) rikoksen ”ylitörkeyteen” sidotut relatiiviset todistamiskielto, 2) yksittäistapauksittain arvioitavat todistamiskielto ja 3) muut relatiiviset todistamiskielto.⁹⁰

Ensimmäiseen ryhmään kuuluvat VPKL 4:2, VPKL 5a:10:n toinen lause ja siihen viittaava VPoL 31 e § sekä OK 17:23 muilta kuin em. mainituin osin. Ensimmäiseen ryhmään kuuluvan todistamiskielto loukkaamisesta seuraa *vahva hyödyntämiskielto-olettama*, tosin vain jos rikos ei ole ylitörkeä. Toiseen ryhmään Pölönen laskee VETL 24 ja 29 §:t, joiden loukkauksista seuraa lähtökohtaisesti *avoin hyödyntämiskieltopunninta*. Kolmannen ryhmän muodostavat OK 1:7, VPKL 6:4, esitutkinnan sallittua sisältöä koskevat kirjaamissäännöt sekä OK 17:32.2 osittain. Näiden loukkauksista seuraa *hyödyntämiskielto-olettama*.⁹¹

Hormian ja Pölösen lisäksi hyödyntämiskielto-ongelmaa on Suomessa käsitelty vain hajanaisesti, joskin viime aikoina enenevässä määrin. Usein kirjoittajat ovat tosin lähinnä tyytyneet referoimaan Hormian ja Pölösen

⁸⁵ Toisin *Roxin*, HRRS 2009 s. 187. Selvittämistäintressi rinnastunee käytännössä rikoksen vakavuuteen. Rikoksen vakavuuden huomioiminen ei ole mitenkään pelkästään punnintaoppiin liittyvä näkökohta, vaan esimerkiksi amerikkalaisessa keskustelussa on jo kauan sitten esitetty vakavimpien rikosten rajaamista pois sääntömuotoisen hyödyntämiskielto soveltamisalasta. Ks. *Kaplan*, SLR 1974 s. 1046–1049.

⁸⁶ *Pölönen* 2003 s. 219–228, 323–328. *Inevitable discovery* -opista ks. 4.1.

⁸⁷ Ennen lainmuutosta 525/2005 säännöksen pykälänumero oli VPoL 31 d §.

⁸⁸ Ennen lainmuutosta 1008/2012 säännöksen pykälänumero oli KirkkoL 6:12. Mainitut KirkkoL:n säännökset koskevat papin ja lehtorin rippisalaisuutta. Samaan ryhmään Pölönen laski ortodoksisen kirkon papin vaitiolovelvollisuutta koskeneen ortodoksisesta kirkkokunnasta annetun lain (521/1969) 43 §:n. Tätä säännöstä vastaa nykyisin ortodoksisesta kirkosta annetun lain (985/2006) 110 §.

⁸⁹ *Pölönen* 2003 s. 324–325.

⁹⁰ *Pölönen* 2003 s. 325–326.

⁹¹ *Pölönen* 2003 s. 325–326.

ajatuksia tai kommentoimaan yksittäisiä oikeustapauksia, säännöksiä tai todistelutoimikunnan mietintöön sisältyvää säännösehdotusta.⁹² Pölösen punnintamallia ja hänen mainitsemiaan kriteereitä ei ole juuri arvioitu kriittisesti kotimaisessa kirjallisuudessa.⁹³ Seuraavassa on tiivistetty muutamia suomalaisten oikeustieteilijöiden kannanottoja.

Jyrki Virolainen kritisoi vapaan todistelun asettamista hyödyntämiskieltojen edelle jo ennen Pölösen väitöskirjan ilmestymistä. Hän kannattaa sitä, että todistuskieollosta seuraisi pääsääntöisesti hyödyntämiskielto. Poikkeuksia pääsäännöstä voitaisiin tehdä painavista syistä ja lähinnä epäillyn oikeusturvaa silmällä pitäen – tosin Virolainen ei nimenomaisesti mainitse, että todisteen olisi *aina* oltava hyödynnettävissä syytetyn eduksi. Virolainen toteaa myös, että käytännössä ratkaisu joudutaan tekemään tapaus tapaukselta intressivertailun pohjalta. Virolainen kannattaa yleisen hyödyntämiskieltopykälän ottamista lakiin.⁹⁴

Antti Jokelan mukaan kielletyllä tai epäasianmukaisella tavalla hankittujen todisteiden hyödyntäminen on jossain määrin sallittua. Tähän hän päätyy vapaan todistelun ja todistusharkinnan pohjalta, koska kysymystä ei ole säännelty prosessilaissamme. Jokela tuntuu kannattavan eräänlaista liukuvaa hyödynnettävyyttä, jossa perus- ja ihmisoikeudet vähintäänkin rajoittavat laittomasti tai epäasianmukaisesti hankitun todisteen painoarvoa, elleivät estä sen hyödyntämistä kokonaan. Varsinaista hyödyntämiskieltoa hän puoltaa tapauksissa, joissa todiste on hankittu todistamiskieltoa vakavasti tai selvästi loukaten. Toisaalta syyttömän suojaamisen periaate edellyttää hänen mukaansa sitä, että laittomastikin hankittuja todisteita on voitava lukea syytetyn hyväksi.⁹⁵

Jokelankin malli vaikuttaa olevan eräänlaista punnintaa, joskin se eroaa hieman Pölösen esittämästä punnintamallista juuri sen sisältämässä liukuvuudessa.⁹⁶ Jokela ei kannata hyödynnettävyyden tarkkaa sääntelyä,

⁹² Ks. tarkemmin 5.1.

⁹³ Yleisesti punnintamallin suurimpien ongelmien voidaan katsoa olevan juuri punnintakriteerien tarkkaan määrittämiseen liittyvät vaikeudet sekä ratkaisujen tapauksittaisesta tekemisestä aiheutuva oikeudellinen epävarmuus. Punnintamallista ja sen kritiikistä ks. *Koriath* 1994 s. 96–100, *Lundqvist* 1998 s. 174–175, *Schaal* 2002 s. 78–80, 87–89, *Pölönen* 2003 s. 218, *Roxin*, HRRS 2009 s. 187 ja *Eisenberg* 2011 s. 123.

⁹⁴ *Virolainen* 1998 s. 424–426. Virolainen korostaa hyödyntämiskieillon pääsääntöisyyden merkitystä myös todistelutoimikunnan mietinnöstä antamassaan lausunnossa, ks. OMLL 30/2013 s. 198–199.

⁹⁵ *Jokela* 2008 s. 561–562.

⁹⁶ Samanlaista liukuvaa hyödynnettävyyden ymmärtämistä voidaan havaita EIT:n tuomiokäytännössä sekä kotimaisissa ennakkopäätöksissä KKO 2000:35, KKO 2011:91 ja KKO 2013:25, joista lisää seuraavassa alajaksossa. Jokelan ja Pölösen mallien samankaltaisuudesta vrt. OMSO 65/2012 s. 64.

koska hän katsoisi sen voivan johtaa siihen, että hyödynnettävyydestä käytäisiin erillisiä oikeudenkäyntejä kuten Yhdysvalloissa. Sen sijaan laissa voitaisiin määritellä ne perusteet, jotka olisi otettava huomioon hyödyntämisharkinnassa.⁹⁷

Dan Fränden lähtökohta on heikko hyödyntämiskielto-olettama. Kituduksen ja muiden perustuslain 7.2 §:n loukkausten hän katsoo vaativan hyödyntämiskieltoa. Muutoin hyödynnettävyys on ratkaistava tapauskohtaisesti punnitsemalla todisteen merkitystä ja loukkauksen vakavuutta.⁹⁸ Frände on myös ilmaissut kannattavansa ns. rikosprovokaatiolla hankittujen todisteiden asettamista hyödyntämiskieltoon.⁹⁹

Varsin kielteisesti hyödyntämiskieltoihin on suhtautunut *Pekka Viljanen*. Vaikka todisteiden hankkimista koskevat säännökset on hänen mukaansa tarkoitettu noudatettavaksi, ei kuitenkaan ole selvää, mitä niiden rikkomisesta on syytä seurata. Varsinaisten ”todistamis- tai käyttökieltojen” vastaisesti saatuja todisteita ei kuitenkaan hänen mukaansa saa hyödyntää.¹⁰⁰

3.3 Oikeuskäytäntö

3.3.1 Korkeimman oikeuden ennakkopäätökset

Korkein oikeus on aivan viime vuosina antanut kourallisen nimenomaisesti hyödyntämiskieltojen asettamista koskevia ennakkopäätöksiä. Lisäksi on olemassa lukuisia 2000-luvun ennakkopäätöksiä, joissa ei nimenomaisesti mainittu termiä hyödyntämiskielto, mutta joissa kyse oli silti todisteen hyödyntämisen sallittavuudesta. Esittelen seuraavaksi näistä tärkeimmät. Aloitan oikeuskäytännön läpikäynnin kuitenkin 1990-luvun tapauksesta KKO 1995:66, jonka otsikko kuuluu seuraavasti:

KKO 1995:66

Vastaajan oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 20 §:ssä tarkoitettu lähiomainen oli kieltäytynyt todistamasta oikeudenkäynnissä. Todistajana oli kuultu lähiomaista esitutkinnassa puhutellutta poliisia, joka oli kertonut, mitä lähiomainen oli alustavassa puhuttelussa kertonut syytteessä tarkoitettusta teosta. Todistajankertomukseen ei voitu nojautua näyttönä jutussa.

⁹⁷ *Jokela* 2008 s. 562–563.

⁹⁸ *Frände* 2009 s. 378.

⁹⁹ *Frände*, LM 2004 s. 410–411, ks. EIT:n ratkaisu Teixeira de Castro v. Portugali 9.6.1998.

¹⁰⁰ *Viljanen*, DL 2013 s. 155. Viljanen esittää tosin lähinnä oikeuspoliittisia huomioita, ei niinkään lainopillista tulkintaa.

Kyseinen tapaus ratkaistiin vahvennetussa jaostossa, ja päätös syntyi äänestyksen tuloksena. Äänestys tosin koski vain perusteluja. Olennainen kysymys oli, voitiinko todistajan OK 17:20:n mukainen kieltäytymisoikeus kiertää kuulemalla poliisimies C:tä siitä, mitä todistaja B oli alustavassa puhuttelussa kertonut.

Kihlakunnanoikeus oli tuominnut vastaajan viitaten sekä B:n kertomukseen alustavassa puhuttelussa että tämän kertomukseen esitutkinnassa, eikä hovioikeus ollut muuttanut tuomiota. Korkeimman oikeuden enemmistö perusteli hyödyntämisen kieltävää ratkaisuaan sillä, että C:n kuuleminen siitä, mitä B oli kertonut alustavassa puhuttelussa, oli merkinnyt tosiasiallisesti lähisukulaisuuden suojan murtamista. Lisäksi enemmistö viittasi kansalaisyhteiskuntaoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen (KP-sopimus) ja EIS:n velvoitteisiin. KP-sopimuksen 14(3) artiklan e kohdan ja EIS 6(3) artiklan d kohdan mukaan syytetyllä on oikeus kuulustella tai kuulustuttaa todistajia, jotka kutsutaan todistamaan häntä vastaan (kontradiktorinen periaate).¹⁰¹ B:n kieltäytyttyä todistamasta asiassa syytetty A:lla ei ollut ollut mahdollisuutta esittää kysymyksiä suoraan B:lle, minkä vuoksi enemmistö katsoi, että langettavan tuomion perustaminen C:n kertomukseen johtaisi ristiriitaan syytetyn vähimmäis-oikeuksia koskevien sopimusmääräysten kanssa.

Korkeimman oikeuden ratkaisuun jätettiin kaksi eriävää mielipidettä. Niissä molemmissa B:n alustavassa puhuttelussa antama kertomus olisi jätetty huomiotta, koska tämän asema oli alustavan puhuttelun aikaan ollut vielä epäselvä. B oli itse ollut epäilyksenalainen eikä siten ollut voinut harkita kieltäytymisoikeuteen vetoamista. Esitutkinnassa annettujen lausumien osalta molemmissa eriävissä mielipiteissä todettiin, ettei vapaan todisteluteorian vallitessa ole esteitä todistajan kuulemiselle esitutkinnan tapahtumista. Oikeusneuvos *Kati Hidén* kiinnitti lisäksi huomiota siihen, ettei C ollut ollut läsnä esitutkintakuulustelussa, jonka oli suorittanut toinen poliisimies. Enemmistön tavoin Hidén viittasi myös ihmisoikeussopimusten velvoitteisiin.

Oikeusneuvos *Mikko Tulokas* sen sijaan ei viitannut ihmisoikeussopimukseen. Hänen mukaansa pelkästään esitutkintapöytäkirjan esittäminen selvitykseksi B:n lausunnosta todistajana poliisikuulustelussa ei kuitenkaan riittänyt todisteeksi oikeudessa. Tulkitsen oikeusneuvos Tulokkaan lausuman siten, että esitutkinnassa annettu lausuma olisi hänen mukaansa ollut hyödynnettävissä, mutta näyttöarvoltaan riittämätön.

Kaiken kaikkiaan ratkaisun perustelut ovat niukat ja melko ylimalkaiset, eikä niistä käy selvästi ilmi, miten hyödyntämiskelvottomuuteen päädyttiin.

¹⁰¹ Kontradiktorisesta periaatteesta ks. *Ervo* 1996 s. 81–152.

Käytännössä perustelut koostuvat vain niiden säännösten ilmoittamisesta, joita tapauksessa oli rikottu. Korkein oikeus ei arvioinut näiden säännösten tavoitteita, funktioita taikka merkitystä rikosprosessin järjestelmässä. Eriävien mielipiteiden osalta epäselväksi jää, miksi vapaa todisteluteoria soveltuisi esitutkintaa koskevaan todisteluun mutta ei alustavassa puhuteluissa annettuihin lausumiin. Sen paremmin Hidén kuin Tulokaskaan ei perustellut, *miksi* siitä, ettei B ole voinut harkita kieltäytymisoikeutensa käyttämistä, tulisi seurata lausuman jättäminen ”merkitystä vaille”.

Enemmistön perustelujen osalta ongelmallista on se, ettei enemmistö lausunut nimenomaisesti esitutkintakertomuksen hyödyntämisen sallittavuudesta. Perustelujen puutteellisuudesta huolimatta – ehkä jopa siitä johtuen, sillä enemmistö on ilmeisestikin pitänyt asiaa itsestään selvänä – enemmistön kannasta on joka tapauksessa tehtävissä tulkinta, että lähiomaissuojan kiertäminen vaatii aina seurauksekseen hyödyntämiskieltoa. Lähiomaissuoja on siten ehdoton, ja OK 17:20 on tulkittava absoluuttiseksi todistamiskielloksi.¹⁰² Hivenen epäselvää on se, olisiko jo pelkkä kontradiktorisen periaatteen loukkaaminen vaatinut hyödyntämiskielton asettamista.¹⁰³

Ratkaisussa KKO 2000:35 kyse oli syytetyn esitutkintakertomuksen hyödynnettävyydestä tilanteessa, jossa syytetty sittemmin peruutti tunnustuksensa. Ratkaisun otsikko on yksinkertainen, eikä siinä mainita hyödynnettävyyttä:

KKO 2000:35

Kysymys vastaajan esitutkintakertomuksen merkityksestä näyttönä rikosasiassa.

Tapauksessa huumausainerikoksesta syytetty A oli kertonut kahteen eri otteeseen esitutkinnan aikana kasvattaneensa Cannabis sativa -kasveja jo kymmenen vuoden ajan omaan käyttöönsä ja polttaneensa näistä kasveista valmistamiaan marihuanasätkiä päivittäin, vuodessa noin 2000 sätkää. Kotietsinnässä ei ollut löytynyt mitään näyttöä, joka olisi tukenut A:n alkuperäistä kertomusta. A oli sittemmin kiistänyt sekä käräjä- että hovioikeudessa kasvattaneensa kannabista. Käräjäoikeus oli todennut näytön kasvatuksen osalta riittämättömäksi. Hovioikeus puolestaan oli katsonut näytetyksi, että A oli syyllistynyt siihen rikokseen, josta hänelle oli vaadittu rangaistusta.

¹⁰² Samoin *Pölönen* 2003 s. 266–267: ”Lähiomaisen esitutkintakertomus ei voikaan koskaan tulla lailliseksi oikeudenkäyntiaineistoksi – –, jos lähiomaisen välitön kuuleminen tuomioistuimessa estyy OK 17:20:n kokonaiskieltäytymisoikeuden perusteella.”

¹⁰³ Ks. KKO 1996:50 ja *Pölönen* 2003 s. 92–93.

Korkein oikeus ei asettanut A:n esitutkintakertomuksia hyödyntämiskieltoon, vaan vetosi OK 17:2:ään ja vapaan todistelun periaatteeseen:

Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 2 §:n mukaan oikeuden tulee, harkittuaan huolellisesti kaikkia esiintulleita seikkoja, päättää, mitä asiassa on pidettävä totena. Saman luvun 4 §:n mukaan jos asianosainen on asiassa, jossa sovinto ei ole sallittu, oikeudessa tunnustanut jonkin seikan, oikeuden tulee tutkia, mikä vaikutus asianosaisen tunnustuksella todisteena on oleva. Syylliseksi epäillyn esitutkinnassa antaman tunnustuslausuman näyttöarvosta häntä vastaan ajatus rikosasiassa ei ole säännöksiä. Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 32 §:n säännös todistelun suullisuudesta ja välittömyydestä ei vapaan todistusharkinnan periaate huomioon ottaen estä tässä tilanteessa käyttämästä vastaajan esitutkintakertomusta näyttönä asiassa. Näyttöä arvioitaessa huomiota on kiinnitettävä myös siihen, että A on oikeudessa peruuttanut esitutkinnassa tekemänsä tunnustuksen. On selvää, että tuomiota ei voida perustaa yksin tai pääasiassa syylliseksi epäillyn esitutkinnassa antamaan, sittemmin peruuttamaan lausumaan.

Korkein oikeus siis katsoi esitutkintakertomuksen hyödyntämiskelpoiseksi, mutta sen näyttöarvon vähäiseksi. Muun näytön puutteessa korkein oikeus katsoi kannabiksen kasvattamisen jääneen näyttämättä, kumosi hovioikeuden tuomion ja jätti asian käräjäoikeuden tuomion varaan.

Äänestysratkaisussa KKO 2000:71 kyse oli asianomistajan esitutkintakertomuksen lukemisesta pääkäsittelyssä ja hyödyntämisestä. Ratkaisun otsikko on seuraava:

KKO 2000:71

Syyttäjä oli vaatinut A:lle rangaistusta siitä, että tämä oli pahoinpidelty B:tä. B selitti häntä käräjäoikeudessa todistelutarkoituksessa kuulusteltaessa, että hän ei halunnut lausua asiassa mitään. B:n ei asianomistajana tarvinnut kertoa mitään eikä vastata hänelle esitettyihin kysymyksiin. B:n esitutkinnassa antama kertomus saatiin tässä tapauksessa lukea käräjäoikeuden pääkäsittelyssä ja ottaa todisteena huomioon. Kun A:lla ei ollut B:n kieltäytymisen johdosta tilaisuutta kuulustuttaa B:tä ja kun muu jutussa esitetty näyttö ei ollut riittävä selvitys A:n syyllisyydestä, syyte hylättiin. (Ään.)

Asianomistaja B oli syytetty A:n kihlattu. Käräjäoikeus oli tehnyt käsittelyratkaisun, jonka mukaan asianomistajalla ei ollut OK 17:61 huomioon ottaen OK 17:20:ään perustuvaa oikeutta kieltäytyä todistelutarkoituksessa tapahtuvasta kuulustelusta. B:n kieltäydyttyä kertomasta asiasta mitään syyttäjä luki hänen esitutkinnassa antamansa kertomuksen. Käräjäoikeus totesi, että B:n esitutkinnassa antama kertomus oli siten OK 17:32.2:n

nojalla tullut lailliseksi oikeudenkäyntiaineistoksi asiassa. Hovioikeus ei muuttanut tuomiota. Valituksessaan korkeimmalle oikeudelle A katsoi, että B:llä oli ollut hänen kihlattunaan kieltäytymisoikeus eikä käräjäoikeus olisi saanut nojautua B:n esitutkinnassa antamaan kertomukseen näyttönä A:n syyllisyydestä.

Korkeimman oikeuden enemmistön mukaan esitutkintakertomuksen lukeminen oli ollut sallittua, koska ROL 6:7.2:n mukaan asianomistajaan sovelletaan OK 17:32:ssä säädettyä soveltuvien osin, ja OK 17:32.2:ssa mainittu edellytys täyttyi. Korkeimman oikeuden mukaan OK 17:20:n säännökset todistajan kieltäytymisoikeudesta eivät koskeneet asianomistajaa.¹⁰⁴

Lopputuloksen kannalta ratkaisevaksi muodostui kontradiktorisen periaatteen merkitys. Syytetyllä ei ollut ollut mahdollisuutta kuulustella tai kuulustuttaa B:tä, kun tämä oli kieltäytynyt lausumasta asiassa mitään. Tältä osin niin enemmistö kuin eriävän mielipiteen jättänyt oikeusneuvoskin viittasivat periaatteen voimassaoloon Suomessa vanhastaan, KP-sopimuksen 14(3) artiklan e kohtaan sekä EIS 6(3) artiklan d kohtaan. Muun näytön ollessa riittämätön enemmistö kumosi alempien oikeusasteiden antaman tuomion ja vapautti A:n hänelle tuomitusta rangaistuksesta.

Enemmistön perustelut ovat varsin niukat sekä esitutkintakertomuksen lukemisen sallittuuden että kontradiktorisuusvirheen rasittaman kertomuksen näyttöarvon suhteen. Perustelut eivät sisällä *pro et contra* -argumentaatiota. Lisäksi ne jättävät epäselväksi, olisiko esitutkintakertomus kontradiktorisuusvirheestä huolimatta voinut vaikuttaa arvioon esimerkiksi rajatapauksessa. Perustelujen sanamuoto mahdollistaa ainakin kolme erilaista tulkintaa tapauksesta ilmenevästä oikeusohjeesta. Ensinnäkin, perustelut voidaan tulkita siten, että kertomuksella olisi tällaisessa tapauksessa vähäinen näyttöarvo ja se saattaisi sinänsä vaikuttaa lopputulokseen, mutta syyksilukevaa ratkaisua ei voitaisi perustaa pääasiallisesti siihen. Toiseksi, kertomuksen näyttöarvon voidaan tulkita olevan olematon. Kolmanneksi, ratkaisu voidaan tulkita siten, että kertomus tulisi jättää kokonaan hyödyntämättä, siis oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle – ei lähiomaissuojan vaan kontradiktorisuusperiaatteen loukkauksen takia. Tällöin oikeusohjeena olisi se, että puutteesta kuulustelumahdollisuuden toteutumisessa seuraisi hyödyntämiskielto.

Kolmas tulkinta olisi hyödyntämiskieltoja koskevan keskustelun valossa teoreettisesti puhdasoppisin, mutta sitä vastaan puhuu otsikon sanamuoto ”saatiin lukea käräjäoikeuden pääkäsittelyssä ja *ottaa todisteena huo-*

¹⁰⁴ Tätä kantaa on kritisoinut erityisesti Jyrki Virolainen, ks. *Virolainen* 1998 s. 314, *Virolainen*, DL 2000 s. 673–674, *Virolainen – Pölönen* 2004 s. 219–221 ja Virolaisen kannan hyväksyvästi *Viljanen*, DL 2001 s. 1013. Mielestäni kritiikki on hyvin perustelua.

mioon”, eikä sille ole muutenkaan löydettävissä suoraa tukea ratkaisun perusteluista.¹⁰⁵ Toinen – käytännössä samaan lopputulokseen johtava, mutta eri teoreettisella tasolla liikkuva – tulkinta taas on mielestäni systeeminvastainen. Hyödyntämisen periaatteellinen salliminen mutta näyttöarvon pudottaminen kategorisesti nolnaan ihmisoikeusvelvoitteista johtuen ei mielestäni ole sovitettavissa yhteen vapaan todistusharkinnan periaatteen kanssa. Syytetyn perus- ja ihmisoikeuksien suojaaminen pitäisi toteuttaa estämällä todisteiden ottaminen mukaan (vapaaseen) todistusharkintaan, ei muodostamalla näyttöarvon määrittämistä ohjaavia sääntöjä, jotka vaikuttavat todistusharkinnan sisällä.¹⁰⁶

Jäljelle jää näin ollen ensimmäinen tulkintavaihtoehto, jonka mukaan 1) kertomus on kontradiktorisuusperiaatteen loukkauksesta huolimatta hyödyntämiskelpoinen eli se kuuluu todistusharkinnassa huomioon otettavaan aineistoon, 2) sillä on pieni, tapausittain määräytyvä näyttöarvo, mutta 3) langettavaa tuomiota ei voida perustaa yksin tai pääasiassa siihen.¹⁰⁷ Tämäkään tulkinta ei ole täysin vapaa ristiriidoista vapaan todistusharkinnan periaatteen kanssa, mutta se ei merkitsisi yhtä suurta poikkeamaa siitä kuin edellinen vaihtoehto. Vapaa todisteluteoria ei ole poikkeukseton.

Eri mieltä ollut oikeusneuvos *Markku Arponen* ilmaisi tämän EIT:n linjaa mukailevan tulkintavaihtoehdon mielipiteessään enemmistöä selkeämmin. Hän viittasi KP-sopimuksen ja EIS:n lisäksi EIT:n oikeuskäytäntöön¹⁰⁸ ja totesi seuraavaa: ”Langettavaa tuomiota ei saa perustaa esitutkintakertomukseen, mikäli se on ainoa tai ratkaiseva näyttö asiassa.”¹⁰⁹ Lisäksi hän käsitteli tarkemmin A:n ja B:n kihlauksen merkitystä esitutkintakertomuksen lukemiselle ja hyödyntämiselle.

Todisteen käyttöä koskevan ongelman ratkaisemiseksi oikeusneuvos Arponen turvautui *pro et contra* -argumentointiin. Todisteen käyttämisen puolesta puhuvaksi seikaksi hän katsoi sen, että hyödyntämättä jättäminen on ristiriidassa vapaan todisteiden harkinnan ja aineellisen totuuden tavoitteen kanssa. Käyttämistä vastaan hän katsoi puhuvan OK 17:20, 17:24 ja 17:65:stä ilmenevän yleisen periaatteen, jonka mukaan todiste-

¹⁰⁵ Tämä kohta koskee tosin juuri esitutkintakertomusta sinänsä, ei *kontradiktorisuusvirheen rasittamaa* esitutkintakertomusta, jonka hyödynnettävyydestä korkein oikeus ei lausu mitään. Otsikon sanamuodosta voidaan kuitenkin tehdä eräänlainen *e contrario* -päätelmä hyödyntämiskieltoa vastaan, juurikin siksi että hyödynnettävyydestä ei lausuta otsikossa eikä koko ratkaisussa päinvastaista.

¹⁰⁶ Ks. 2.2.2.

¹⁰⁷ Samansuuntaisesti *Jokela* 2008 s. 561 ja *Ervo*, LM 2000 s. 994–995.

¹⁰⁸ *Unterpertinger v. Itävalta* 24.11.1986, *Delta v. Ranska* 19.12.1990 ja *Itävalta v. Asch* 26.4.1991.

¹⁰⁹ Myös enemmistön käyttämä kieli viittaa EIT:n käytännöstä tuttuun argumentaatiotapaan, mutta ei vie sitä loppuun. Vrt. *Pölonen* 2003 s. 95 ja erityisesti av. 312.

lutarkoituksessa kuultavaa henkilöä ei saa pakottaa toimimaan läheisensä vahingoksi, sekä perustuslaissa turvatun yksityiselämän suojan ja EIS:n mukaisen oikeuden nauttia yksityis- ja perhe-elämän kunnioitusta. Oikeusneuvos Arponen kuitenkin totesi, että törkeä pahoinpitely on virallisen syytteen alainen rikos ja ilmaisi epäilyn siitä, että uhri on voinut joutua läheisessä suhteessa painostuksen kohteeksi ja että hänen yksityisyydensuojansa voi kääntyä häntä vastaan, vain syytetyn eduksi. Täten hän päätyi kertomuksen hyödynnettävyyteen uhrin oikeuksista käsin.¹¹⁰ Myöskään erivävissä mielipiteessä ei siis kannatettu epäitsenäisen hyödyntämiskiellon asettamista OK 17:20:n pohjalta taikka itsenäisen hyödyntämiskiellon asettamista yksityisyyteen tai yksityis- ja perhe-elämään kohdistuvan suojan perusteella.

Ratkaisun ennakkopäätösarvo on perustelujen puutteellisuuden ja epäselvyyden vuoksi heikko. Siitä on silti tehtävissä kritiikille altis johtopäätös, että OK 17:20:n mukaista todistajan lähiomaissuojaa ei sovelleta asianomistajaan. Lisäksi toisin kuin lähiomaissuojan osalta aiemmassa ennakkopäätöksessä KKO 1995:66 todettiin, asianomistajan kieltäytymisoikeutta suojaava todistamiskielto ei jostain syystä ole siinä mielessä absoluuttinen, että sen kiertäminen OK 17:32:n perusteella johtaisi hyödyntämiskieltoon.¹¹¹

Kysymykseen kontradiktorisen periaatteen loukkauksesta seuraavasta hyödyntämiskielloista ratkaisu ei anna yksiselitteistä vastausta. Tarkemmin sanottuna, ratkaisussa ei edes käsitellä tätä kysymystä. Suuri ongelma onkin nähdäkseni juuri se, ettei korkein oikeus hahmottanut, että tapauksessa oli käsillä *kaksi erillistä seikkaa*, jotka voivat potentiaalisesti perustaa hyödyntämiskiellon: lähiomaissuojan loukkaus ja kontradiktorisuusperiaatteen loukkaus.¹¹² Hieman kärjistäen, ensimmäisen osalta korkein oikeus päätyi väärään ratkaisuun ja toisesta se ei edes tehnyt ratkaisua.

Tapauksissa KKO 2006:107 ja KKO 2008:68 oli kyse kontradiktorisuusvirheistä lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevissa tapauksissa. Molemmat tapaukset ratkesivat vasta äänestyksen jälkeen.

¹¹⁰ Mielestäni tämä erivä mielipide edustaa sinänsä kannatettavaa ajatusta, että rikosprosessissa ei ole kyse vain *syytetyn* ihmis- ja perusoikeuksista, vaan asioita tulisi tarkastella myös uhrilähtöisesti. Kysymys uhrin todellisesta edusta on kuitenkin monimutkainen ja vaikea, kun kysymys on perheväkivallasta tai muusta lähisuhteesta tapahtuneesta rikoksesta.

¹¹¹ Ratkaisusta on vaikea löytää vahvoja argumentteja puolutamaan tätä eroa. Ks. *Pölönen* 2003 s. 266.

¹¹² Ks. tapauksesta myös *Ervo*, LM 2000 s. 980–996, *Rautio* 2000 s. 477–480, *Virolainen*, DL 2000 s. 669–678, *Pölönen* 2003 s. 273–279, *Virolainen – Pölönen* 2004 s. 219–221 ja *Virolainen – Martikainen* 2010 s. 345–346, 417–418, 435–436.

KKO 2006:107

Kehitykseltään viivästyneen 9-vuotiaan lapsen oli epäilty joutuneen seksuaalisen hyväksikäytön kohteeksi. Lapsen esitutkinnassa antamat kertomukset oli tallennettu videotallenteelle, mutta rikoksesta epäillylle ei ollut varattu tilaisuutta esittää lapselle kysymyksiä eikä lasta voitu kuulla henkilökohtaisesti tuomioistuimessa. Kysymys siitä, saiko videotallennetta käyttää todisteena tuomioistuimessa. (Ään.)

KKO 2008:68

Tuomitessaan A:n lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä hovioikeus oli todennut, että näyttö perustui pääasiassa lapsen psykologille kertomaan. Näyttönä lapsen kertomasta oli esitetty ainoastaan psykologin todistajana antama kertomus. Lapsen ja psykologin keskusteluja ei ollut tallennettu eikä A:lla ollut mahdollisuutta esittää lapselle kysymyksiä. Näissä olosuhteissa syyksilukemista ei saanut perustaa pääasiassa psykologin kertomukseen. Kun muukaan näyttö ei ollut riittävä syyksilukemiseen, syyte hylättiin. (Ään.)

Ensimmäisessä tapauksessa korkein oikeus päätyi ottamaan videotallenteen vastaan ja hyödyntämään sitä, vaikka totesikin, että videotallenteeseen tallennettua kertomusta ei olisi OK 17:11.2:n säännös huomioon ottaen saanut käyttää alemmissa oikeuksissa todisteena. Korkein oikeus korosti vapaan todistelun lähtökohtaisuutta ja ehdottomien todistamiskieltojen poikkeuksellisuutta, ja totesi OK 17:11.2:n päätavoitteen olevan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin varmistaminen. Videotallenteen käyttäminen todisteena ei korkeimman oikeuden mukaan vaarantanut C:n oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Korkein oikeus argumentoi siis todistamiskieltonormin suojelutarkoituksen kautta. Korkein oikeus myös lausui, että jos käyttöä ei sallittaisi, asianomistajan kertomus ei olisi käytettävissä korkeimmassa oikeudessa missään muodossa, ja tämä vaikeuttaisi myös muun näytön arviointia.¹¹³

Jälkimmäisessäkin tapauksessa korkein oikeus ei päätenyt selvään hyödyntämiskieltoon. Tuomioistuin lähti liikkeelle OK 17:2:stä sekä vapaan todistelun ja vapaan todistusharkinnan periaatteista, ja otti huomioon KP-sopimuksen, EIS:n sekä EIT:n käytännön asettamat velvoitteet. Ratkaisussa hyödyntämisiongelman ratkaiseminen ja näyttöarvon määrittäminen tuntuvat sekoittuvan ja yhdistyvän, eikä perusteluista ole luettavissa selkeää kannanottoa hyödynnettävyydestä.¹¹⁴

¹¹³ Viimeistä lausumaa pidän ongelmallisena, sillä se tuntuu asettavan mukavuussyyt syytetyin ihmisoikeuksien edelle. Korkeimman oikeuden kanta, jonka mukaan todisteet olisi pitänyt torjua alemmissa oikeusasteissa mutta ei korkeimmassa oikeudessa, on lähtökohtaisesti epälooginen, ja tämä perustelulausuma on mielestäni epäonnistunut yritys oikeuttaa todisteen oikeusasteesta riippuva kohtelu.

¹¹⁴ Mahdollisista tulkinnoista ks. *Saranpää*, DL 2008 s. 705–707. Näistä tapauksista yleisesti

KKO 2007:58

Teknisen kuuntelun avulla saatua äänitallennetta voitiin käyttää todisteena rikosoikeudenkäynnissä siitä huolimatta, että käräjäoikeuden myöntämä kuuntelulupa oli myöhemmin kantelun johdosta kumottu ja että tallenne sisälsi pakkokeinolain 5 a luvun 13 §:ssä tarkoitettua ylimääräistä tietoa. (Ään.)

Vaikka kyseessä oli äänestysratkaisu, kaikki tuomarit hyväksyivät todisteen käytön. Enemmistö päätyi lopputulokseensa punninnalla, jossa vastakkain olivat yksityiselämän ja luottamuksellisen viestinnän suoja (PL 10 §) sekä vakavien rikosten selvittämisen intressi ja tähän liittyvä rikosoikeudellisen järjestelmän uskottavuus. Punnintamallin käytön perusteeksi enemmistö viittasi VPKL 5a:13:n esitöihin.¹¹⁵

Tapauksessa käräjäoikeus oli päätenyt, sekin punninnalla, todisteen käytön kieltämiseen, ja korkeimman oikeuden esittelijä olisi kieltänyt todisteen käytön, koska kuuntelulupa oli kumottu. Oikeusneuvos Tulokas taas nosti eriävässä mielipiteessään harkintakriteeriksi poliisin menettelyn moitittavuuden tavalla, joka muistuttaa amerikkalaista *deterrence*-argumentointia.

Sekä enemmistön ratkaisua että eriäviä mielipiteitä voidaan luonnehtia todisteiden vapaan hyödynnettävyyden ensisijaisuutta korostaviksi.¹¹⁶ Ylimääräisen tiedon käyttöä koskeva oikeustila on kuitenkin muuttunut ns. esitutkintapaketin voimaantulon myötä 1.1.2014. Esitutkintapaketti sisältää nimenomaiset, joskaan ei tulkinnasta vapaat säännökset ylimääräisen tiedon käytöstä (UPKL 10:55–56 ja UPolL 5:53–54). Lähtökohtana on, että ylimääräistä tietoa saa käyttää ”rikoksen selvittämisessä”, kun tieto koskee sellaista rikosta, jonka tutkinnassa olisi saatu käyttää sitä pakkokeinoa, jolla tieto on saatu.¹¹⁷

KKO 2007:101

Kolmea ulkomaalaista henkilöä ei voitu kuulla todistajina käräjäoikeuden pääkäsittelyssä, kun heitä ei ollut saatu kutsuttua eikä kuuleminen ollut järjestynyt myöskään oikeusaputeitse. Heidän esitutkinnassa antamansa kertomukset voitiin ottaa oikeudenkäynnissä huomioon, koska heitä oli

ks. myös *Pölönen* 2008 s. 510–514 ja *Pellonpää ym.* 2012 s. 637–638.

¹¹⁵ HE 52/2002 vp s. 27–28.

¹¹⁶ Jyrkemman luonnehdinnan on esittänyt Ahti Saarenpää, joka on todennut ratkaisun olevan vastoin ihmisoikeusperiaatteita. Asiaa oikeusinformatiikan näkökulmasta tarkasteleva Saarenpää myös katsoo myönteisen suhtautumisen ylimääräisen tiedon käyttämiseen olevan omiaan heikentämään luottamusta informaatiohallintoon. Tällaista seikkaa ei yleensä ole otettu huomioon todistamis- tai hyödyntämiskielloista puhuttaessa. *Saarenpää* 2012 s. 476.

¹¹⁷ Ks. *Helminen ym.* 2012 s. 1133–1140, HE 222/2010 vp s. 357–358 ja HE 224/2010 vp s. 134–135.

aktiivisesti yritetty tavoittaa eikä syyksi lukeva tuomio ratkaisevilta osin perustunut näihin esitutkintakertomuksiin.

Ratkaisussa arvioitiin esitutkintakertomusten huomioon ottamista ensinnäkin OK 17:11.1:n 2 kohdan perusteella. Tämä katsottiin OK 17:11.3:n perusteella mahdolliseksi. Korkein oikeus viittasi KP-sopimuksen 14(3) artiklan e kohtaan, EIS 6(3) artiklan d kohtaan ja EIT:n ratkaisukäytäntöön, jonka mukaan tavoittamatta jääneen todistajan esitutkintakertomuksen käyttäminen oikeudenkäynnissä edellyttää, että todistajan tavoittaminen on ollut mahdotonta ja toimivaltaiset viranomaiset ovat aktiivisesti etsineet todistajaa, ja että kertomus ei saa olla ainoa tai ratkaiseva seikka, johon tuomio perustetaan.¹¹⁸

Merkittävää ratkaisussa on se, miten viimeksi mainittu seikka ratkaisussa huomioitiin. Kysymys siitä, olivatko esitutkintakertomukset olleet ratkaiseva näyttö asiassa, otettiin huomioon potentiaalisena esteenä hyödyntämiselle. Toisin sanoen se ymmärrettiin hyödyntämiskysymyksen ratkaisemisen kriteeriksi, ei näyttöarvon määrittämiseen liittyväksi seikaksi. Tämä käy ilmi perustelujen kohdan 10 lopusta:

Esitutkintakertomukset ovat tukeneet kuultujen todistajien kertomuksiin perustuvaa näyttöä, mutta esitutkintakertomukset eivät ole olleet ratkaiseva näyttö asiassa. Näin ollen esitutkintakertomusten huomioon ottamiseen oikeudenkäynnissä ei ole tälläkään perusteella ollut estettä.

Voidaan tosin kysyä, olisiko korkein oikeus todella päätenyt huomioon ottamisen täydelliseen estymiseen eli selkeään hyödyntämiskieltoon, jos esitutkintakertomukset olisivatkin olleet ratkaiseva näyttö, vai olisiko se tällöin tyytynyt argumentoimaan pelkästään aiemmin perusteluissa lainaamallaan ”ei saa olla ainoa tai ratkaiseva seikka” -fraasilla, mikä olisi käytännössä johtanut samaan tulokseen kuin hyödyntämiskielto.¹¹⁹

Edellä selostetuissa ratkaisuissa hyödyntämiskielto-termiä ei mainittu lainkaan. Sen sijaan ns. Sonera-kirjaa koskeneessa tapauksessa KKO 2009:88 hyödyntämiskielton asettamista pohdittiin jo nimenomaisesti, ja siihen myös päädyttiin.

KKO 2009:88

Kustannusyhtiön toimitusjohtaja H oli toimittanut Korkeimmalle oikeudelle kaksi kirjettä osoittaakseen, että hänellä oli oikeus kieltäytyä todistamasta törkeää kunnianloukkausta koskevassa esitutkinnassa. H:lla

¹¹⁸ KKO viittasi tapauksiin *Unterpertinger v. Itävalta* 24.11.1986, *Delta v. Ranska* 19.12.1990 ja *Rachdad v. Ranska* 13.11.2003.

¹¹⁹ Tällaisenaan ratkaisu voidaan kuitenkin perustellusti ymmärtää – mainitusta lainauksesta huolimatta – *liukuvan hyödynnettävyyden* torjuvaksi.

oli katsottu olevan oikeus kieltäytyä vastaamasta kysymyksiin, joihin hän ei voi vastata paljastamatta kustannusyhtiön julkaiseman kirjan laa-
tijaa tai sen sisältämien tietojen antajaa. Keskusrikospoliisi oli liittänyt
vastauspyynnön yhteydessä saamansa kirjeet esitutkintapöytäkirjaan.
Syyttäjä vetosi kirjeisiin todisteina syyteasiassa.

Korkeimman oikeuden päätöksessä lausutuun perustein katsottiin,
että kirjeet kuuluivat H:n vaitiolo-oikeuden piiriin ja ettei niitä saanut
käyttää todisteina syyteasiassa.

Tapauksessa käräjäoikeus katsoi keskusrikospoliisin ilmaiseen asianosais-
julkisuuden perusteella tiedoksi saamansa kirjeet syyttäjälle viranomaisen
toiminnan julkisuudesta annetun lain (JulkL, 621/1999) 23 §:n hyväksi-
käyttökiellon vastaisesti, ja että niiden käyttäminen kirjallisina todisteina
rikosasiassa merkitsisi todistajan kieltäytymisoikeuden murtamista.
Niinpä käräjäoikeus määräsi kirjeet hyödyntämiskieltoon, jonka hovioi-
keus puolestaan kumosi, koska katsoi todistajan luopuneen OK 17:24.2:n
mukaisesta vaitiolo-oikeudestaan. Hovioikeuden mukaan H:n ei olisi ollut
pakko toimittaa kirjeitä korkeimmalle oikeudelle OK 17:25:n nojalla, vaan
hän olisi voinut vain esittää yleispiirteisen ilmoituksen kieltäytymisoi-
keutensa perusteista. Hovioikeus palautti asian käräjäoikeuteen, mutta H
ja kustannusyhtiö valittivat todisteiden käyttöä koskevasta päätöksestä
korkeimpaan oikeuteen.

Perustelujensa aluksi korkein oikeus totesi, ettei laissa ole yleissäännöstä
hyödyntämiskiellostä, ja viittasi aiempaan ratkaisuunsa KKO 1995:66:

10. Lainsäädännössä ei ole yleissäännöstä todisteiden käytön kiellosta eli
niin sanotusta hyödyntämiskiellostä. Kiellolla tarkoitetaan niitä rajoituk-
sia, joita oikeudenkäynnissä esitetyn aineiston käyttämiselle todisteena
ja hyödyntämiselle todistusharkinnassa mahdollisesti voidaan asettaa.
Voimassa olevassa lainsäädännössä on yksittäisiä säännöksiä, joissa
kielletään todistamasta jostakin seikasta tai joissa todistaja oikeutetaan
vaikenemaan jostakin. Tällaiseen tilanteeseen liittyen Korkein oikeus
on ratkaisussaan KKO 1995:66 katsonut, että vastaajan oikeudenkäy-
miskaaren 17 luvun 20 §:ssä tarkoitetun lähimaisen kieltäytyttyä
todistamasta oikeudenkäynnissä ei häntä puhutelleen poliisimiehen
kertomukseen voitu nojautua näyttönä jutussa, koska se olisi tosiasial-
lisesti merkinnyt mainitussa lainkohdassa lähisukulaisuuden suojaksi
säädetyn vaitiolo-oikeuden murtamista.

Korkein oikeus totesi myös, ettei JulkL 23 § koske sitä, voidaanko sa-
lassa pidettäväksi määrättyä tai suoraan lain nojalla salaisena pidettävää
asiakirjaa käyttää todisteena oikeudenkäynnissä. JulkL 23 § ei siis ole

hyödyntämiskieltosäännös. Korkein oikeus myös katsoi, ettei H ollut luopunut vaihtolo-oikeudestaan toimittamalla kirjeet korkeimmalle oikeudelle kieltäytymisoikeutensa puolustamiseksi. Lisäksi korkeimman oikeuden mukaan kysymyksessä olleessa asiassa ei ollut merkitystä sillä, millä tavoin H oli aikaisemmin perustellut vaatimuksiaan vaihtolo-oikeudesta. Niinpä korkein oikeus viittasi vielä uudelleen aiempaan ennakkopäätökseensä ja päätyi hyödyntämiskieltoon seuraavasti:

19. Kuten edeltä kohdasta 8 ilmenee, syyttäjä ja asianomistaja ovat esittäneet kysymyksessä olevat kirjeet kirjallisina todisteina, joilla he aikovat näyttää toteen internet-kirjoituksen kirjoittajan nimen. Kirjeillä on siten tarkoitus todistella seikkoja, jotka kuuluvat H:lle lähdesuojan perusteella vahvistetun vaihtolo-oikeuden piiriin. Vastaavalla tavalla kuin edellä kohdassa 10 mainitussa Korkeimman oikeuden ennakkopäätöksessä KKO 1995:66, merkitsisi kirjeiden todisteina käyttämisen salliminen H:n vaihtolo-oikeuden sellaista murtamista, joka ei ole hyväksyttävää.

Perusteluista on tehtävä se johtopäätös, että OK 17:24.2:ssa säädetty vaihtolo-oikeus on absoluuttinen todistamiskieltosäännös samoin kuin aiemmassa tapauksessa kyseessä ollut OK 17:20. Edelleenkin korkeimman oikeuden perustelut eivät kerro, miksi näin on. Perusteluista ei taaskaan löydy pohdintaa säännöksen tavoitteista, funktioista tai merkityksestä rikosprosessin järjestelmässä. Näin ollen ratkaisu ei ole erityisen informatiivinen mietittäessä hyödyntämisiongelman yleisempää ratkaisua.

Nimenomaisesti hyödyntämiskieltoa koski myös ratkaisu KKO 2011:91.

KKO 2011:91

A oli kertonut psykiatrisessa hoidossa häntä hoitaneille lääkäreille ja sairaanhoitajille syyttäneensä aiemmin tulipalon turkisliikkeessä. Hoitohenkilökunta kertoi rikosepäilyistä oma-aloitteisesti poliisille. Syyttäjä nosti asiassa A:ta vastaan syytteen törkeästä tuhotyöstä ja nimesi A:ta hoitaneita lääkäreitä ja sairaanhoitajia kuultavaksi asiassa todistajina sekä todisteiksi lääkärinlausuntoja, joista ilmeni A:n antama kertomus.

Korkeimman oikeuden ratkaisussa lausutuun perustein katsottiin, että lääkärinlausunnot voitiin ottaa vastaan todisteina ja lääkäreitä sekä sairaanhoitajia saatiin kuulla asiassa todistajina, vaikka heillä ei voimassa olevien säännösten nojalla ollut oikeutta kertoa rikosepäilyistä oma-aloitteisesti poliisille. Arvioitaessa sitä, mikä merkitys A:n hoitohenkilökunnalle antamalla kertomuksella oli näyttönä asiassa, otettiin huomioon ne olosuhteet, joissa A oli kertomuksensa sairaalassa antanut sekä se seikka, että A oli esitutkinnassa ja oikeudessa kiistänyt syyllystyneensä mainittuun rikokseen.

Samoin kuin ratkaisussa KKO 2009:88, korkein oikeus totesi perustelujensa kohdassa 9, että voimassa olevassa lainsäädännössä ei ole yleisiä säännöksiä hyödyntämiskiellosta, mutta että lainsäädännössä on yksittäisiä säännöksiä, joissa kielletään todistamasta jostakin seikasta tai joissa todistaja oikeutetaan vaikenemaan jostakin asiasta. Lääkäreiden ja heidän apulaistensa osalta tällainen säännös on OK 17:23.1:n 3 kohta.

Merkittävä on perustelujen kohta 10, erityisesti sen ensimmäinen virke: ”Pelkästään se seikka, että todiste tai todisteen sisältämä tieto on hankittu lainvastaisella tavalla tai muutoin virheellisellä menettelyllä, ei vielä välttämättä merkitse sitä, ettei tällaista todistetta saisi käyttää oikeudenkäynnissä.”¹²⁰ Minkä tahansa todistusoikeudellisen säännöksen rikkominen ei siis johda Suomessa automaattisesti hyödyntämiskieltoon. Tämä ei tosin ole suora kannanotto siihen, onko nimenomaisen hankkimis- tai esittämiskiellon rikkomisesta aina seurattava hyödyntämiskielto.¹²¹ Korkein oikeus myös totesi EIT:n todistamiskieltoja koskevan kannan, jonka mukaan lainvastaisesti hankitun todistusaineiston hyödyntäminen ei sinänsä ole EIS 6 artiklan vastaista, jos menettely kokonaisuudessaan täyttää oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset.¹²² Edelleen korkein oikeus lausui, että jos todisteen sisältämän tiedon hankkimiseen liittyy *vakava* oikeudenloukkaus, todisteen käytön kieltäminen voi tulla *tapauskohtaisesti* kysymykseen. Punnittavaksi tulee tällöin yhtäältä oikeudenloukkauksen vakavuus ja toisaalta rikoksen selvittämistä.

Hyödyntämistä vastaan korkein oikeus katsoi puhuvan sen, että A:n kertomus oli tullut esitutkintaviranomaisten tietoon hoitohenkilökunnan oma-aloitteisen ilmoituksen perusteella, eikä lainsäädäntö antanut oikeutta tällaiseen oma-aloitteiseen ilmoittamiseen. Korkein oikeus katsoi A:n oikeuden luottaa lääkäri-potilassuhteen luottamuksellisuuteen tulleen loukatuksi.

Hyödyntämisen puolesta taas puhui rikoksen vakavuus, minkä takia hoitohenkilökunta olisi ollut esitutkinnassa oikeutettu todistamaan salassa pidettävistä seikoista VETL 27.3 §:n nojalla. Heidät olisi ollut mahdol-

¹²⁰ Lähes sama virke, ilman kohtaa ”muutoin virheellisellä menettelyllä”, sisältyi jo aiemman ratkaisuun KKO 2007:58 (kohta 7).

¹²¹ Korkein oikeus ei operoinut todistamiskiellon eikä hankkimiskiellon käsitteillä. Korkeimman oikeuden kannanotto ei esimerkiksi sulje pois edellä alaviitteessä 5 esiteltyä Petersin kantaa mukailevaa ajatusmallia, jonka mukaan tietyt todistusoikeudelliset muotomääräykset eivät olisi varsinaisia todistamiskieltoja, eivätkä ne siten vaatisi hyödyntämiskieltoa, kun taas nimenomaiset hankkimis- ja esittämiskiellot vaatisivat aina hyödyntämiskiellon asettamista. Tällaista tulkintaa vastaan puhuu kuitenkin kohdan 10 viimeinen virke, joka viittaa *tapauskohtaiseen* mahdollisuuteen kieltää todisteen käyttö.

¹²² KKO viittasi tapauksiin Schenk v. Sveitsi 12.7.1988, Mantovanelli v. Ranska 18.3.1997, Khan v. Yhdistynyt kuningaskunta 12.5.2000, P.G. ja J.H. v. Yhdistynyt kuningaskunta 25.9.2001, Allan v. Yhdistynyt kuningaskunta 5.11.2002 ja Gäfgen v. Saksa 1.6.2010.

lista velvoittaa todistamaan asiasta myös oikeudenkäynnissä, koska OK 17:23.1:n 3 kohdan todistamiskielto väistyy OK 17:23.3:n perusteella, kun syyttäjä ajaa syytettä rikoksesta, josta saattaa seurata vankeutta kuusi vuotta tai enemmän. Sama koskee syyttäjän ajamaa syytettä tällaisen rikoksen yrityksestä tai osallisuudesta siihen.¹²³ Korkein oikeus päätyi lopputulokseensa seuraavasti:

13. Siten sen jälkeen kun A:n sairaalassa antama kertomus on tullut esitutkintaviranomaisten tietoon, lääkärien ja muun hoitohenkilökunnan kuulusteleminen siitä todistajina esitutkinnassa ja oikeudenkäynnissä on ollut edellä mainittujen lainsäännösten perusteella sallittua. Samoin A:n kertomusta koskevat lääkärinlausunnot on saatu ottaa vastaan kirjallisina todisteina. A:lla on myös ollut mahdollisuus oikeudenkäynnissä riitauttaa todisteiden näyttöarvo ja kuulustella todistajia.

14. Korkein oikeus katsoo, ettei lääkäreiden ja muun hoitohenkilökunnan kuuleminen todistajina ja lääkärinlausuntojen käyttäminen todisteena asiassa loukkaa A:n oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin eikä asiassa ole estettä sallia näiden todisteiden hyödyntämistä näyttönä asiassa.

Hyödyntämisen salliva ratkaisu on hyvin ymmärrettävissä. Päätyminen epäitsenäiseen hyödyntämiskieltoon olisi nimittäin vaatinut erittäin jyrkkää tulkintaa: hoitohenkilökunnan oma-aloitteisen ilmoitusoikeuden puute olisi tullut tulkita sellaiseksi hankkimiskielloksi, josta seuraa myös jatkotodisteiden hyödyntämiskelvottomuus. Niinpä todistuslausumien ja lääkärinlausumien asettaminen hyödyntämiskieltoon olisi edellyttänyt 1) ilmoittamisen kieltävää hankkimiskieltoa, 2) siitä seuraavaa hyödyntämiskieltoa sekä 3) edellistä koskevan etäisvaikutuksen tunnustamista. Asiassahan ei ollut rikottu OK 17:23.1:n 3 kohdan todistamiskieltoa.

Sen sijaan, että korkein oikeus olisi edes pohtinut tällaista monimutkaista konstruktiota vaativaa epäitsenäistä hyödyntämiskieltoa, harkitsi se kokonaisuutta ja sitä, loukkasiko hyödyntäminen A:n oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Tältäkin pohjalta korkein oikeus ei siis nähnyt tarvetta hyödyntämiskieltoon.¹²⁴

Näyttöarvon osalta korkein oikeus kuitenkin viittasi vielä EIT:n kantaa, jonka mukaan tuomiota ei voida pääasiallisesti tai kokonaan perustaa laittomasti hankitulle todistusaineistolle. Lisäksi perusteluissa viitattiin OK 17:2:ään ja lausuttiin, että jos todisteen hankkimiseen liittyy lain

¹²³ Törkeän tuhotyön (RL 34:3) rangaistusasteikko on 2–10 vuotta vankeutta.

¹²⁴ Viimeksi mainitussa olisi kyse ollut itsenäisestä hyödyntämiskiellosta.

säännösten vastaista tai muutoin virheellistä menettelyä, on arvioitava, onko tämä vaikuttanut todisteen luotettavuuteen. Tapauksessa esitutkiminamenettelyn kuitenkin todettiin olleen virheetön. Tavan, jolla todisteet olivat tulleet esitutkintaviranomaisen tietoon, ei myöskään katsottu suoranaisesti vaikuttaneen todisteiden luotettavuuteen. Korkein oikeus ei kuitenkaan katsonut A:n sairaalassa antaman kertomuksen olleen riittävä näyttö A:n syyllisyydestä, eikä muukaan näyttö asiassa riittänyt.

Vaikka näin voisi otsikkotietojen perusteella luulla, tapaus ei siis varsinaisesti anna oikeusohjetta epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta, lukuun ottamatta jo mainittua perustelujen kohdan 10 toteamusta, jonka mukaan kaikkien todisteen hankkimista tai esittämistä koskevien määräysten rikkomisesta ei välttämättä seuraa hyödyntämiskieltoa. Sen sijaan tapauksessa oli kyse itsenäisen hyödyntämiskielton asettamisesta oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksen pohjalta. Tapauksesta käy myös ilmi se korkeimman oikeuden kanta, että EIT:n oikeuskäytäntö ja EIS 6 artiklan vaatimukset voivat vaikuttaa sekä hyödyntämisongelman ratkaisemisen että todistusharkinnan – sen sisällä erityisesti näyttöarvon määrittämisen – tasolla.¹²⁵

Tuoreimmat aiheeseen liittyvät ennakkopäätökset KKO 2012:45 ja KKO 2013:25 koskivat syytetyn esitutkinnassa antamien lausumien hyödynnettävyyttä ja itsekriminointisuoja, ja jälkimmäisen tapauksen otsikossa viitataan edelliseen.

KKO 2012:45

A oli vangittuna, kun häntä kuulusteltiin epäiltynä törkeästä huumausainerikoksesta. A:lle määrätty puolustaja ei ollut kuulusteluissa läsnä. Kuulustelut käytiin englanniksi, mutta pöytäkirjat laadittiin suomeksi, jota A ei lainkaan osannut. Esitutkintapöytäkirjan mukaan A:lle oli ennen kuulusteluja ilmoitettu oikeudesta käyttää avustajaa, mutta hänelle ei ollut ilmoitettu oikeudesta pysyä vaiti ja oikeudesta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen. Poliisin tiedossa oli, ettei A ollut neuvotellut puolustajansa kanssa myöskään ennen kuulusteluja.

A tuomittiin hovioikeudessa törkeästä huumausainerikoksesta sekä törkeästä kuolemantuottamuksesta ja törkeästä vammantuottamuksesta. Syyksilukeminen perustui osaksi A:n esitutkinnassa antamiin lausumiin, joihin syyttäjällä oli oikeudenkäynnissä vedonnut A:n syyllisyyttä tukevana näyttönä.

¹²⁵ Usein nämä tasot tuntuvat sekoittuvan toisiinsa niin oikeuskäytännössä kuin kirjallisuudessaakin. Ilmiötä kuvaa EIT:n vakiintunut perustelulausema ”*ei voida pääasiallisesti tai kokonaan perustaa*”. Tältä osin on mielestäni osuvaa puhua *liukuvasta hyödynnettävyydestä*. Käytin ilmausta edellä Antti Jokelan näkemystä kuvatessani juuri tässä merkityksessä. En pidä tällaista sekoittumista toivottavana.

Korkeimman oikeuden ratkaisusta ilmenevillä perusteilla katsottiin, että A ei ollut yksiselitteisesti ja oikeuksistaan tietoisena luopunut oikeudestaan käyttää avustajaa esitutkinnassa eikä A ollut tiennyt avustajasta luopumisen seurauksista. A:n puolustautumismahdollisuuksia ja itsekriminointisuoja oli rikottu niin, ettei esitutkinnassa annettuja lausumia saanut käyttää näyttönä A:ta vastaan.

Hyödyntämiskysymystä koskevat perusteluotsikon III alaiset perustelujen kohdat 38–47.¹²⁶ Korkein oikeus aloitti argumentaationsa selvittämällä aihetta koskevat yleiset säännöt ja periaatteet esitutkintakertomukseen vetoamisesta viitaten lainkohtiin OK 17:32.2, ROL 6:7.2 ja OK 17:2. Korkein oikeus jatkoi huomioimalla, ettei mainituissa pykälissä ole säädetty siitä, voidaanko epäillyn esitutkintakertomukseen vetoaminen joissakin tilanteissa estää. Tämän jälkeen korkein oikeus viittasi edellä selostettuihin ratkaisun KKO 2011:91 perustelujen kohtiin 9 ja 10.¹²⁷ Lisäksi korkein oikeus totesi, että jo pitkään on pidetty muutoinkin selvänä, ettei esimerkiksi kidutuksella hankittua lausumaa voida käyttää tuomioistuimessa todisteena, vaikkei tätä koskevaa nimenomaista todistamiskieltoa ole laissa säädettykään.¹²⁸ EIT:n ratkaisukäytäntöä korkein oikeus selosti varsin kattavasti, neljän perustelukohdan verran (kohdat 40–43).

Korkeimman oikeuden ajatuskulun lopputulos käy ilmi perustelujen kohdasta 46.

46. Silloin kun esitutkintakertomus on hankittu loukaten epäillyn oikeutta avustajaan, kysymys sen käytettävyydestä oikeudenkäynnissä ei siis ensisijaisesti liity epäillyn tai hänen lausumiensa uskottavuuden arviointiin vaan epäillyn puolustautumisoikeuksiin. Jos epäillyn itsekriminointisuoja on näissä tilanteissa loukattu, epäillyn asemaa ei voida korjata noudattamalla kohdassa 39 selostettua vapaan todisteiden harkinnan periaatetta, jonka mukaan asianosaisen oikeuksia loukatinkin hankitun todisteen esittäminen sallitaan, mutta sen näyttöarvoa alennetaan tapauksen olosuhteiden mukaan. Epäillyn oikeuksien loukkaaminen voidaan tällöin välttää vain, jos hänen syyllisyyttään tukevia lausumia ei hyödynnetä oikeudenkäynnissä.

¹²⁶ Kuten Mikko Vuorenpää on huomoinut, ratkaisun perusteluissa ei ollut kyse vain hyödyntämiskiellosta, ja perusteluotsikon II alla kuvatut asiat eivät koskeneet suoraan hyödyntämisongelmaa, vaan sitä, oliko tiettyjä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijöitä noudatettu. Sivumäärän rajallisuuden ja artikkelin aiherajauksen vuoksi tässä ei ole mielekästä käsitellä ratkaisun tätä osaa. *Vuorenpää*, LM 2013 s. 139. Vrt. *Tapanila*, DL 2012 s. 592–597.

¹²⁷ Ratkaisuselosteen teksti viittaa kuitenkin kohtanumeroihin 8 ja 9.

¹²⁸ Ks. korkeimman oikeuden perusteluissa mainittu HE 36/1989 vp s. 4.

Korkein oikeus määräsi esitutkintakertomukset hyödyntämiskieltoon ja palautti asian hovioikeuteen todistelun uudelleenarviointia varten.

Ratkaisu on yksiselitteinen kannanotto hyödyntämiskielлон puolesta. Hyödyntämiskielto johdettiin syytetyn itsekriminointisuojusta, ei mistään yksittäisestä hankkimiskieltopykälästä käsin, joten se voidaan luokitella itsenäiseksi hyödyntämiskielloksi. Hyödyntämiskielлон perusteena oli perustelujen sanamuodon ja rakenteen mukaan nimenomaan itsekriminointisuojan loukkaus, joka tapauksesta ilmi käyvän oikeusohjeen mukaan vaatii hyödyntämiskielлон asettamista. Ratkaisusta ei sen sijaan voida päätellä, että esitutkintapöytäkirjan tarkistusmahdollisuutta tai oikeutta avustajaan *sinänsä* koskeva virhe johtaisi automaattisesti hyödyntämiskieltoon.¹²⁹

Ratkaisussa nimenomaisesti torjuttiin ajatus, että itsekriminointisuojan loukkaus voitaisiin korjata näyttöarvoa alentamalla vapaan todistusteorian mukaisesti. Vaikka ratkaisu perustuu suuressa määrin EIT:n käytäntöön, perusteluissa ei mainittu ”*ei voida pääasiallisesti tai kokonaan perustaa*” -tyyppistä perustelulausumaa kuten ratkaisuissa KKO 2000:35, KKO 2008:68 ja KKO 2011:91. Hyödyntämiseratkaisu erotettiin selvästi näyttöarvon määrittämisen tasosta.¹³⁰

KKO 2013:25

Kysymys siitä, oliko vastaajalle esitutkinnassa epäiltyinä kuuluvia oikeuksia loukattu siten, että hänen esitutkintakertomuksiaan ei olisi voitu käyttää näyttönä häntä vastaan. Ks. KKO 2012:45

Vaikka otsikossa viitataan edellä selostettuun ratkaisuun, on ratkaisussa merkittäviä eroja. Ensimmäinen ero liittyy perustelutapaan ja perustelujen laajuuteen: ratkaisussa KKO 2012:45 selostettiin EIT:n käytäntöä hyvin laajasti ja perustelut olivat yhteensä 48 kohdan mittaiset. Uudemman ratkaisun perustelutapa on olennaisesti suppeampi, EIT:n käytäntöä ei käydä yhtä kattavasti läpi, ja varsinkin itsekriminointisuojan mahdollisesta loukkauksesta korkein oikeus lausuu hyvin vähän. Tämän seurauksena perusteluissa onkin vain 23 kohtaa. Osin tämä johtuu tapausten tosisei-

¹²⁹ Vrt. *Tapanila*, DL 2012 s. 599–600. Tapanila katsoo, että KKO johti hyödyntämiskielлон osittain myös perusteluotsikon II alla käsitellyistä seikoista, eli esitutkintapöytäkirjan laatimisesta suomeksi, sekä siitä, ettei syytetty ollut yksiselitteisesti luopunut oikeudestaan avustajaan. Kuten *Vuoren pää*, LM 2013 s. 143–145, tulkitseen perusteluja (erityisesti kohtia 45–46) siten, että ratkaisussa keskeinen syy hyödyntämiskielлон asettamiselle oli juuri itsekriminointisuojan loukkaus, joka *aiheutui* siitä, että syytetyn oikeutta avustajan käyttöön oli loukattu. Itsekriminointisuojan ja oikeuden avustajaan välisestä suhteesta samansuuntaisesti myös *Tapanila*, DL 2013 s. 433.

¹³⁰ Ratkaisussa siis hylättiin malli, jota kuvaan tässä artikkelissa käsitteellä *liukuva hyödynnettävyys*.

kastojen eroista, mutta todennäköisesti myös siitä, että korkein oikeus piti ratkaisua KKO 2012:45 aihepiirin pioneeritapauksena, ja että se pyrki uudella ratkaisullaan vain täydentämään ja täsmentämään sen antamaa oikeusohjetta ilman tarvetta käsitellä kaikkea uudelleen. Tätä tulkintaa tukee myös otsikkotekstin viittaus.¹³¹

Toiseksi, ratkaisussa KKO 2013:25 korkein oikeus totesi, ettei A:lle esitutkinnassa kuuluvia oikeuksia ollut loukattu hyödyntämiskieltoa vaativalla tavalla. Hyödyntämiskielton asettamisen sijaan se palasi aiempaan, ratkaisusta KKO 2000:35 tuttuun linjaan, ja totesi, että ”selvää on, ettei langettavaa tuomiota voida perustaa yksin taikka pääasiassa epäillyn esitutkinnassa antamaan ja sittemmin oikeudenkäynnissä peruuttamaan lausumaan”, mikä käytännössä johti samaan lopputulokseen kuin hyödyntämiskielto.¹³² Ratkaisu siis vahvisti, että myöhemmin peruttu esitutkintalausuma on sinänsä hyödyntämiskelpoinen, ja esitutkintalausuman hyödyntäminen ei sinänsä myöskään loukkaa itsekriminointisuoja.

Kolmanneksi, ratkaisun perustelut antavat jonkin verran tukea sille edellä hylätylle tulkinnalle, että oikeutta avustajaan koskeva virhe sinänsä johtaisi hyödyntämiskieltoon. Tämä tulkinta on tehtävissä perusteluiden alkuun kirjoitetusta kysymyksenasettelusta:

4. Korkeimmassa oikeudessa on A:n valituksen perusteella kysymys ensiksikin siitä, onko esitutkinnassa A:n oikeutta avustajaan ja kuulus-
telutodistajan paikalle kutsumiseen sekä Euroopan ihmisoikeussopi-
muksen 6 artiklan edellyttämään oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin
olennaisesti kuuluvaa itsekriminointisuoja eli epäillyn oikeutta olla
vaiti ja myötävaikuttamatta syyllisyytensä selvittämiseen loukattu siten,
että hänen esitutkintakertomuksiaan ei voida käyttää asiassa näyttönä
häntä vastaan.¹³³

Tulkintaongelmaan ei kuitenkaan saatu lopullista vastausta. Korkeimman oikeuden mukaan asiassa ei ollut perusteita katsoa, että A:n esitutkinnassa

¹³¹ Näistä kohdat 18–20 eivät sisälly ratkaisuselosteeseen. Tapanilan mukaan suppeampi perustelutyylä on osoitus kyvystä tiivistää olennainen tiiviiseen ja ymmärrettävään muotoon, ja aiemman ratkaisun perustelujen laajuus vaikeuttaa niiden ydinviestin hahmottamista. Ks. *Tapanila*, DL 2013 s. 431, 434.

¹³² Tässä KKO myös nimenomaisesti viittasi ratkaisuun KKO 2000:35. Mielestäni tämä on kuitenkin kaikkea muuta kuin ”selvää”, ja kyseisenlainen käytännössä epämääräisesti hyödyntämiskielto ja tuomioistuimen harkintaan kuuluvan näytön arvioinnin välimaastoon sijoittuva, ehdottomana sääntönä ymmärretty poikkeus vapaasta todistusharkinnasta on hyvin ongelmallinen. Kriittisesti myös *Tapanila*, DL 2013 s. 434–435.

¹³³ Tähän kysymyksenasetteluun KKO päätyi ilmeisesti hyvin omatoimisesti, sillä valitus-
lupahakemuksessa ei vaadittu hyödyntämiskielton asettamista eikä vedottu itsekriminoin-
tisuojaan. *Tapanila*, DL 2013 s. 433.

epäilytynä kuuluvia oikeuksia olisi loukattu siten, että hänen esitutkintakertomuksiaan ei voitaisi käyttää näyttönä häntä vastaan. Perusteluista ei käy ilmi, minkälainen loukkaus olisi tätä vaatinut, eikä korkein oikeus erotellut oikeuden avustajaan ja itsekriminointisuojaan välistä suhdetta.¹³⁴ Kaiken kaikkiaan näen ratkaisun herättävän enemmän kysymyksiä kuin se ratkaisee, eritoten koska sen näennäisesti pitäisi olla jatkumoa ratkaisussa KKO 2012:45 avatulle linjalle.¹³⁵

Tässä esitetty ei ole tarkoitettu kaiken relevantin korkeimman oikeuden oikeuskäytännön kattavaksi kuvaukseksi. Kokonaiskäsityksen saamiseksi olisi suotavaa tutustua myös laajemmin todistamiskieltoja koskeviin korkeimman oikeuden ratkaisuihin.¹³⁶ Lisäksi kansallisten ennakkopäätösten ymmärtämiseksi olisi hyvä tutustua niihin suuresti vaikuttaneeseen EIT:n oikeuskäytäntöön, jonka tarkempi esittely ei tämän artikkelin rajoissa ole mahdollista.

3.3.2 Hovioikeusratkaisuja

Hovioikeuksissa hyödyntämiskieltoa koskevia tapauksia on käsitelty viime vuosina jonkin verran. Esittelen julkaistuja ratkaisuja lyhyesti seuraavassa.

Ratkaisut Kouvolan HO 23.9.2004 (R 04/493) ja Helsingin HO 24.1.2008 184 (R 07/2233) koskivat telekuuntelua. Ensimmäisessä Kouvolan hovioikeus hyväksyi telekuuntelussa saadun ylimääräisen tiedon käyttämisen todisteena. Korkein oikeus ei myöntänyt asiassa valituslupaa, mutta ratkaisi myöhemmin ylimääräisen tiedon käyttöä koskevan asian samansuuntaisesti (edellä selostettu KKO 2007:58). Jälkimmäisessä Helsingin hovioikeuden ratkaisemassa tapauksessa hyödyntämiskiellon alaisiksi jäivät aviopuolisoiden keskinäisistä puheluista tehdyt tallenteet, kun kuuntelulupa oli vain toisen puolison puheluihin, ja kun VPKL 5a:10.1:n kuuntelukieltoasäännöstä oli tulkittava perusoikeusmyönteisesti. Hovioikeus viittasi EIS 8 artiklaan, jossa on turvattu jokaiselle oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämäänsä,

¹³⁴ Tapanilan mukaan ratkaisujen itsekriminointisuoja koskevia tulkintoja on vaikea pitää johdonmukaisina, ks. *Tapanila*, DL 2013 s. 434.

¹³⁵ Vrt. *Tapanila*, DL 2013 s. 437–438.

¹³⁶ Vain välillisesti hyödyntämiskieltoihin liittyvistä, mutta koko ongelmakentän kannalta huomionarvoisista ratkaisuista mainittakoon esimerkkinä takavarikkoa koskenut KKO 2003:119, jossa oli varsinaisesti kyse VPKL 4:2.2:n soveltamisesta ja OK 17.24.1:n 4 kohdan todistamiskielion laajuudesta. Ratkaisussa harkittiin, voidaanko todistamiskieltoa laajentava tulkintaohje johtaa perustuslaista tai EIS:sta. Tällainen tulkintaohje, johon ratkaisussa ei kuitenkaan nähty mahdollisuutta, muistuttaisi monessa mielessä itsenäistä hyödyntämiskieltoa. Ainakin hyödyntämiskieltoa voitaisiin arvioida samoilla perusteilla. Ks. myös tämän artikkelin aiherajauksen ulkopuolelle sinänsä jäävä KKO 2006:11, jossa oli kyse hyödyntämiskiellosta verotuksessa kansainvälisen oikeusavun ehtojen perusteella, ja tuon hyödyntämiskiellon huomiotta jättämisestä virkarikoksena.

kotiinsa ja kirjeenvaihtoonsa kohdistuvaa kunnioitusta, sekä PL 10.2 §:n säännökseen.¹³⁷

Ratkaisu Helsingin HO 9.3.2007 837 (R 06/2199) koski avopuolison kieltäytymisoikeutta. Hovioikeus päätyi hyväksymään esitutkintakertomusten hyödyntämisen. Hovioikeus totesi kylläkin, että OK 17:20 ja 17:24:n itse- ja läheiskriminointisuoja koskevat säännökset voivat estää todistajan esitutkintakertomuksen lukemisen ja hyödyntämisen pääkäsitelyssä, ja että OK 17:20:n kieltäytymisoikeus on ehdoton.¹³⁸ C:llä, jonka lausumista oli kyse, ei kuitenkaan ollut kieltäytymisoikeutta OK 17:20:n tai VETL 17 §:n nojalla. Tapaukseen antoi lisämausteensa asianosaisasetelman monimutkaisuus, sillä C oli vyyhdin eri rikosten osalta sekä vastaaja, asianomistaja että todistaja.

Itä-Suomen hovioikeus puolestaan pohti rangaistavalla salakatselulla hankitun DVD-tallenteen hyödynnettävyyttä ratkaisussaan Itä-Suomen HO 12.5.2010 (R 09/506). Hovioikeus viittasi ennakkopäätökseen KKO 2007:58 ja totesi punninnan jälkeen, että tapahtunut yksityiselämän suojan loukkaus oli laadultaan niin vakava suhteessa syytteessä tarkoitettuun rikokseen, ettei se sallinut tallenteen käyttämistä asiassa todisteena. Harvinaiseksi meidän oloissamme tapauksen tekee se, että kyse oli todistajaksi nimetyn yksityishenkilön – ei poliisin – laittomasti hankkimasta materiaalista.

Tapauksessa Kouvolan HO 8.5.2012 393 (R 11/1036) hovioikeus jätti EIT:n käytäntöön vedoten ja korkeimman oikeuden ennakkopäätöksen KKO 2011:91 kohtaan 10 viitaten hyödyntämättä syytetyn esitutkinnassa antaman lausuman, kun hänellä ei ollut kuulustelussa ollut avustajaa ja hän ei ollut pätevästi luopunut oikeudestaan avustajaan. Hovioikeuden ratkaisu jäi lainvoimaiseksi.

Antti Tapanila on tutkinut hovioikeuksien tuoretta oikeuskäytäntöä avustajaa koskevaan oikeuteen tai itsekriminointisuojaan liittyvien hyödyntämiskieltojen osalta. Useissa Tapanilan aineiston tapauksissa hovioikeudet ovatkin asettaneet hyödyntämiskiellon. Joissakin päätöksistä on kuitenkin tukeuduttu vanhempiin korkeimman oikeuden ratkaisuihin, ja niistä on edelleen havaittavissa myös hyödyntämiskäytännön peittelemistä ja sekoittumista näytön arviointiin. Tuoreista ennakkopäätöksistä hovi-

¹³⁷ KKO kuitenkin poisti hyödynnettävyyttä koskevan hovioikeuden päätöksen ratkaisulla 1.9.2010 1678 (R2008/299), koska syyttäjällä ei ollut tapauksessa muutoksenhakuoikeutta käräjäoikeuden päätökseen todisteiden käytön kieltämisestä koskevassa asiassa. Näin ollen käräjäoikeuden lopputulokseltaan samanlainen, hyödyntämisen kieltänyt käsittelyratkaisu jäi voimaan.

¹³⁸ Hovioikeuden mukaan OK 17:24:ssä säännelty itsekriminointisuoja ei ole yhtä ehdoton kuin 17:20:ssä säännelty lähiomaissuoja.

oikeuksien linja muistuttaakin enemmän ratkaisua KKO 2013:25 kuin ratkaisua KKO 2012:45.¹³⁹

3.4 Yhteenveto nykyisestä oikeustilasta

Kuten edeltä käy ilmi, hyödyntämiskieltoja koskeva oikeustila Suomessa on epäselvä. Siitä vallitsee vaihtelevia käsityksiä, eikä fragmentaarinen, osittain ristiriitainen ja perusteluiltaan epäselvä oikeuskäytäntö auta luomaan selkeää kokonaiskuvaa. Lähinnä voidaan todeta, että hyödyntämiskielto ovat Suomessa mahdollinen oikeusilmiö, jota ainakin korkein oikeus arvioi lähinnä ihmis- ja perusoikeusvelvoitteista lähtien, pitkälti EIT:n ratkaisukäytäntöön nojautuen. Erityisesti viime aikoina mielenkiinto hyödyntämisiongelman sisällä on kohdistunut itsekriminointisuojaan ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytyksiin.

Epäitsenäisiä hyödyntämiskieltoja koskeva systematiikka on jäänyt muodostumatta. Kuten ratkaisuissa KKO 2007:58, KKO 2011:91 ja KKO 2012:45 vahvistettiin, pelkästään se seikka, että todiste tai todisteen sisältämä tieto on hankittu lainvastaisella tavalla tai muutoin virheellisellä menettelyllä, ei vielä välttämättä merkitse sitä, ettei tällaista todistetta saisi käyttää oikeudenkäynnissä. Ainakaan kaikkia todistelua koskevia säännöksiä ei siis voida tulkita absoluuttisiksi kielloiksi.¹⁴⁰ Kuitenkin jos todisteen sisältämän tiedon hankkimiseen liittyy vakava oikeudenloukkaus, todisteen käytön kieltäminen voi tulla tapauskohtaisesti kysymykseen.

Kirjallisuuden ja erityisesti jo melko vanhan ennakkopäätöksen KKO 1995:66 pohjalta voidaan todeta, että jotkin prosessilainsäädännöstämme löytyvät esittämis- tai hankkimiskielto on tulkittava absoluuttisiksi ja siten hyödyntämiskieltoa vaativiksi. Voitaneen ajatella, että tällaisten säännösten loukkaaminen tarkoittaa aina ns. vakavaa loukkausta. Niukka oikeuskäytäntö ei kerro kattavasti, mitkä tällaisia säännöksiä ovat, eikä sen pohjalta voida systematisoida normeja eri hyödyntämisseuraamuksia vaativiin kategorioihin.

Oikeustieteen osalta Pöölösen esittämää voidaan pitää ainoana systemaattisena ja perusteltuna normikohtaisena luokitteluna, mutta oikeuskäytäntö

¹³⁹ *Tapanila*, DL 2014 s. 5, 21–22, 24–25. Tapanilan aineisto koostui 22 julkaisemattomasta hovioikeusratkaisusta aikaväliltä 9.5.2012 – 4.10.2013. Näistä neljässä tapauksessa hovioikeus asetti hyödyntämiskielton avustajaa koskevan oikeuden loukkauksen ja kahdessa itsekriminointisuojaan kohdistuvan loukkauksen perusteella.

¹⁴⁰ Tähän suuntaan korkein oikeus viittasi jo aiemmin ratkaisussa KKO 2006:107: ”Korkein oikeus kiinnittää ensinnäkin huomiota siihen, että ehdottomat todistamiskielto ovat oikeusjärjestelmässämme poikkeuksellisia. Pääsääntönä on vapaan todistelun periaate.”

ei yksiselitteisesti vahvista oikeustilaa sen mukaiseksi. EIT:n vaikutus on oikeuskäytännössä noussut Pölösen esittämää perusoikeusmyönteistä punnintamallia tärkeämmäksi etenkin itsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta. Kuitenkin useista ratkaisuista, tärkeimpänä KKO 2011:91, on luettavissa tukea Pölösen kannalle ja punninnalle.

Yhtenä suomalaiselle keskustelulle – joskaan ei enää kaikissa tapauksissa – tyypillisenä piirteenä pidän hyödyntämISRatkaisun ja todistusharkinnan tasojen sekoittumista. Silloinkin, kun perus- ja ihmisoikeudet eivät vaadi hyödyntämiskieltoa, niiden ajatellaan vaikuttavan näyttöarvon määrittämiseen. Niin kauan kuin tämä tapahtuu vapaan todistusteorian mukaisesti yksittäistapauksittain, pidän tätä hyväksyttävissä olevana ajattelutapana. Kun tältä pohjalta kuitenkin muodostetaan kategorisia sääntöjä, jotka vaikuttavat todistusharkinnan sisällä käytännössä hyödyntämiskielton tavoin, on mielestäni kyse vaarallisesta käsitteellisestä sekaantumisesta, joka vaikeuttaa ongelmien hahmottamista ja tekee oikeustilasta entistä epäselvemmän.¹⁴¹

Olen kuvannut tätä ilmiötä jo edellä muutamaan otteeseen *liukuvaksi hyödynnettävyydeksi* nimeämälläni käsitteellä. Ilmiön näkyvimpänä osoituksena pidän EIT:n käytännöstä lainattua ”*ei voida pääasiallisesti tai kokonaan perustaa*” -tyyppistä perustelulausumaa kansallisten tuomioiden perusteluissa.¹⁴² EIT:n perustelutavat on mielestäni ymmärrettävä sitä taustaa vasten, että EIT katsoo hyödyntämiskysymysten kuuluvan kansallisen lain alaan. EIT tarkastelee, onko valittajan vähimmäisoikeuksia rikottu ja onko oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus kokonaisuutena toteutunut.¹⁴³ Kansallisessa laissa on kuitenkin syytä määrittää hyödyntämisen rajat selkeämmin ja luonnollisesti siten, että EIT:n *vähimmäisvaatimukset* täyttyvät jokaisessa tilanteessa. Fraasinomainen ”*ei voida pääasiallisesti tai kokonaan perustaa*” ei kerro mitään siitä, minkälainen arvo jollekin todisteelle käytännössä voidaan antaa muiden todisteiden ohella, ja se näyttää kansallisessa tulkinnassa ilmenevän lähinnä naamioituna hyödyntämiskielton korvikkeena.

Parempi, selkeämpi ja systemaattisesti loogisempi ratkaisu olisikin tehdä aina selvä hyödynnettävyyseratkaisu. Jos jokin todiste sitten katsotaan hyödynnettäväksi, tulisi sen näyttöarvo jättää täysin vapaan todistushar-

¹⁴¹ Tästä huonoina esimerkkeinä mainittakoon ratkaisut KKO 2008:68 ja KKO 2013:25.

¹⁴² Samankaltaisia ilmauksia ovat mm. ”yksin tai pääasiassa”, ”ainoa tai ratkaiseva näyttö” ja ”keskeinen tai pääasiallinen näyttö”. Nämä ilmaukset eivät itsessään ole paheksuttavia, mutta niiden *käyttö* on joskus ongelmallista. EIT:n kielenkäytöstä kontradiktorisuuteen liittyvissä tilanteissa ks. *Pölönen* 2003 s. 95–96.

¹⁴³ Ks. KKO 2012:45, kohta 40 sekä EIT:n suuren jaoston tuomiot Al-Khawaja v. Yhdistynyt kuningaskunta 15.11.2011, kohta 118 ja aiempi Gäfgen v. Saksa 1.6.2010, kohta 162.

kinnan varaan, ilman että todistusharkintaan sotketaan syytetyn oikeuksia turvaavia sääntöjä.¹⁴⁴ Näin näyttöarvon määrittäminen tapahtuisi selkeästi yksittäistapauksittain todisten luotettavuuden pohjalta ja syytetyn oikeudet tulisivat huomioiduksi hyödyntämiskäytännön tasolla.¹⁴⁵ Askeleena tähän toivottavaan suuntaan voidaan pitää ennakkopäätöstä KKO 2012:45, puoli-askelena taaksepäin taas uudempaa ratkaisua KKO 2013:25.

4 ERITYISKYSYMYKSIÄ

4.1 Etäisvaikutus

Oppi etäisvaikutuksesta eli hyödyntämiskiellon ulottumisesta myös lainvastaisen toiminnan avulla *välillisesti* hankittuihin jatkotodisteisiin on amerikkalaislähtöinen. Siksi ennen suomalaisen oikeuden tarkastelua on syytä luoda katsaus etäisvaikutusopin lähtökohtiin Yhdysvalloissa. Siellä etenkin liittovaltion perustuslain lisäyksiin pohjautuvien, oikeuskäytännössä kehittyneiden hyödyntämiskieltojen keskeisiin piirteisiin kuuluu myös jatkotodisteisiin ulottuva vaikutus. Jo varhaisessa ratkaisussaan *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920) liittovaltion korkein oikeus lausui: ”The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court, but that it shall not be used at all.”¹⁴⁶ *Silverthorne*-ratkaisu ei sisältänyt kovinkaan hienostunutta hyödyntämiskiellon tavoitteisiin viittaavaa argumentaatiota. Korkein oikeus on kuitenkin jälkikäteen korostanut etäisvaikutuksen perusteena poliisin toiminnan ohjaamista

¹⁴⁴ Pidän vähemmän ongelmallisena – joskaan en tarpeellisenä – hyödyntämiskiellon asettamista tietynlaisen todistelun kategoriseen epäluotettavuuden perusteella. Se, että jonkin hyödyntämiskiellon taustalla on *epäluotettavan todistelun poissulkemiskäytäntö* (ks. 2.4.3), mikä merkitsee luotettavuuskysymysten ratkaisemisen tuomista osittain todistusharkinnan ulkopuolelle, ei ole yhtä vahingollista kuin oikeusturvapohdintojen sotkeminen todistusharkinnan sisäiseen luotettavuusarviointiin. Tässä tilanteessa todistusharkinta tapahtuisi kuitenkin edelleen puhtaasti vapaan todistusharkinnan mukaisesti.

¹⁴⁵ Hyödyntämiskäytännön yhtenä punninta- tai muuna ratkaisukriteerinä voisi toki olla kyseessä olevan todisten merkitys tapauksessa. Näin EIS:n ja EIT:n vaatimukset voitaisiin ottaa huomioon.

¹⁴⁶ Oppi etäisvaikutuksesta sai varsin runollisen nimensä *fruit of the poisonous tree* vasta lähes kaksi vuosikymmentä myöhemmin ratkaisussa *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939), joka ei tosin koskenut perustuslain lisäyksiä, vaan liittovaltion lain vastaisesti hankitun todisten sallittavuutta. *Cammack* 2013 s. 13, av. 47. Etäisvaikutusopin kannalta keskeinen ratkaisu on myös alun perin vain fyysisiä esineitä koskeneen opin henkilötodisteluun laajentanut *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).

ja väärinkäytösten ennaltaehkäisyä.¹⁴⁷ Tätä perustetta ei ole yleensä nähty kovin keskeisenä suomalaisessa hyödyntämiskielto keskustelussa.

Etäisvaikutuksen rikosprosessin tehokkuudelle aiheuttamien haittojen vähentämiseksi amerikkalaisessa oikeuskäytännössä on muodostettu myös useita poikkeus- ja soveltamisrajoituksia. Ensinnäkään etäisvaikutus ei koske kaikkia hyödyntämiskieltoja, vaan esimerkiksi ns. *Miranda-varoituksen* laiminlyönti aiheuttaa hyödyntämiskiellon, jolla ei ole etäisvaikutusta. Myös ainakin joiltakin ei-perustuslaillisilta hyödyntämiskielloilta etäisvaikutus puuttuu.¹⁴⁸ Poikkeussäännöistä merkittävimpiä ovat *independent source*, *inevitable discovery* ja *attenuation*, jotka esittelen lyhyesti seuraavassa.

Jo Silverthorne-tapauksessa todettiin *independent source* -poikkeus, jonka mukaan ”itsenäisestä lähteestä” saadut tiedot ovat hyödynnettävissä, vaikka samat tiedot olisi hankittu myös laittomasti.¹⁴⁹ Itsenäisen lähteen poikkeus edellyttää, että tiedot on tosiasiallisesti hankittu laillisella keinolla, mikä edellyttää kausaalisuhteiden arviointia tilanteissa, joissa myös laittomia tutkintatoimia on suoritettu. Näin ollen kyse ei varsinaisesti ole edes poikkeuksesta, vaan yksinkertaisesti siitä, että tuomioistuimien toteama, että itsenäisestä lähteestä hankittu todiste on hankittu laillisesti eikä se siten ole laittoman menettelyn hedelmä.¹⁵⁰ *Inevitable discovery* eroaa itsenäisen lähteen opista siten, että siinä on kyse hypoteettisesta tapahtumien kulusta. Jos todiste on tosiasiallisesti hankittu laittoman toiminnan seurauksena, on se hyödynnettävissä, jos se olisi joka tapauksessa löydetty myös laillisin keinoin.¹⁵¹

¹⁴⁷ *McCormick ym.* 1992 s. 720–721, ks. *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

¹⁴⁸ *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985). Ks. *Dix*, ACLR 1989 s. 70, av. 79 ja *Cammack* 2013 s. 26–27. Usein amerikkalaisissa TV-sarjoissa ja elokuvissa kuuluu *Miranda*-varoitusta pohjautuu tapaukseen *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), jossa liittovaltion korkein oikeus katsoi, ettei kiinniotetun epäillyn lausumaa voida käyttää todisteena, ellei itsekriminointisuoja toteutumisesta ole huolehdittu prosessuaalisilla turvatoimenpiteillä. Käytännössä todisteen hyödynnettävyys vaatii sen osoittamista, että 1) epäilylle on kerrottu tämän oikeuksista, 2) epäily on ymmärtänyt hänelle annetut varoitukset, ja 3) epäily on tietoisesti ja vapaaehtoisesti luopunut viidennen lisäyksen mukaisesta vaihtolo-oikeudesta ja kuudennessa lisäyksessä turvatusta oikeudesta asianajajan läsnäoloon. *Gardner – Anderson* 1995 s. 128–129, *Perigoe*, JILFA 2009 s. 508 ja *Cammack* 2013 s. 24.

¹⁴⁹ Edellä lainattu kohta tuomiosta jatkuukin: ”Of course, this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government’s own wrong cannot be used by it in the way proposed.”

¹⁵⁰ *McCormick ym.* 1992 s. 726, *Cammack* 2013 s. 15–16.

¹⁵¹ *Inevitable discovery* -poikkeus perustuu tapaukseen *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984), joka koski liittovaltion perustuslain kuudennen lisäyksen loukkausta eli oikeutta avustajaan. Poikkeus ei kuitenkaan rajoitu tähän kuudennen lisäyksen kontekstiin, vaan koskee myös muita liittovaltiollisia-perustuslaillisia hyödyntämiskieltoja. *McCormick ym.* 1992 s. 739–740, *Cammack* 2013 s. 16–17.

Attenuation-poikkeus soveltuu tilanteissa, joissa kausaalinen yhteys laittomuuden ja todisteen hankkimisen kanssa on olemassa, mutta tuo yhteys katsotaan siinä määrin heikentyneeksi ja etäiseksi, ettei todistetta enää voida pitää pilaantuneena. Heikentymisen arvioinnissa merkitystä on varsinkin laittomuuden ja todisteen hankinnan välisellä ajalla, laittomuuden ja todisteen hankinnan välisillä tapahtumilla tai olosuhteiden muutoksilla, laittomuuden laadulla ja törkeydellä ja sillä, onko laittomuuden kohde vapaaehtoisesti päättänyt tehdä yhteistyötä viranomaisten kanssa.¹⁵² Tapauksessa *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006) liittovaltion korkein oikeus sovelsi yhteyden heikentymistä koskevaa oppia uudella tavalla. Siinä kyse ei ollut kausaalisen yhteyden heikentymisestä edellä mainitun kaltaisista syistä. Oikeus katsoi, ettei todisteiden hyödyntäminen tapauksessa loukannut perustuslaillisella turvamekanismilla suojattuja intressejä. Hyödyntämiskielloilla tavoiteltujen intressien ja laittomuuden välillä ei siten ollut lain vaatimaa yhteyttä, vaikka kausaalisyhteys sinänsä oli olemassa ja vieläpä melko vahva.¹⁵³

Yhdysvalloista etäisvaikutuskeskustelu on levinnyt myös Eurooppaan. Saksassa aihe on säilynyt kiistanalaisena. Yleinen suhtautuminen etenkin oikeuskäytännössä on kuitenkin ollut ja on edelleen huomattavasti amerikkalaista pidättyvämpää. *Bundesgerichtshof* on yleensä jättänyt etäisvaikutuksen tunnustamatta eikä *Bundesverfassungsgericht* ole perustuslaillista tulkintavaltaansa käyttäessään edellyttänyt ainakaan laajaa etäisvaikutusta.¹⁵⁴ *Bundesgerichtshof* on kuitenkin hyväksynyt etäisvaikutuksen ja asettanut jatkotodisteen hyödyntämiskieltoon tapauksessa BGH 2 StR 731/79 (18.4.1980), jossa oli kyse puhelinsalakuuntelua koskevan

¹⁵² Poikkeusta koskevan opin kehityksessä keskeisiä tapauksia ovat olleet jo edellä mainittujen *Nardone-* ja *Wong Sun-*tapausten lisäksi *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975) ja *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984). Poikkeus koskee ainakin liittovaltion perustuslakiin pohjautuvia hyödyntämiskieltoja. *McCormick ym.* 1992 s. 732–739, *Cammack* 2013 s. 17–18.

¹⁵³ *Cammack* 2013 s. 18.

¹⁵⁴ Ks. *Bundesgerichtshofin* ratkaisut BGH 3 StR 136/83 (24.8.1983), BGH 5 StR 666/86 (28.4.1987), BGH 4 StR 333/87 (6.8.1987), BGH 5 StR 680/94 (22.3.1995), BGH 5 StR 680/94 (20.12.1995) ja BGH 1 StR 316/05 (7.3.2006). Linjassa ei ole havaittavissa lieventymisen merkkejä, vaan tuoreessa tapauksessa BGH 3 StR 573/09 (14.9.2010) *Bundesgerichtshof* päätyi siihen, ettei edes kansainvälisistä ihmisoikeusvelvoitteista johtuvan, kidutuksen kieltoa koskevan hyödyntämiskielion vaikutus ulottunut myöhemmässä tilanteessa annettuun lausuntoon, kun aiemmalla kohtelulla ei katsottu olleen vaikutusta myöhemmän lausuman sisältöön. Tapauksessa pakistanilaiset tiedusteluviranomaiset olivat kuulustelun aikana lyöneet terroristijärjestö Al-Qaidan jäsenyydestä epäiltyä, mutta tämän ei katsottu vaikuttaneen epäillyn myöhemmin Saksan konsulaatissa antamaan lausuntoon. Ks. *Heghmanns* ZJS 2011 s. 98–100. *Bundesverfassungsgerichtin* käytännöstä ks. BVerfG 2 BvR 1686/04 (8.12.2005), BVerfG 2 BvR 255/06 (2.4.2006) ja BVerfG 2 BvR 2115/01; 2 BvR 2132/01; 2 BvR 348/03 (19.9.2006).

nimenomaisen todistamiskielto säännöksen¹⁵⁵ loukkauksesta, kun kyse ei ollut vakavasta rikoksesta. Eräänlaisesta etäisvaikutuksesta on kyse myös ns. jatko vaikutuksessa (*Fortwirkung*), jossa aiemmin laittomasti hankittu todiste tai kuulustelussa käytetty lainvastainen metodi edelleen vaikuttaa epäillyn tahdonmuodostukseen myöhemmässä kuulustelutilanteessa. Näin saatu todiste on kiinteässä yhteydessä alkuperäiseen menettelyvirheeseen, jonka vaikutus siis jatkuu.¹⁵⁶

Saksalaisessa oikeustieteessä kysymys hyödyntämiskieltojen ulottuvuudesta ja tuomioistuinten ottama linja ovat herättäneet suurta kritiikkiä ja erimielisyyttä.¹⁵⁷ Etäisvaikutuksen vastustus on perustunut kriminaalipoliittisiin näkökohtiin ja rikosoikeudellisen järjestelmän tehokkuuden vaalimiseen. Etenkään keskeisiä todisteita ei ole haluttu jättää käyttämättä törkeitä rikoksia koskevissa tapauksissa.¹⁵⁸ Etäisvaikutusta taas on kannatettu erityisesti tilanteissa, joissa sen kieltäminen johtaisi todistamiskielton liian helppoon kiertämiseen tai rohkaisisi laittomaan toimintaan, tai kun jatkotodisteen hyödyntäminen johtaisi vakavaan perusoikeusloukkaukseen.¹⁵⁹

Sikäli kuin etäisvaikutus Saksassa tunnustetaan, muodostaa siitä poikkeuksen oppi hypoteettisesta tutkinnan kulusta (*hypothetische Ermittlungsverläufe*), joka vastaa *inevitable discovery* -oppia. Jos voidaan ilman perusteltua epäilyä todeta, että laittoman toimenpiteen seurauksena epäsuorasti hankittu todiste olisi löydetty myös lainmukaisen tutkinnan tuloksena, on todiste hyödynnettävissä.¹⁶⁰ Lisäksi etäisvaikutuksen katsotaan ulottuvan vain jatkotodisteen käyttämiseen todisteena, ei sen sijaan jatkotodisteen käyttämiseen tutkinnan suuntaamiseen tai vastaavaan (*Spurenansatz*).¹⁶¹ Toisin sanoen tutkintaa suorittavaan poliisiin ei kohdistu ennakoivaa hyödyntämiskieltoa.

¹⁵⁵ Saksan perustuslain 10 artiklassa säädettyä luottamuksellisen viestinnän suojaan rajoittavan ns. G 10 -lain (*Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post und Fernmeldegeheimnisses*, 1968) silloinen § 7 III.

¹⁵⁶ Ks. *Heghmanns*, ZJS 2011 s. 99 ja BGH 2 StR 334/77 (22.2.1978) sekä BGH 4 StR 70/62 (13.7.1962). Vrt. *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).

¹⁵⁷ *Koriath* 1994 s. 103–104, *Roxin* 1995 s. 173–174, *Eisenberg* 2011 s. 137–140 ja *Gless* 2010 s. 16–17, 22–23.

¹⁵⁸ Ks. *Koriath* 1994 s. 103–104 ja *Eisenberg* 2011 s. 138. Vrt. BGH 2 StR 731/79 (18.4.1980), kohta 11. Ks. myös StPO § 136a:n loukkausta koskeva ratkaisu BGH 5 StR 666/86 (28.4.1987). Karkeasti voitaisiin sanoa, että siinä missä amerikkalaisen etäisvaikutusopin tavoitteena on ehkäistä poliisin rikoksia (tai lainvastaista toimintaa), saksalaisen etäisvaikutusopin pohjana on rikollisten rikosten ehkäiseminen.

¹⁵⁹ *Roxin* 1995 s. 173–174 ja *Eisenberg* 2011 s. 138–139. Ks. myös BGH 2 StR 731/79 (18.4.1980), kohdat 8–9.

¹⁶⁰ *Gless* 2010 s. 22 ja *Eisenberg* 2011 s. 139–140.

¹⁶¹ *Gless* 2010 s. 17 ja BGH 2 StR 334/77 (22.2.1978).

Suomessa kirjoitettu laki ei juuri anna vastauksia hyödyntämiskieltojen olemassaolosta. Niinpä se ei myöskään vastaa kysymykseen siitä, ulottuuko hyödyntämiskielton vaikutus lainvastaisesti hankitun todisteen avulla hankittuun jatkotodisteeseen. Myöskään edellisessä luvussa selostetussa suomalaisessa oikeuskäytännössä ei ole juuri käsitelty tätä kysymystä. Suomalainen oikeustila on näin ollen varsin niukan oikeuskirjallisuuden varassa.

Hormian ottaman kannan mukaan hyödyntämiskielloilla ei Suomen oikeuden mukaan ole etäisvaikutusta.¹⁶² Häntä suopeammin etäisvaikutukseen meillä on suhtautunut Pölönen, jonka mukaan hyödyntämiskieltoihin voi Suomessakin tietyissä olosuhteissa liittyä etäisvaikutus, mutta yleensä ei. Pölönen myös jakaa etäisvaikutustilanteet neljään tyyppiin: 1) henkilöä kuulustellaan ensin kiellonvastaisesti ja myöhemmin laillisesti; 2) kiellonvastaisesti kuultu ilmaisee kolmannen henkilön, jota voidaan kuulla laillisesti; 3) kiellonvastainen kuulustelu paljastaa esitutkintaviranomaisille (ennen tuntemattomia) reaalisia todistuskeinoja; ja 4) syytetty tai kansasyytetty saadaan tunnustamaan teko laittomin keinoin esille tulleiden todisteiden painostamana tai muuten laittomin keinoin.¹⁶³

Ensimmäisen tapausryhmän osalta Pölönen kannattaa etäisvaikutusta räikeissä tapauksissa perusoikeusmyönteisen punninnan mallin pohjalta, mutta on valmis hyväksymään *inevitable discovery* -tyyppisen poikkeuksen. Pääperusteena tälle näyttää olevan oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden turvaaminen, joskin Pölönen mainitsee myös amerikkalaistyylisemmän argumentin: hyväksymällä etäisvaikutus vaikutetaan ennaltaehkäisevästi esitutkintaviranomaisen toimintoihin. Lisäksi tiettyjen todistamis- ja hyödyntämiskieltojen suojelutarkoitus puoltaa Pölösen mukaan etäisvaikutusta. Vasta-argumentteina Pölönen tunnustaa aineellisen totuuden tavoittelun, esitutkintamekanismin tehokkaan toimivuuden ja painavimpana *inevitable discovery* -pohdintojen johtamisen ”vaikeisiin ja mahdollisesti epävarmoihin kausaalipohdintoihin kielletyn menettelyn ja uuden todisteen saamisen välisestä suhteesta”.¹⁶⁴

Toisessa tapausryhmässä Pölönen suhtautuu etäisvaikutukseen vähemmän innokkaasti. Hän pitää pääsääntönä, että tietoon tulleiden asian selvittämisessä tarpeellisten tertiusten kuulusteluihin tulee voida ryhtyä normaalisti esitutkinnassa, ja kokonaisen todistajankertomuksen poissulkeminen voi käytännössä tulla kyseeseen ”vain hyvin marginaalisesti”, riippuen tuo-

¹⁶² *Hormia* 1978 s. 292–301.

¹⁶³ *Pölönen* 2003 s. 316. Mainittakoon, että Pölösen koko etäisvaikutusta pohtiva jakso perustuu pitkälti saksalaiseen oikeuskirjallisuuteen, joskin Pölönen viittaa myös (varsin kriittisesti) Hormian kirjoituksiin.

¹⁶⁴ *Pölönen* 2003 s. 316–318.

mioistuimen tapauskohtaisesta arviosta.¹⁶⁵ Kolmannessa tapausryhmässä eli esinetodisteiden suhteen Pölönen kannattaa vastaavaa ratkaisumallia kuin ensimmäisessä, siis perusoikeusmyönteistä punnintamallia yhdistettynä *inevitable discovery* -pohdintaan. Pölönen ei näe perustetta arvioida esinetodisteita eri tavalla kuin henkilötodisteita, mutta suhtautuu kuitenkin tässäkin ryhmässä etäisvaikutukseen jossakin määrin nuivemmin kuin ensimmäisessä ryhmässä.¹⁶⁶

Pölösen mukaan neljännessä tapausryhmässä laittomin keinoin saadun tunnustuksen hyödyntäminen näyttönä voi estyä jo siksi, ”että kyseessä katsotaan olevan niin vakava todistamiskieltonormin ([V]ETL 24 §)¹⁶⁷ loukkaus, että esitutkintapöytäkirjaan vetoaminen samoin kuin tietyistä seikoista kysyminen kielletään”.¹⁶⁸ Pölösen ilmaus on hivenen kryptinen, eikä tyyppitilanteessa ole välttämättä lainkaan kyse etäisvaikutuksesta. Painostamalla tai huijaamalla toteutettua *kuulustelua itsessään* koskee todistusmetodikielto, johon mahdollisesti liittyy hyödyntämiskielto. Tällöin kyse ei varsinaisesti ole siitä, että jatkotodisteen hyödyntäminen estyisi todistusharkinnassa. Jatkotodisteen hyödyntäminen muodostuu kysymykseksi vain, jos kuulusteltavan kohtelua ohjaavasta säännöksestä ei katsota johtuvan hyödyntämiskieltoa, tai jos laittomasti hankitun todisteen käyttämistä hyväksi kuulustelutilanteessa ei tulkita kyseisessä säännöksessä kielletyksi menettelytavaksi.¹⁶⁹ Tähän neljännen tapausryhmän varsinaiseen etäisvaikutustilanteeseen Pölönen ei ota selvää kantaa.

Pölösen näkemyksen ei kuitenkaan voida katsoa edustavan Suomessa yksiselitteisesti vallitsevaa mielipidettä. Käytännön tasolla suomalainen oikeustila voidaan summata siten, että hyödyntämiskielton ulottuvuus on aina yksittäistapauksessa tuomioistuimen ratkaistavissa. Kun tuomioistuinten suhtautuminen jo hyödyntämiskieltoihin on pääsääntöisesti ollut negatiivista, ei etäisvaikutuksen tunnustavia ratkaisuja juuri ole.

¹⁶⁵ Pölönen 2003 s. 318.

¹⁶⁶ Pölönen 2003 s. 318–319.

¹⁶⁷ UETL:ssä vastaava pykälä on 7:5.

¹⁶⁸ Pölönen 2003 s. 319.

¹⁶⁹ UETL 7:5:ssä näiksi luetellaan väärät ilmoitukset, lupaukset tai uskottelut erityisistä eduista, uuvuttaminen, uhkaus, pakko sekä muut kuulusteltavan ratkaisuvapauteen, tahdonvoimaan, muistiin tai arvostelukykyyn vaikuttavat sopimattomat keinot ja menettelytavat. Esitutkintapöytäkirjan hyödynnettävyydestä myös kuulusteltavan kohtelua koskevissa virhetilanteissa ks. Pölönen 2003 s. 250–263.

4.2 Hyödyntämiskiellon asettaminen viran puolesta

Ehkäpä keskeisin hyödyntämiskieltojen prosessuaaliseen toteuttamiseen liittyvistä kysymyksistä on, onko hyödyntämiskiellot otettava tuomioistuimessa huomioon viran puolesta, vai onko osapuolen nimenomaisesti vedottava jonkun todisteen hyödyntämistä vastaan.¹⁷⁰

Suomessa kysymykseen on saatu osittainen vastaus tapauksessa KKO 2013:25, jossa korkein oikeus otti hyödyntämiskiellon asettamisen esille, vaikka sitä ei nimenomaisesti ollut vaadittu. Lisäksi oikeustieteessä Pölönen on pitänyt selvänä, että tuomioistuimen tulee ottaa hyödyntämiskielto aina huomioon viran puolesta ainakin selvissä tapauksissa. Tämän hän katsoo johtuvan ensisijaisesti PL 22 §:ssä säädetystä julkisen vallan eli myös tuomioistuinten velvollisuudesta turvata ihmis- ja perusoikeuksien toteutuminen. Myös *jura novit curia* -periaate tukee näkemystä. Varsinaisen vetoamistaan puuttumisesta huolimatta Pölönen katsoo asianosaisilla voivan olla tosiasiallinen vetoamriski hyödyntämiskiellon perustavista seikoista, eikä oikeudella hänen mukaansa ole yleistä velvoitetta selvittää, onko jotain menettelynormia rikottu.¹⁷¹ Samansuuntaisesti Tapanilan mukaan tuomioistuimen tulee ottaa hyödyntämiskieltoasia esille viran puolesta, mikäli se havaitsee tapahtuneen lainvastaisuuden, mutta tuomioistuimella ei ole velvollisuutta oma-aloitteisesti selvittää kaikkia mahdollisia todisteisiin liittyviä lainvastaisuuksia, joihin asianosaiset eivät ole kiinnittäneet huomiota.¹⁷²

PL 22 §:n säännös huomioiden ei sinänsä näytä olevan vahvoja argumentteja hyödyntämiskiellon viran puolesta asettamista vastaan, jos sellainen perustava virhe on tuomioistuimen tietoon tullut. Käytännön ongelmaksi muodostuneekin lähinnä se, kuinka aktiivisesti tuomioistuimen on pyrittävä turvaamaan syytetyn oikeuksien toteutuminen. Prosessiekonomisesta lähtökohdasta on selvää, ettei tuomioistuimelle tule asettaa kohtuuttoman raskasta ja pitkälle menevää velvollisuutta kaikkien kuviteltavissa olevien menettelyvirheiden selvittelyyn. Lisäksi silloinkin, kun tuomioistuin on saanut tapahtuneen menettelyvirheen tietoonsa, sen tulisi muistaa prosessinjohtoa koskevat velvollisuutensa ja tarjota osapuolille mahdollisuudet esittää mielipiteensä oikeuskysymyksistä ja tarvittaessa todistelua hyödyntämiskiellon perusteena olevista faktoista. Hyödyntämiskieltojen kysymyksen

¹⁷⁰ Vrt. *Peters* 1966 s. 97.

¹⁷¹ *Pölönen* 2003 s. 320.

¹⁷² *Tapanila*, DL 2013 s. 433. Ks. myös *Tapanila*, DL 2014 s. 26–27. Myös OK 17 luvun uudistusta käsittelevässä hallituksen esityksessä on otettu hyväksyvä kanta hyödyntämiskiellon asettamiseen tuomioistuimen omasta aloitteesta, ks. HE 46/2014 vp s. 86.

ratkaiseminen ilman tapahtumien kulun perusteellista selvittämistä on käytännössä vain harvoin mahdollista.¹⁷³

Suomalainen lähtökohtaisesti myönteinen kanta hyödyntämiskieltojen asettamiseen viran puolesta eroaa jyrkästi mm. USA:n oikeudesta. Amerikkalainen rikosprosessi on suomalaiseen ja myös saksalaiseen rikosprosessiin verrattuna korostetun adversaliaalista ja akkusatorista,¹⁷⁴ eikä hyödyntämiskieltoa siten aseteta viran puolesta, vaan osapuolen on aina vedottava siihen.¹⁷⁵ Liittovaltion korkeimman oikeuden omaksuman *standing*-doktriinin mukaan vetoajalla on myös oltava henkilökohtainen intressi hyödyntämiskieltoon asettamiseen ja juuri hänen oikeuksiaan on tullut loukata.¹⁷⁶ Myös Saksassa ovat tuomioistuimet päätyneet viime aikoina ainakin relatiivisten hyödyntämiskieltojen osalta riippuvuuteen asianosaisen reaktiosta (*Widerspruchslösung* tai *Widerspruchsverlangen*). Hyödyntämistä vastaan on myös vedottava oikea-aikaisesti pääkäsittelyssä, pääsääntöisesti silloin kun siihen on rikosprosessiin sovellettavan prosessilain (*Strafprozeßordnung*, StPO) § 257:n¹⁷⁷ mukainen tilaisuus, tai mahdollisuus menetetään. Ratkaisu ei ole saanut paljoakaan tukea oikeustieteen harjoittajilta.¹⁷⁸ Eräaseen keskeisimmistä hyödyntämiskieltoisäännöksistä

¹⁷³ Todistustaakan jakautuminen näissä faktakysymyksissä on oma problematiikkansa, josta ks. esimerkiksi *Pölönen* 2003 s. 322–323. Pölösen mukaan *in dubio pro reo* -säännön pitää olla hyödyntämiskieltoharkinnassa keskeisessä asemassa. Onkin selvää, ettei hyödyntämiskieltoon asettaminen edellytä sataprosenttista varmuutta kiellon perusteena olevasta riitautetusta faktaseikasta. Tällainen varmuus ei käytännössä ole koskaan mahdollista. *In dubio pro reo* -säännön tavanomaista laajempaan tulkintaan hyödyntämiskieltoyksymyksen ratkaisemisen kontekstissa ei kuitenkaan ole mitään erityistä syytä.

¹⁷⁴ Esimerkiksi *Gardner – Anderson* 1995 s. 18–20.

¹⁷⁵ *Hormia* 1978 s. 91 ja *Mueller* 1966 s. 37.

¹⁷⁶ *Standing*-doktriinin mukaan vain laittoman etsinnän tai takavarikon kohteeksi joutunut itse voi saada edukseen todisteen poissulkemisen. Jos henkilön A kotona suoritettussa laittomassa etsinnässä löydetään todiste, jota käytetään muualla asuvan henkilön B syyttämiseen, B ei voi menestyksekkäästi vaatia hyödyntämiskieltoa, koska B:llä ei ole syytä olettaa yksityisyyden suojansa ulottuvan A:n kotiin (*”no legitimate expectation of privacy”*). Tämä doktriini korostaa liittovaltion perustuslain neljännestä lisäyksestä johtuvien oikeuksien luonnetta henkilökohtaisina oikeuksina, mikä on osittain ristiriidassa liittovaltion korkeimman oikeuden niin ikään omaksuman, hyödyntämiskieltoon kurinpidollista perustaa korostavan *deterrence*-ajattelun kanssa. Korkein oikeus on itsekin tunnustanut, että *standing*-doktriinista luopuminen parantaisi hyödyntämiskieltoon loukkauksia ennaltaehkäisevää vaikutusta. *Cammack* 2013 s. 13–15, *McCormick ym.* 1992 s. 713–720, *Gardner – Anderson* 1995 s. 217–218 ja tapaukset *Jones v. United States*, 362 U.S. 257 (1960), *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), *Rakas et. al. v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978) sekä *United States v. Payner*, 447 U.S. 727 (1980). Tarkemmin hyödyntämiskieltoon toteuttamisesta ks. *McCormick ym.* 1992 s. 761–770.

¹⁷⁷ StPO § 257:n mukaan syytetyltä on tiedusteltava jokaisen todisteen esittämisen jälkeen, onko hänellä jotain huomautettavaa kyseisestä todisteesta.

¹⁷⁸ *Eisenberg* 2011 s. 144–145, *Gless* 2010 s. 10 ja *Gless*, NStZ 2010 s. 100. Ks. tapaukset BGH 5 StR 190/91 (27.2.1992), BGH 1 StR 475/93 (12.10.1993), BGH 4 StR 243/97

(StPO § 136a) sisältyy kuitenkin nimenomainen määräys, jonka mukaan hyödyntäminen ei riipu asianosaisten tahdosta, ja hyödyntämiskielto on siten otettava huomioon viran puolesta. Hyödyntämiskielton ottaminen viran puolesta huomioon voi olla tarpeen myös muiden absoluuttisten hyödyntämiskieltojen osalta.¹⁷⁹

4.3 Yksityisten henkilöiden hankkimat todisteet

Yleensä todisteiden hankinnasta rikosasioissa vastaa poliisi tai muu esitutkintaviranomainen. Toisinaan todisteena kuitenkin pyritään esittämään myös yksityisen henkilön – yleensä asianosaisten – hankkimia nauhoituksia, valokuvia tai muita todisteita. Yleensä kyse on juuri tämän kaltaisista reaalityodisteista, sillä yksityishenkilöiden mahdollisuudet hankkia varsinaista henkilötodistelua ovat vähäiset.¹⁸⁰ Yksityinen henkilö on voinut toimia omasta aloitteestaan tai poliisi on saattanut rohkaista häntä tällaiseen toimintaan. Jos todiste on hankittu laittomalla, ehkä jopa rikollisella tavalla ja syytetyn perusoikeuksia loukatun, herää kysymys, voidaanko se ottaa todistushankinnassa tai prosessin muissa vaiheissa huomioon.

Suomalaisessa oikeustieteessä Hormia on päätenyt siihen tulokseen, että yksityishenkilöiden vakavien oikeusloukkausten avulla hankkimat todisteet on voitava torjua.¹⁸¹ Myös Pölönen pitää hyödyntämiskieltoja mahdollisena, kun todiste on hankkinut lainvastaisesti yksityishenkilö. Hyödyntämiskielto tulee asettaa absoluuttisen todistamiskielton seurauksena aina ja muutoin punninnan pohjalta aivan kuten muissakin hyödyntämiskielto tapauksissa. Se, että poliisi olisi voinut hankkia yksityishenkilön laittomasti hankkimat todisteet laillisesti, voi punninnassa olla argumentti hyödyntämisen puolesta.¹⁸²

(17.6.1997), BGH 1 StR 531/04 (13.1.2005) ja BGH 4 StR 455/08 (18.12.2008).

¹⁷⁹ Ks. BGH 5 StR 445/95 (20.12.1995).

¹⁸⁰ Pölönen 2003 s. 321: ”yksityishenkilöt eivät tietenkään suorita mitään ’esitutkintakuulusteluja’”. Esitutkintaviranomaiset saattavat kuitenkin toisinaan käyttää yksityishenkilöitä eräänlaisina kuulustelun välikappaleina. Ks. esimerkiksi EIT:n tuomio Allan v. Yhdistynyt kuningaskunta 5.11.2002, jossa EIT totesi epäillyn vaitiolo-oikeutta sekä itsekriminointisuoja ja siten EIS 6 artiklaa loukatun, kun poliisi oli sijoittanut murhasta epäillyn sellitoveriksi henkilön, jota oli ohjeistettu hankkimaan tietoa tältä, ja kun sellitoverin kertomusta hänen epäillyn kanssa käymistään keskusteluista oli käytetty oikeudenkäynnissä todisteena.

¹⁸¹ Hormia 1978 s. 248–249.

¹⁸² Pölönen 2003 s. 312–314. Ks. myös Eisenberg 2011 s. 135–137. Saksassa vallitsevan mielipiteen mukaan hyödyntäminen on pääasiassa sallittua, jos todiste on hankkinut laittomasti yksityinen henkilö. Jos hankinta on tapahtunut erityisen vakavasti ihmisoi-
keuksia tai ihmisarvoa loukatun, tulee tästä pääsäännöstä poiketa. *Bundesgerichtshofin* mukaan kolmannen osapuolen suorittamasta oikeudenvastaisesta todisteiden hankinnasta

Korkeimman oikeuden ennakkopäätöksissä ei ole käsitelty yksityisen henkilön hankkimien todisteiden hyödynnettävyyttä. Ongelma on tullut esille ainakin yhdessä hovioikeustapauksessa, Itä-Suomen HO 12.5.2010 (R 09/506). Siinä salakatselun (RL 24:6) tunnusmerkistön täyttänyt yksityiselämän suojan loukkaus johti hyödyntämiskieltoon. Tapauksessa kärjäoikeus huomioi nimenomaisesti, että esitutkintaviranomaiset eivät olisi voineet laillisin keinoin menetellä siten kuin todisteen hankkinut yksityishenkilö, ja myös hovioikeus viittasi teknistä katselua koskevaan VPKL 5a:4a:n säännökseen. Hovioikeuden johtopäätöksistä ei kuitenkaan käy ilmi, kuinka ratkaisevaa vertailu poliisin toimintamahdollisuuksiin lopulta oli hyödyntämisharkinnassa.

Mahdollinen on myös tilanne, jossa yksityishenkilö on – laittomasti tai laillisesti – hankkinut materiaalia, jonka hyödyntäminen on kiellettyä itsenäisen hyödyntämiskielton nojalla. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa yksityishenkilö on saanut haltuunsa syytetyn päiväkirjan ja toimittanut tämän oikeudelle. On melko selvää, että hyödyntämiskielto voitaisiin asettaa Suomen oikeuden mukaan, jos yksityishenkilö olisi vakavalla fyysisellä väkivallalla tai suoranaisella kiduttamisella pakottanut syytetyn luovuttamaan päiväkirjansa.¹⁸³ Mutta entäpä, jos syytetty olisi itse epähuomiossa pudottanut päiväkirjansa tien varteen, mistä ohikulkija olisi sen noukkinut?

Esimerkiksi Saksassa korkeimpien asteiden oikeuskäytännön mukaan henkilön ns. intiimipiiriin laskettavien päiväkirjamerkintöjen suoja on absoluuttista, eikä hyödyntäminen tällaisessa tapauksessa riipu siitä, millä tavalla päiväkirja on oikeuden eteen päätynyt.¹⁸⁴ Päiväkirjamerkintöjä

ei automaattisesti seuraa ko. todisteen hyödyntämiskelvottomuus rikosprosessissa, ks. BGH 1 StR 681/75 (2.12.1975) ja BGH 2 StR 334/77 (22.02.1978). Toisenlaisen näkökannan edustajat painottavat valtion velvollisuutta suojella ihmisarvoa myös kolmansien hyökkäyksiä vastaan. Täten esimerkiksi StPO § 136a:n hyödyntämiskieltoa tulisi soveltaa yksityisten suorittamaan todisteiden hankintaan.

¹⁸³ Näin myös jäljempänä käsiteltävissä todistelutoimikunnan mietinnössä ja hallituksen esityksessä, ks. OMML 69/2012 s. 120 ja HE 46/2014 vp s. 87. Mainittakoon, että hallituksen esityksen perusteluissa nähdään mahdollisena hyödyntämiskielton asettaminen, kun yksityishenkilö hankkii todisteita muutoinkin lainvastaisesti. Hyödyntämistä puoltavana seikkana voidaan kuitenkin ehdotetun yleissäännöksen puitteissa ottaa huomioon, että lainvastaisesti on menetellyt yksityinen henkilö toimimatta viranomaisten lukuun. Ks. HE 46/2014 vp s. 94.

¹⁸⁴ Ks. tapaukset BGH 4 StR 519/63 (21.2.1964), BGH 4 StR 223/87 (9.7.1987) ja BVerfG 2 BvR 1062/87 (14.9.1989). Kuten niistä ilmenee, kaikki päiväkirjamerkinnät eivät kuitenkaan kuulu suojatuimpaan intiimipiiriin. Intiimipiiri liittyy oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa kehittyneeseen teoriaan eriarvoisista suoja-alueista (*Sphärentheorie* tai *Dreistufentheorie*). Teoria koskee ensisijaisesti yleisen persoonallisuusosoitteen loukkauksia. Yleisellä persoonallisuusosoituksella tarkoitetaan Saksan perustuslain (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) 2 ja 1 artikloista yhdessä johdettua perusoikeutta, joka takaa oikeuden persoonallisuuden kunnioittamiseen ja vapaaseen kehittämiseen ja sisältää mm.

suojaava itsenäinen hyödyntämiskielto voisi olla perusteltavissa Suomessakin EIS 8 artiklan ja PL 10.1 §:n nojalla. Pidän kuitenkin tällaista tulkintaa käytännössä epätodennäköisenä, koska tähänastinen kotimainen oikeuskäytäntö ei anna mitään viitteitä näin radikaaleista yksityiselämän suojan tulkinnosta. Suomessakaan ei kuitenkaan ole ajatuksellisesti mahdollontta, että yksityishenkilön laillisesti haltuunsa saamaa todistetta koskisi pelkästään sen sisällön vuoksi absoluuttinen todistusteemakielto ja siitä johtuva hyödyntämiskielto, joka ei riipu mitenkään todisteen hankkimistavasta.¹⁸⁵ Vertailun vuoksi amerikkalaisessa järjestelmässä keskeisimmät hyödyntämiskielto koskevat leimallisesti juuri viranomaisten suorittaman todisteiden hankinnan menetelmiä, ja yksityishenkilöiden omasta aloitteestaan hankkimat todisteet ovat pääsääntöisesti hyödynnettävissä riippumatta sen enempää hankkimistavan laillisuudesta kuin materiaalin sisällöstäkään.¹⁸⁶

5 OIKEUDENKÄYMISKAAREN 17 LUVUN UUDISTUS

5.1 Todistelutoimikunnan mietintö

Todistelua koskevaa lainsäädäntöä ollaan uudistamassa. Ns. todistelutoimikunta antoi marraskuussa 2012 mietinnön ”Todistelu yleisissä tuo-

henkilön oikeuden omaan kuvaansa ja puhumaansa sanaan. Suoja-alue teoriassa yleisen persoonallisuus-oikeuden suoja jaetaan kolmeen tasoon. Suojan ytimen muodostaa intiimi-alue (Intimsphäre) eli yksityiselämän koskematon ydin, joka on absoluuttisesti suojattu ja jonka loukkaukset vaativat hyödyntämiskieltoa ilman mahdollisuutta punnintaan. Tämän ydinalueen ulkopuolella ovat yksityis- ja sosiaalialueet (schlichte Privatsphäre, Sozialsphäre), joiden osalta punninnan käyttö on mahdollista suhteellisuusperiaate huomioon ottaen. Eri suoja-alueiden rajanvedot voivat olla vaikeita. Yleisestä persoonallisuus-oikeudesta ks. *Ehmann* 2005, BVerfG 1 BvR 185/77 (3.6.1980) ja BVerfG 2 BvR 454/71 (31.1.1973), kohta 32. Suoja-alue teoriasta ks. *Koriath* 1994 s. 91–92 ja *Eisenberg* 2011 s. 132.

¹⁸⁵ Ks. *Pölonen* 2003 s. 312.

¹⁸⁶ *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465 (1921), *Andersen*, FBILEB 1989 s. 25–31 ja *Gardner – Anderson* 1995 s. 214–216. Ks. myös tapaukset *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984) ja *Walter v. United States*, 447 U.S. 649 (1980). Viranomaisten myötävaikutus voi kuitenkin tuoda yksityisen hankkiman todisteen (lähinnä neljännen lisäyksen) hyödyntämiskieltoon piiriin. Poliisi ei esimerkiksi voi kiertää hyödyntämiskieltoa käyttämällä yksityishenkilöä välikätenä tai muutoin kehottamalla tätä laittoman etsintätoimenpiteen suorittamiseen. Poliisi ei myöskään voi noutaa yksityishenkilön paikallistamaa mutta paikalleen jättämää todistetta ilman asiaankuuluvaa etsintälupaa. Myös jo viranomaisen haltuun luovutetun todistemateriaalin avaaminen, tarkastelu tai testaaminen saattaa edellyttää luvan hankkimista.

mioistuimissa”, johon liittyi oheismateriaalina oikeusvertaileva selvitys.¹⁸⁷ Mietinnöstä annetuista lausunnoista julkaistiin kooste kesäkuussa 2013.¹⁸⁸ Todistelutoimikunta ehdotti uudistettavaan OK 17 lukuun lisättäväksi kokonaan uutena pykälänä hyödyntämiskieltoa koskevan 25 §:n.¹⁸⁹ Kyseisessä pykälässä puhuttaisiin nimenomaan *hyödyntämisestä*, ei esimerkiksi käyttämisestä, kuten mainitussa jätelain 129.1 §:ssä. Samoin lakitekstiin ehdotettiin luvun 24 §:n edelle pykäläotsikkoa ”Kirjallisen kertomuksen käyttökielto sekä todisteen hyödyntämiskielto”. Kyseessä olisi siis lainsäätäjän tietoisesti hyödyntämiskielloksi tarkoittama säännös.

OK 17:25 [Todistelutoimikunnan ehdotus]

Tuomioistuin ei saa hyödyntää todistetta, joka on saatu kiduttamalla.

Tuomioistuimen on jätettävä hyödyntämättä lainvastaisesti hankittu todiste myös, jos siihen on painavat syyt ottaen huomioon asian laatu, todisteen hankkimistapaan liittyvä oikeudenloukkauksen vakavuus, hankkimistavan merkitys todisteen luotettavuudelle, todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta ja muut olosuhteet.

Jos henkilö on muussa viranomaismenettelyssä kuin rikosasian tai siihen rinnastettavan asian käsittelyssä rangaistuksen tai siihen rinnastettavan seuraamuksen taikka pakkokeinon käyttämisen uhalla antanut lausuman tai luovuttanut asiakirjan tai esineen menettelyn tarkoituksen toteuttamiseksi, tällaista lausumaa taikka asiakirjasta tai esineestä saatua tietoa ei saa hyödyntää todistena sellaisessa rikosasiassa, jossa hän oli rikoksesta epäiltynä todisteen antamis- tai luovuttamishetkellä tai joka oli muuten tällöin vireillä. Hyödyntämiskieltoa ei kuitenkaan ole, jos lausuman antaminen taikka asiakirjan tai esineen luovuttaminen on rangaistavaa väärän sisältönsä tai muun totuudenvastaisen ominaisuutensa vuoksi muussa viranomaismenettelyssä.

Ehdotus sisältää oikeastaan kolme hyödyntämiskieltoa: 1) kiduttamalla hankittua todistetta koskevan ehdottoman hyödyntämiskiellon¹⁹⁰, 2) muutoin lainvastaisesti hankittua todistetta koskevan harkinnanvaraisen hyödyntämiskiellon¹⁹¹ sekä 3) hyödyntämiskiellon, joka koskisi muussa viranomaismenettelyssä sinänsä lainmukaisesti hallinnollisen pakon uhalla saatua todistetta, jonka hyödyntäminen olisi ongelmallista itsekriminointisuojan kannalta.

Ehdotettu ensimmäinen momentti ei näkemykseni mukaan muuttaisi

¹⁸⁷ OMML 69/2012 ja OMSO 65/2012.

¹⁸⁸ OMML 30/2013.

¹⁸⁹ OMML 69/2012 s. 47–48.

¹⁹⁰ OMML 69/2012 s. 118.

¹⁹¹ OMML 69/2012 s. 122.

oikeustilaa. Kiduttamalla hankittua todistetta koskee jo nyt itsenäinen, suoraan perustuslaista ja ihmisoikeuksista johdettavissa oleva ehdoton hyödyntämiskielto.¹⁹² Tämän kirjoittamisesta lain tasolle ei luonnollisesti olisi haittaa.

Momentissa ei määriteltäisi kiduttamisen sisältöä. Sen sijaan perusteluissa johtoa käsitteen määrittelylle haetaan lukuisista eri lähteistä: perustuslain kiduttamiskieltoa koskevista esitöistä¹⁹³, rikoslain kidutuksen kriminalisoivasta pykälästä RL 11:9a (990/2009), EIT:n oikeuskäytännöstä¹⁹⁴ ja YK:n kidutuksen vastaisen yleissopimuksen 1 artiklasta¹⁹⁵. Kidutukselle päädytään ottamaan vastaava sisältö kuin mainitussa rikoslain pykälässä, EIT:n ja kansainvälisten rikostuomioistuinten käytäntö huomioiden. Vaikka RL 11:9a koskee vain virkamiehiä, ei hyödyntämiskieltoa olisi tarkoitettu rajoittumaan vain viranomaisten suorittamaan kiduttamiseen, vaan se tulisi kyseeseen myös yksityishenkilön kiduttamalla hankkiman todisteen osalta.¹⁹⁶

RL 11:9a:n esitöistä omaksutun kiduttamisen määritelmän olennainen elementti on voimakkaan ruumiillisen tai henkisen kärsimyksen aiheuttaminen. Määritelmä ei siten ole sidottu kidutuksen tekotapaan, ja kysymykseen voi tulla sekä fyysinen että henkinen kidutus. Esitöissä luetaan esimerkinomaisesti mahdollisina fyysisen kiduttamisen muotoina kahlitseminen, kuristaminen, hukuttaminen, raiskaus, tikkujen asettaminen kynsien alle, sähkön tai kemikaalien käyttö etenkin herkkiin ruumiinosiin kohdistettuna, riipputtaminen, pakkosyöttäminen ja valvottaminen. Henkisen

¹⁹² KKO 2012:45, kohta 39, HE 36/1989 vp s. 4, *Frände* 2009 s. 378. Vrt. *Pölönen* 2003 s. 325 ja OMSO 65/2012, s. 53–55. Pölönen luokittelee YK:n kidutussopimuksen 15 artiklan absoluuttiseksi epäitsenäiseksi hyödyntämiskielloksi.

¹⁹³ HE 309/1993 vp s. 47.

¹⁹⁴ Mietinnössä viitataan rikoslain kidutuspykälän esitöissä (HE 76/2009 vp s. 13–17) kuvattuun oikeuskäytäntöön ja tapauksiin *Stefanou v. Kreikka* 22.4.2010, *Gäfgen v. Saksa* 1.6.2010, *Kopylov v. Venäjä* 29.7.2010, *El Shennawy v. Ranska* 20.1.2011, *Yazgül Yilmaz v. Turkki* 1.2.2011, *Bocharov v. Ukraina* 17.3.2011, *Bekirski ym. v. Bulgaria* 2.9.2010, *Korobov v. Ukraina* 21.7.2011, *Portmann v. Sveitsi* 11.10.2011, *Borbola Kiss v. Unkari* 26.6.2012 sekä *Aleksahin v. Ukraina* 19.7.2012.

¹⁹⁵ Määritelmä kuuluu seuraavasti: ”Tässä yleissopimuksessa ’kidutuksella’ tarkoitetaan kaikkia tekoja, joilla aiheutetaan jollekulle tahallisesti kovaa kipua tai kovaa joko henkistä tai ruumiillista kärsimystä tietojen tai tunnustuksen saamiseksi häneltä tai kolmannelta henkilöltä, hänen rankaisemisekseen teosta, jonka hän tai kolmas henkilö on tehnyt tai epäillänsä tehneen, hänen tai kolmannen henkilön pelottelemiseksi tai pakottamiseksi taikka minkälaiseen tahansa syrjintään perustuvasta syystä, kun virkamies tai muu virallisessa asemassa toimiva henkilö aiheuttaa sellaista kipua tai kärsimystä, yllyttää tai suostuu niiden aiheuttamiseen tai hyväksyy sen hiljaisesti. Kidutusta ei ole sellainen kipu tai kärsimys, joka saa alkunsa pelkästään laillisista seuraamuksista, joko niihin kuuluvana tai niihin liittyvänä.”

¹⁹⁶ OMML 69/2012 s. 119–120. Ks. myös siinä viitattu HE 76/2009 vp, erityisesti s. 28–34.

kiduttamisen osalta kyseeseen voivat tulla vakavan unenpuutteen aiheuttaminen, sokaiseminen lasersäteellä, aistien toiminnan tai aistiärsykkeiden vastaanottamisen pitkäaikainen estäminen, vakavien uhkausten esittäminen, eristäminen epämääräiseksi ajaksi, erilaiset henkisen murttamisen menetelmät, erityisen häiritsevälle melulle altistaminen, vesikidutus, valeteloitus ja nöyryyttäminen.¹⁹⁷

Kiduttamalla hankitun todisteen hyödyntämisen ehdoton kieltäminen on vahvasti perusteltua, ja säännöksen soveltamisala on edellä mainitun valossa jokseenkin selkeä siitä huolimatta, että pykälä ei sisällä itsenäistä kiduttamisen määritelmää. Joissakin rajanvetotilanteissa epäselvyydet ovat toki mahdollisia, mutta niitä ei nähdäkseni pystytä välttämään myöskään itsenäisellä määritelmällä. Päinvastoin tällainen määritelmä voisi heikentää ennakoitavuutta ja aiheuttaa hämmennystä pykälän suhteesta EIT:n oikeuskäytäntöön. Määritelmän yksityiskohdista riippumatta ensimmäisen momentin säännös tulee Suomen oloissa sovellettavaksi äärimmäisen harvoin.

Ehdotuksen mielenkiintoisin hyödyntämiskielto on toisen momentin muutoin kuin kiduttamalla laittomasti hankittua todistetta koskeva yleissäännös. Ehdotetussa momentissa ei millään tavoin määritellä ”lainvastaisen hankinnan” rajoja eikä tarjota edes esimerkkejä siitä, mihin momenttia on tarkoitettu sovellettavan. Toisaalta se jättää paljon tuomioistuimen harkinnan varaan myös sen ratkaisemisen osalta, milloin kyseessä ovat painavat syyt.¹⁹⁸ Toinen momentti on kirjoitettu siten, että hyödyntäminen olisi oletusarvoinen pääsääntö, ja hyödyntämiskielto tulisi kysymykseen vain poikkeuksellisesti, painavien syiden vallitessa. Lausuntopalautteessa esitettiin tämän ratkaisun kääntämistä päälaelleen.¹⁹⁹

Säännökseen kirjatut harkintakriteerit ovat relevantteja hyödyntämiskysymyksen ratkaisemisessa. Vaikka säännös ei tietenkään anna mitään matemaattista ratkaisukaavaa, voidaan sen arvioida olevan tarkoituksenmukainen ja lisäävän ainakin jossain määrin oikeusvarmuutta, koska se luo lainsäädännöllisen kehikon hyödyntämisharkinnalle. Uudistuksen potentiaalisesti suurin vaikutus ei kuitenkaan liity yleissäännöksen sisältöön, eikä se käy ilmi ehdotetun OK 17:25.2:n sanamuodosta, vaan ehdotuksen

¹⁹⁷ HE 76/2009 vp s. 29.

¹⁹⁸ Lainsäädäntötekniinen ratkaisu on varsin erilainen kuin toisinaan yleissäännökseksi väitetyssä Saksan StPO § 136a III:ssa. Saksalaisen pykälän kaksi ensimmäistä momenttia ovat laitonta todisteiden hankintaa koskevia todistusmenetelmäkieltoja, ja kolmannessa momentissa kielletään kahdessa ensimmäisessä momentissa mainituilla tavoilla hankitun todisteen käyttäminen näyttökysymyksen ratkaisemisessa. Todistelutoimikunnan ehdottama OK 17:25.2 (jäljempänä käsiteltävässä hallituksen esityksessä OK 17:25.3) olisi sen sijaan – ainakin sanamuotonsa valossa – aito yleissäännös.

¹⁹⁹ OMMML 30/2013 s. 192, 198.

perusteluista. Niissä todetaan seuraavaa:

Asian luonnosta kuitenkin seuraa, että asiallisesti edellä tässä luvussa säädettyjä todistamis- tai käyttökieltoja sovelletaan hyödyntämiskielto­säännöksen asemesta. Olisi tarkoituksetonta säätää itsenäisesti todistamis- tai käyttökiellosta, jos kysymys hyödyntämisestä ratkaistaisiin kuitenkin käsillä olevan momentin nojalla. Johdonmukaisesti todistamis- tai käyttökiellon vastaisen menettelyn oikeudellinen seuraamus on hyödyntämis- tai käyttökielto.²⁰⁰

Tämä perustelujen kohta antaa ymmärtää, että kaikista oikeudenkäymiskaa­ren 17 luvussa olevista todistamiskielto­säännöksistä seuraisi automaattisesti myös hyödyntämiskielto. Kun ehdotetussa OK 17:25.2:ssa puhutaan yleisesti ”lainvastaisesti hankituista todisteista”, viittaa itse lakiteksti päinvastaiseen suuntaan kuin perustelulausuma. Lakitekstin mukaan kaikkia todisteita koskevia lainvastaisuuksia, siis myös OK 17 luvun mukaisten todistamiskieltojen loukkauksia, arvioitaisiin yleisessä hyödyntämiskielto­säännöksessä määritellyillä perusteilla, sikäli kuin erityisissä todistamiskielto­säännöksissä ei mainittaisi mitään kiellon rikkomisen seuraamuksista.²⁰¹ Lausuntopalautteesta ilmenevistä hyvin erilaisista tulkinnoista on selvästi havaittavissa, että säännöksen soveltamisala on aidosti epäselvä.²⁰²

Ottaen huomioon mietinnössä käytetyn erittäin suppean todistamiskiel­lon käsitteen,²⁰³ perustelulausumassa ei mitä ilmeisimmin ole tarkoitettu kaikkia todistamiskielloksi tulkittavia normeja, vaan ainoastaan vaitiolo­velvollisuuksia, niihin rinnastettavia vaitiolo-oikeuksia sekä kirjallisen kertomuksen käyttökieltoa.²⁰⁴ Perustelujen valossa yleissäännös määrittäisi siten ensinnäkin ne harkintaperusteet, joilla ratkaistaisiin itsenäisten hyödyntämiskieltojen asettaminen. Toiseksi sitä sovellettaisiin epämääräiseen

²⁰⁰ OMML 69/2012 s. 121. Lisäksi perusteluissa (s. 122) todetaan, että hyödyntämiskielto ei kuitenkaan olisi aina merkityksetön todistamiskieltoa tai vaitiolo-oikeutta koskevissa tapauksissa. Perustelujen mukaan jos todistamiskielto tai vaitiolo-oikeus olisi murrettavissa, voi syntyä tilanne, jossa sinänsä todiste olisi hyödynnettävissä murtamisen jälkeen. Jos todiste kuitenkin olisi hankittu laittomasti, tulisi todisteen hyödyntämiskieltoa harkita yleissäännöksen nojalla. Ymmärtääkseni tässä tarkoitetaan tilannetta, jossa todistamiskiel­lon murttaminen olisi ollut mahdollista laillisesti, mutta asiassa on menetelty lainvastaisesti. Tällöin yleissäännöksen soveltuvuus onkin mielestäni perusteltua.

²⁰¹ Jos todistamiskielto­säännöksessä olisi nimenomainen määräys myös hyödyntämisen estymisestä, olisi tämä luonnollisesti yleissäännöksen syrjäyttävä *lex specialis* -säännös.

²⁰² Ks. myös OMML 69/2009, Markku Fredmanin eriävä mielipide s. 7–8.

²⁰³ Ks. OMML 69/2012 s. 25.

²⁰⁴ Uudistuksessa vaitiolo­velvollisuuksia ja -oikeuksia koskevat säännökset koottaisiin OK 17:10–23:iin alaotsikon ”Velvollisuus tai oikeus kieltäytyä todistamasta” alle. Kirjallisen kertomuksen käyttökiellosta säädettäisiin saman luvun 24 §:ssä. Perusteluissa tarkoitetaan juuri näitä säännöksiä.

säännösjoukkoon kohdistuvien loukkausten yhteydessä, toisin sanoen silloin kun lainvastaisesti hankittu todiste olisi hankittu rikkomalla jotain muuta säännöstä kuin hyvin suppeasti ymmärrettyjä todistamiskieltoja. Muun muassa esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön todisteiden hankintaa ohjaavat määräykset ja kiellot jäisivät ilmeisesti ilman automaattista hyödyntämiskieltoseuraamusta ja niiden vastaisesti hankittujen todisteiden hyödyntämistä tulisi arvioida yleissäännöksen perusteella. Tästä rajoituksesta huolimatta perustelujen tulkinta automaattisista, asian luonnosta johdettavista hyödyntämiskielloista ei suoranaisesti vastaa nykyistä oikeustilaa, kuten 3 luvusta käy ilmi.

Ajatus todistamiskiellon rikkomisesta automaattisesti seuraavasta hyödyntämiskiellosta on sinänsä mahdollinen, ja sitä on kannatettu myös esimerkiksi saksalaisessa keskustelussa.²⁰⁵ Tällainen ratkaisu kuitenkin laajentaisi hyödyntämiskieltojen alaa nykyisestä lähtökohtaisesti tapauskohtaisesta, joskin joidenkin todistamiskieltojen absoluuttisuuden tunnustavasta harkinnasta. Mallin etuja olisivat ennakoitavuuden lisääntyminen ja syytetyn oikeuksien tehokkaampi turvaaminen. Totuuden selvittämisen intressi ja rikosoikeudellisen järjestelmän tehokkuus muodostavat kuitenkin vahvan vasta-argumentin. Eri todistamiskieltojen funktiot ja suojaintressit eroavat toisistaan, joten niiden erillinen kohtelu voi olla perusteltua, eikä automaattinen, ehdoton hyödyntämiskielto välttämättä ole oikeasuhtainen ratkaisu. Toisinaan hyödyntäminen on suojaintressin kannalta merkityksetöntä, jos salaisuus on jo paljastunut todistetta esitetäessä. Tähän perustuu myös oikeustieteessä tunnettu jaottelu absoluuttisiin ja relatiivisiin todistamiskieltoihin.²⁰⁶

Markku Fredman esitti todistelutoimikunnan mietintöön jättämässään eriävässä mielipiteessä OK 17:25:ään lisämomenttia, joka kuuluisi yksinkertaisesti seuraavasti: ”Todistamis- ja käyttökielloista säädetään erikseen.” Samalla hän asettui kannattamaan käsitystä, jonka mukaan hyödyntämiskielto olisi aina ”todistamis- tai käyttökiellon” oikeudellinen seuraamus, minkä hän ei katsonut olevan ristiriidassa nykyisen oikeuskäytännön kanssa.²⁰⁷ Fredmanin havainto perustelujen ja ehdotetun pykälän ristiriitaisuudesta on oikea, mutta hänen esittämänsä momentti ei ole riittävän yksiselitteinen. Fredmankin tuntuu luottavan siihen, että hyödyntämiskiellon automaattinen asettaminen johtuisi ”asian luonnosta”, mikä on edellä esitetyn mukaisesti

²⁰⁵ Ks. esimerkiksi *Koriath* 1994 s. 31–32, 105 ja *Lundqvist* 1998 s. 171.

²⁰⁶ Vrt. myös Pölösen edellä (3.2) referoitu todistamiskieltojen luokittelu, *Pölönen* 2003 s. 323–328.

²⁰⁷ OMMML 69/2009, Markku Fredmanin eriävä mielipide s. 7–8, *Viljanen*, DL 2013 s. 156–159.

kiistanalaista.²⁰⁸

Koska kyse olisi muutoksesta tai vähintäänkin tarkennuksesta nykyiseen oikeustilaan, tulisi siitä säätää nimenomaisesti eikä jättää asiaa perustelujen ja asian luonnon varaan. Lakiin tulisi kirjata selvärajaisesti, mitkä olisivat ne todistamiskielto, joiden loukkauksesta seuraisi aina hyödyntämiskielto. Samalla olisi hyvä arvioida, onko oikeudenkäymiskaaren ulkopuolella sellaisia todistamiskieltojä, joiden rikkomisesta tulisi aina seurata hyödyntämiskielto. Pelkästään todistamiskieltoä käsitteellä operoiminen ei tässä yhteydessä ole riittävän selkeää, koska todistamiskielto ei ole käsitteenä tarpeeksi yksiselitteinen eikä sitä ole määritelty laissa. Sitä, että olennaisesti säännöksen soveltamisalaa määrittävän käsitteen sisältö kävisi ilmi ainoastaan perusteluista ja sieltäkin vain epäsuorasti, ei voida pitää riittävän läpinäkyvänä ja selkeänä lainsäädäntömallina.

Itsekriminointisuojaan loukkaukseen rinnakkaismenettelyn kautta perustuvaa hyödyntämiskieltoa koskeva ehdotettu kolmas momentti sai lausuntokierroksella osakseen runsaasti kritiikkiä. Esimerkiksi säännöksen soveltamisalaa sekä rikosasian ja muun viranomaismenettelyn käsitteitä pidettiin tulkinnanvaraisina ja epäselvinä. Lisäksi säännöksen rajoittumista vain vireilläolotilanteisiin kritisoitiin. Toisaalta säännöstä pidettiin myös liian laajana ja ”muuten vireillä olon” merkitystä epäselvänä.²⁰⁹

5.2 Hallituksen esitys

Todistelutoimikunnan mietintöön ja siitä annettuun lausuntopalautteeseen pohjautuva hallituksen esitys 46/2014 vp oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi annettiin huhtikuussa 2014. Oikeudenkäymiskaaren uudistuksen lisäksi samassa yhteydessä esitetään tehtäväksi lähinnä teknisiä muutoksia 25 muuhun lakiin. Lakien on tarkoitus tulla voimaan 1.7.2015.²¹⁰

²⁰⁸ Myös Suomen asianajajaliiton lausunnossa (OMML 30/2013 s. 191–192) esitettiin vastaavaa, hyvin laajaa muotoilua: ”Tuomioistuin ei saa hyödyntää todistetta, joka on saatu kiduttamalla, loukkaamalla rikosasiassa epäillyn oikeutta olla todistamatta itseänsä vastaan, todistamis- tai käyttökieltoa rikkomalla taikka joka loukkaa todistajan vaitiolo-oikeutta.” Tässä muotoilussa ongelmaksi jää todistamiskielto-termin merkitys.

²⁰⁹ Ks. OMML 30/2013 s. 172–203.

²¹⁰ HE 46/2014 vp s. 1–2. Huomautettakoon, että kirjoitushetkellä vireillä on myös todistelutoimikunnan mietintöön liittymätön HE 58/2013 vp syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi ja syyttämättä jättämistä koskevien säännösten uudistamiseksi, jossa ehdotetaan ROL:iin kahta erityistä hyödyntämiskieltojä (ROL 1:10a.5 ja ROL 5b:5.2). Ehdotetut, vain rikosasioissa sovellettavat hyödyntämiskieltoä koskisivat epäillyn tai syytetyn syyteneuvottelussa tai tunnustamisoikeudenkäynnissä antamia lausuntoja, kun menettely ei ole johtanut tuomioesityksen tekemiseen ja sen hyväksyvään tuomioon.

Esitykseen sisältyy edelleen nimenomainen hyödyntämiskieltoa koskeva 25 §. Todistelutoimikunnan mietintöön nähden kidutusta koskeva ensimmäinen momentti on säilytetty ennallaan,²¹¹ ja toisen momentin yleissäännös on muotoilultaan identtinen, mutta sijoitettu nyt kolmanneksi momentiksi. Sen sijaan itsekriminointisuoja koskeva hyödyntämiskielto on rakennettu uudelleen. Nyt pykälän toiseksi momentiksi sijoitetun säännöksen alkuun on lisätty itsekriminointisuojaan liittyvän vaitiolo-oikeuden (esityksen 18 §) vastaisesti hankittua todistetta koskeva hyödyntämiskielto. Lisäksi momentissa säädetään muussa menettelyssä laillisesti hankittua todistetta koskevasta hyödyntämiskiellosta. Tämä jälkimmäinen osa vastaa siis tarkoitukseltaan todistelutoimikunnan mietinnössä ehdotettua kolmatta momenttia. Hallituksen esityksessä toinen momentti on kokonaisuudessaan seuraavanlainen:

Rikosasiassa ei saa hyödyntää 18 §:ssä säädetyn vaitiolo-oikeuden vastaisesti hankittua todistetta. Hyödyntämiskielto koskee myös todistetta, joka on hankittu muussa menettelyssä kuin esitutkinnassa tai rikosasian oikeudenkäynnissä henkilöltä pakkokeinon käyttämisen uhalla tai muutoin vastoin hänen tahtoaan, jos hän oli tällöin epäiltynä tai vastaajana rikoksesta taikka esitutkinta tai oikeudenkäynti oli vireillä rikoksesta, josta häntä syytetään, ja jos todisteen hankkiminen rikosasiassa olisi ollut vastoin 18 §:ää. Jos kuitenkin henkilö on muussa menettelyssä kuin rikosasian käsittelyssä tai siihen rinnastuvassa menettelyssä antanut lakisääteisen velvollisuutensa täyttämisen yhteydessä totuudenvastaisen lausuman taikka väärän tai sisällöltään totuuden vastaisen asiakirjan taikka väärän tai väärennetyn esineen, sitä saadaan hyödyntää todisteena velvollisuuden vastaista menettelyä koskevassa rikosasiassa.²¹²

Kolmanteen momenttiin sijoitetun yleissäännöksen sovellettavuutta tai soveltumattomuutta eri todistamiskieltoihin ei hallituksen esityksessä ole selvennetty, vaan todistelutoimikunnan mietinnön perustelut on kopioitu

Esityksen lakitekstissä puhuttaisiin todisteen käyttämisestä, mutta perusteluissa säännöksiä luonnehditaan hyödyntämiskielloiksi. Kyse olisi siis jätelain 129.1 §:n kaltaisista erityissäännöksistä. Ks. HE 58/2013 vp s. 28, 33 ja HE 46/2014 vp s. 42.

²¹¹ Myös momentin perustelut ovat säilyneet entisenkaltaisina, ks. HE 46/2014 vp s. 86–88.

²¹² Säännöksen perusteluista ks. HE 46/2014 vp s. 88–92. Jätän esitetyn säännöksen tässä enemmän käsittelemättä. Rikosprosessin ja erilaisten rinnakkaisprosessien yhteensovittamisesta aiheutuvat itsekriminointisuojaan liittyvät oikeudelliset ongelmat ovat sinänsä oikeudellisesti mielenkiintoisia ja tutkimuksellisesti jopa muodikkaita, mutta tässä artikkelissa näkökulmani on ensisijaisesti pelkässä rikosprosessissa. Ehdotetun toisen momentin säännöksen tarkoituksenmukaisuuden analysointi edellyttäisi mittavaa paneutumista siinä tarkoitettuihin muihin menettelyihin.

sellaisinaan.²¹³ Itse asiassa hallituksen esitys on tässä suhteessa todistelutoimikunnan mietintöäkin pulmallisempi ottaen huomioon uuden toisen momentin ensimmäisen virkkeen, jossa erikseen kielletään yhden OK 17 luvun todistamiskiellon²¹⁴ vastaisesti hankitun todisteen hyödyntäminen. Tulisiko tästä tehdä *e contrario* -päätelmä, että muiden ”edellä tässä luvussa säädettyjen todistamis- tai käyttökieltojen” vastaisesti hankittuihin todisteisiin ei sittenkään – perusteluista huolimatta – liittyisi automaattista, asian luonnosta johtuvaa hyödyntämiskieltoa, vaan asiaa tulisi arvioida yleissäännöksen perusteella?

6 LOPPUSANAT

Hyödyntämiskieltoja koskevan suomalaisen oikeustilan selvä heikkous tällä hetkellä on sen epäselvyys. Tämä koskee niin hyödyntämiskieltojen yleistä systematiikkaa, yksittäisten säännösten ja normien vaikutuksia kuin hyödyntämiskieltojen ulottuvuuttakin. Erityisen, varsin omaleimaisen ongelman muodostaa liukuva hyödynnettävyys eli hyödyntämiskäytön ja näyttöarvon määrittämisen käsitteellinen ja käytännöllinen sekaantuminen.²¹⁵ Epäselvyyden vuoksi tuomioistuimilla on toisaalta ollut käytännössä varsin laaja yksittäistapauksellinen harkintavalta hyödyntämiskysymyksissä, ja toisaalta ehkä juuri samasta syystä ne ovat olleet melko haluttomia kielämään hyödyntämistä ainakaan kokonaan.

Selkeyttämistavoitteen toteuttamiseen nopein vaihtoehto näyttäisi olevan uuden lainsäädännön antaminen, mihin on jo ryhdyttykin. Hyödyntämiskielloista säätäminen laissa ei suinkaan ole yksinkertainen tehtävä. Kaikkia menettelyvirheitä on vaikea puristaa yhtäläiseen muottiin, joten yksittäisellä säännöksellä ei voida ratkaista jokaista tilannetta aukottomasti ja varmuudella ennakoitavasti. Yleissäännöksellä voidaan lähinnä luoda tuomioistuimille kriteeristö hyödyntämisiongelman ratkaisemiseen.

²¹³ HE 46/2014 vp s. 92.

²¹⁴ Hallituksen esityksessä käytetään samaa terminologiaa kuin todistelutoimikunnan mietinnössä, joten tarkalleen ottaen todistamiskielloilla tarkoitetaan siinä vain vaitiolovelvollisuuksia. Vaitiolo-oikeudet, mistä 18 §:ssä on kyse, kuitenkin rinnastetaan perusteluissa todistamiskieltoihin hyödyntämiskysymyksen osalta, koska kun laissa säädetään vaitiolo-oikeudesta, ”laissa ikään kuin säädetään todistamiskielto, jonka asianomainen henkilö suostuessaan todistamaan kumoaa.” Ks. HE 46/2014 vp s. 11, 92.

²¹⁵ Suomessa vallinnutta taipumusta hyödyntämiskäytön ja näyttöarvon määrittämisen sekoittamiseen tai näyttöarvon alentamisen käyttöön peiteltyä hyödyntämiskieltojen korvikkeena ei ole lainkaan havaittavissa saksalaisessa tai amerikkalaisessa oikeuskäytännössä eikä -kirjallisuudessa.

Tämän ohella uusi prosessilainsäädäntöön otettava yleissäännös saattaa aiheuttaa vain lisää sekaannusta ja epäselvyyttä, jos sen suhdetta erityisiin hankkimis- ja esittämiskieltoihin ei tarkasti määritellä. Tämä onkin suurin ongelma todistelutoimikunnan mietinnössä ehdotetussa ja myös hallituksen esitykseen otetussa säännöksessä. Sen suhde erilaisiin todisteiden hankintaa ja todistelua koskeviin, mutta ei suoranaisesti hyödyntämiseen suuntautuviin kieltonormeihin olisi ehdottomasti kirjattava yksiselitteisellä tavalla itse lakitekstiin.

Yleissäännöksen säätäminen olisi kuitenkin positiivinen signaali ja selkeyttäisi lopullisesti sen, että todistelun täydellinen poissulkeminen todistusharkinnasta on muutenkin kuin äärimmäisissä poikkeustilanteissa mahdollinen ja hyväksyttävissä oleva ratkaisu. Tämä johtaisi toivottavasti myös siihen, että tuomioistuimet uskaltautuisivat tekemään aina selkeän ”kyllä tai ei” -muotoisen hyödyntämiskäytännön peiteltyjen ja epäselvien liukuvien hyödyntämiskäytännöjen sijaan.

Kysymys siitä, milloin poissulkeminen on tehtävä, on paljossa oikeuspoliittinen ja edellyttää erilaisten intressien tasapainottamista. Hyödyntämiskieltojen käyttöalaa tulisi varoa laajentamasta liikaa, jotta rikosoikeudellisen vastuun toteuttaminen ei vaikeudu kohtuuttomasti. Vaikka syytetyn perus- ja ihmisoikeudet ovat tärkeitä, ei niiden tulisi johtaa ilmiselvästi vakavaan rikokseen syyllistyneen vapauttamiseen. Totuus ei voi olla ainoa ja ehdoton päämäärä, mutta sen sivuuttamisen täytyy aina olla poikkeuksellinen ja viimesijainen keino. Rikokseen syyllistyneeseen kohdistuneisiin oikeudenloukkauksiin on mahdollista reagoida myös muilla instrumenteilla, esimerkiksi loukkaajan rikos- ja siviilioikeudellisen vastuun, tuomion lieventämisen tai rahakorvauksen avulla. Vain törkeimpien ja prosessin kannalta merkityksellisimpien perus- ja ihmisoikeusloukkausten tulisi pääsääntöisesti johtaa hyödyntämiskieltoon.

Tästä syystä yleissäännös olisi määriteltävä soveltumaan kaikkiin niihin lieviä menettelyvirheitä koskeviin hankkimis- ja esittämiskieltoihin ja muihin määräyksiin, joiden osalta kiellon rikkomisesta automaattisesti seuraava hyödyntämiskielto olisi liian joustamaton ja tarpeettoman raskas seuraamus. Yleissäännöksen kriteeristön nojalla tulisi ratkaista relatiivisten todistamiskieltojen loukkausten seuraamukset. Samoin kriteeristöä tulisi voida soveltaa, kun kyse on itsenäisestä hyödyntämiskiellosta, eli kun lainsäätäjä ei ole säätänyt nimenomaista hankkimis- tai esittämiskieltoa perusoikeuden suojaksi.²¹⁶ Vakavampia loukkauksia koskeviin nimenomaisiin kieltonormeihin taas tulisi lisätä maininta siitä, että kyseisen

²¹⁶ Erityistapauksissa korkein oikeus voi toki ennakkopäätöksillään tarvittaessa todeta, että joku tietty suora perus- ja ihmisoikeusloukkaus vaatii aina hyödyntämiskiellon.

kiellon vastaisesti hankitun todisteen käyttäminen todistusharkinnassa on aina kielletty, mikä vahvistaisi näiden normien statuksen absoluuttisina todistamis- ja hyödyntämiskieltoina. Sama voitaisiin toteuttaa lisäämällä hyödyntämiskieltoja koskevaan pykälään momentti, jossa lueteltaisiin kaikki ne hankkimis- ja esittämiskielto säännökset, joiden vastainen menettely johtaa aina todisteen hyödyntämiskieltoon. Tämän artikkelin tavoitteena ei ole oikeutemme todistamiskielto säännösten luokittelu absoluuttisiin ja relatiivisiin, vaan tämä edellyttää eri normien yksityiskohtaista jatkotarkastelua.²¹⁷

Myös etäisvaikutusta koskevaa oppia olisi Suomessa tarpeen selventää. Yhdysvaltalaistyyliin, jäykän sääntömuotoiseen ja laajaan etäisvaikutukseen ei Suomen oloissa ole tarvetta, koska hyödyntämiskieltojen ja etäisvaikutuksen päätavoitteena ei ole poliisin kurinpito, jota on amerikkalaisessa keskustelussa pidetty tärkeimpänä jatkotodisteen hyödyntämiskelvottomuuden perusteena. Jatkotodisteenkin osalta huomio tulisi Suomessa kiinnittää siihen, miten vakavan syytettyyn kohdistuvan oikeudenloukkauksen niiden hyödyntäminen muodostaisi ja miten kiinteässä yhteydessä todisteen saanti on ollut alkuperäiseen menettelyvirheeseen. Jatkotodistetta koskevan hyödyntämiskiellon mahdollisuutta ei ole syytä sulkea täysin pois, mutta riman hyödyntämisen estymiselle tulisi olla jatkossakin erittäin korkealla. Jatkotodisteen hyödyntämistä pohdittaessa on erityisen tärkeä pitää mielessä, ettei rikollisella ole subjektiivista oikeutta vapautua rikosoikeudellisesta vastuustaan vain siksi, että häneen on kohdistettu myös laittomia tutkintatoimenpiteitä.

²¹⁷ Tällaisen jatkotarkastelun lähtökohdaksi voidaan ottaa Pölösen ja Hormian tässä artikkelissa esitelty luokittelut. Korkeimman oikeuden ennakkopäätösten mukaan absoluuttisia todistamiskielto säännöksiä ovat ainakin OK 17:20 ja OK 17:24.2.

LÄHTEET

Kirjallisuus

- Aarnio, Aulis*: Tulkinnan taito – ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. Vantaa 2006.
- Andersen, Austin A.*: The Admissibility of Evidence Located In Searches by Private Persons. 58 FBI Law Enforcement Bulletin 4, April 1989, s. 25–31.
- Anttila, Inkeri – Törnudd, Patrik*: Kriminologia ja kriminaalipolitiikka. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, B-sarja N:o 194. Juva 1983.
- Cammack, Mark E.*: The United States: The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule. Teoksessa Thaman, Stephen C. (ed.): Exclusionary Rules in Comparative Law. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 20. Dordrecht, Heidelberg, New York, London 2013, s. 3–32.
- Dix, George E.*: Nonconstitutional Exclusionary Rules in Criminal Procedure. 27 American Criminal Law Review 1, Summer 1989, s. 53–118.
- Ehmann, Horst*: Der Begriff des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Grundrecht und als absolut-subjektives Recht. 2005. – [Http://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/prof/eme001/apr_georg.pdf](http://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/prof/eme001/apr_georg.pdf), 22.1.2014.
- Eisenberg, Ulrich*: Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar. 7. Auflage. München 2011.
- Ervo, Laura*: Ylimmät prosessiperiaatteet. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijät. Tampere 1996.
- Ervo, Laura*: Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 2000:71. Lakimies 6/2000, s. 980–996.
- Frände, Dan*: Näkökohtia todiste- ja rikosprovokaatiosta. Lakimies 3/2004, s. 404–411.
- Frände, Dan*: Finsk straffprocessrätt. Helsinki 2009.
- Frände, Dan – Havansi, Erkki – Helenius, Dan – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Virolainen, Jyrki*: Prosessioikeus. Oikeuden perusteokset. 4., uudistettu painos. Helsinki 2012. (*kirjoittaja/Prosessioikeus* 2012)
- Gardner, Thomas J. – Anderson, Terry*: Criminal Evidence: Principles and Cases. Third Edition. St. Paul, Minnesota 1995.
- Gless, Sabine*: Truth or Due Process? The Use of Illegally Gathered Evidence in Criminal Trials – Germany. 2010. – [Http://ssrn.com/abstract=1743530](http://ssrn.com/abstract=1743530), 22.1.2014.
- Gless, Sabine*: Beschränktes Verwertungsverbot bei Verstoß gegen Benachrichtigungspflicht. Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 17.2.2009 - 1 StR 691/08. Neue Zeitschrift für Strafrecht 2/2010, s. 98–100.
- Heghmanns, Michael*: Beweisverwertungsverbote und Fernwirkung. Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09. Zeitschrift für das Juristische Studium 1/2011, s. 98–101. – [Http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2011_1_427.pdf](http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2011_1_427.pdf), 22.1.2014.
- Helminen, Klaus – Fredman, Markku – Kanerva, Janne – Tolvanen, Matti – Viitanen, Marko*: Esitutkinta ja pakkokeinot. Helsinki 2012.
- Hirvelä, Päivi*: Lapsi rikosprosessissa. Erityisesti inestinin todistamisen ongelmat. Porvoo 1997.

- Hofmański, Piotr*: ”Rechtsstaatliche” Beweisverbote im polnischen Strafprozeßrecht. Teoksessa Höpfel, Frank – Huber, Barbara (Hrsg.): Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen. Exclusion of Evidence Within the EU and Beyond. Europäisches Kolloquium Wien, 18.–20. September 1997. Freiburg im Breisgau 1999, s. 149–158.
- Hormia, Lauri*: Todistamiskielloista rikosprosessissa I. Vammala 1978.
- Hormia, Lauri*: Todistamiskielloista rikosprosessissa II. Vammala 1979.
- Huber, Barbara*: Ermittlungsmethoden und Beweisverbote im englischen Strafprozessrecht. Teoksessa Höpfel, Frank – Huber, Barbara (Hrsg.): Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen. Exclusion of Evidence Within the EU and Beyond. Europäisches Kolloquium Wien, 18.–20. September 1997. Freiburg im Breisgau 1999, s. 75–92.
- Jokela, Antti*: Rikosprosessi. 4., uudistettu painos. Jyväskylä 2008.
- Jonkka, Jaakko*: Rikosoikeuden yleisistä opeista. Helsinki 1992.
- Jonkka, Jaakko*: Todistusharkinnasta. Helsinki 1993.
- Jonkka, Jaakko*: Salaisista pakkokeinoista ja tiedustelutoiminnasta. Lakimies 8/1998, s. 1255–1270.
- Kaplan, John*: The Limits of the Exclusionary Rule. 26 Stanford Law Review 5, May 1974, s. 1027–1055.
- Karppinen, Raija*: Todistamiskielloista. Teoksessa Lappalainen, Juha – Ojala, Timo (toim.): Kirjoituksia todistusoikeudesta. Helsinki 2006, s. 47–62.
- Koriath, Heinz*: Über Beweisverbote im Strafprozeß. Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht, Band 15. Frankfurt am Main 1994.
- Lehtimaja, Lauri*: Ihmisoikeudet rikosprosessissa – Periaatteista sovelluksiin. Defensor Legis 11–12/1978, s. 427–453.
- Lucke, Ole-Steffen*: Das Beweisverwertungsverbot von Verfassungen wegen. Zugleich eine Anmerkung zu dem Beschluss des BVerfG 2 BvR 2101/09 vom 9.11.2010 = HRRS 2010 Nr. 1128. Online-Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht 12/2011, s. 527–531. – [Http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/11-12/hrrs-12-11.pdf](http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/11-12/hrrs-12-11.pdf), 22.1.2014.
- Lundqvist, Ulf*: Bevisförbud. En undersökning av möjligheterna att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegång. Uppsala 1998.
- Lundqvist, Ulf*: Bevisförbud i rättspraxis. Knivsta 2013.
- McCormick, Charles T. – Strong, John W. – Broun, Kenneth S. – Dix, George E. – Graham, Michael H. – Kaye, D. H. – Mosteller, Robert R. – Roberts, E. F.*: McCormick on Evidence. Volume 1. Fourth Edition. St. Paul, Minnesota 1992.
- Meier, Bernd-Dieter*: Strafrechtliche Sanktionen. 3. Auflage. Berlin, Heidelberg 2009.
- Mueller, Gerhard O.W.*: Beweisverbote im amerikanischen Strafprozeß. Teoksessa Die Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.): Beweisverbote im Strafprozeß. Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag. Verhandlungen des sechshundvierzigsten Deutschen Juristentages, Essen 1966. Band I, Teil 3 A. München und Berlin 1966, s. 33–53.
- Novikoff, Harold S.*: The Inevitable Discovery Exception to the Constitutional Exclusionary Rules. 74 Columbia Law Review 1, January 1974, s. 88–103.

- Ojanperä, Jenni*: Todisteiden hyödyntämiskielto. Teoksessa Lappalainen, Juha – Ojala, Timo (toim.): Kirjoituksia todistusoikeudesta. Helsinki 2006, s. 153–168.
- Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti*: Euroopan ihmisoikeussopimus. 5., uudistettu painos. Helsinki 2012.
- Perigoe, Kelly*: Exclusion of evidence for failure to advise suspects of the right to counsel and to silence before custodial police interrogation: comparing the United States and Canadian doctrines and the reasons for their difference in scope. Comment. 14 *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 2, Fall 2009, s. 503–530.
- Peters, Karl*: Beweisverbote im deutschen Strafverfahren. Teoksessa Die Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.): Beweisverbote im Strafprozeß. Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag. Verhandlungen des sechszwanzigsten Deutschen Juristentages, Essen 1966. Band I, Teil 3 A. München und Berlin 1966, s. 91–163.
- Pilnacek, Christian*: Überblick über die Grundsätze der Beweismittlung und der Beweisverbote im österreichischen Strafverfahren. Teoksessa Höpfel, Frank – Huber, Barbara (Hrsg.): Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen. Exclusion of Evidence Within the EU and Beyond. Europäisches Kolloquium Wien, 18.–20. September 1997. Freiburg im Breisgau 1999, s. 99–115.
- Pipek, Jiří*: Beweisverbote im tschechischen Strafverfahren. Teoksessa Höpfel, Frank – Huber, Barbara (Hrsg.): Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen. Exclusion of Evidence Within the EU and Beyond. Europäisches Kolloquium Wien, 18.–20. September 1997. Freiburg im Breisgau 1999, s. 169–190.
- Pölönen, Pasi*: Salaisista pakkokeinoista ja tiedustelutoiminnasta. Lakimies 8/1997, s. 1206–1232.
- Pölönen, Pasi*: Henkilötodistelu rikosprosessissa. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 236. Jyväskylä 2003.
- Pölönen, Pasi*: Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 2008:68. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein I/2008. Helsinki 2008, s. 510–514.
- Rautio, Jaakko*: Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 2000:71. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein I/2000. s. 477–480. Helsinki 2000, s. 477–480.
- Reamey, Gerard S.*: The American Exclusionary Rule Experience. Teoksessa Höpfel, Frank – Huber, Barbara (Hrsg.): Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen. Exclusion of Evidence within the EU and Beyond. Europäisches Kolloquium Wien, 18.–20. September 1997. Freiburg im Breisgau 1999, s. 191–202.
- Rogall, Klaus*: Grundsatzfragen der Beweisverbote. Teoksessa Höpfel, Frank – Huber, Barbara (Hrsg.): Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen. Exclusion of Evidence within the EU and Beyond. Europäisches Kolloquium Wien, 18.–20. September 1997. Freiburg im Breisgau 1999, s. 119–148.
- Roxin, Claus*: Strafverfahrensrecht. 24. Auflage. München 1995.
- Roxin, Claus*: Für ein Beweisverwertungsverbot bei unterlassener qualifizierter Belehrung. Anmerkung zu BGH 4 StR 455/08 – Urteil vom 18. Dezember 2008 (HRRS 2009 Nr. 260). Online-Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht 5/2009, s. 186–188. – [Http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/09-05/hrrs-5-09.pdf](http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/09-05/hrrs-5-09.pdf), 22.1.2014.

- Saarenpää, Ahti*: Oikeusinformatiikka. Teoksessa Tammilehto, Timo (toim.): Oikeusjärjestys. Osa 1. Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja C 59. 8., täydennetty painos. Rovaniemi 2012, s. 410–555.
- Saranpää, Timo*: Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 2008:68. Defensor Legis 4/2008, s. 694–707.
- Schaal, Ingrid Maria*: Beweisverwertungsverbot bei informatorischer Befragung im Strafverfahren. Juristische Reihe Tenea, Band 8. Dissertation, Universität Passau. Berlin 2002. –[Http://www.jurawelt.com/dissertationen/werke/5716](http://www.jurawelt.com/dissertationen/werke/5716), 22.1.2014.
- Tapanila, Antti*: Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 2012:45. Defensor Legis 4/2012, s. 582–600.
- Tapanila, Antti*: Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 2013:25. Defensor Legis 3/2013, s. 425–438.
- Tapanila, Antti*: Epäillyn oikeudet ja hyödyntämiskielto hovioikeuksissa. Defensor Legis 1/2014, s. 3–28.
- Tolonen, Hannu*: Oikeuden kaleidoskooppi. Kirjoituksia oikeudesta ja sen historiasta. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, E-sarja N:o 19. Vaajakoski 2008.
- Torgersen, Runar*: Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker. Oslo 2009.
- Trüg, Gerson – Habetha, Jörg*: Beweisverwertung trotz rechtswidriger Beweisgewinnung – insbesondere mit Blick auf die ”Liechtensteiner Steueraffäre”. Neue Zeitschrift für Strafrecht 9/2008, s. 481–492.
- Viljanen, Pekka*: Asianosaisen totuusvelvollisuudesta rikosasioissa. Defensor Legis 6/2001, s. 1004–1025.
- Viljanen, Pekka*: Todistelutoimikunnan mietinnön arviointia. Defensor Legis 2/2013, s. 144–170.
- Virolainen, Jyrki*: Rikosprosessioikeus I. Rovaniemi 1998.
- Virolainen, Jyrki*: Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 2000:71. Defensor Legis 4/2000, s. 669–678.
- Virolainen, Jyrki – Martikainen, Petri*: Tuomion perusteleminen. Helsinki 2010.
- Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi*: Rikosprosessin perusteet. Rikosprosessioikeus I. Jyväskylä 2003.
- Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi*: Rikosprosessin osalliset. Rikosprosessioikeus II. Porvoo 2004.
- Vuorenpää, Mikko*: Itsekriminointisuojan tulkinta ja sen vaikutukset todisteluun. Teoksessa Hyttinen, Tatu – Weckström, Katja (toim.): Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 50 vuotta. Turku 2011, s. 585–595.
- Vuorenpää, Mikko*: Itsekriminointisuoja loukatun esitutkintakertomuksen hyödyntämiskielto – KKO 2012:45. Oikeustapauskommentti. Lakimies 1/2013, s. 138–146.
- Välimaa, Asko*: Methods of Gathering Evidence and Prohibition of Its Admissibility in Finland. Teoksessa Höpfel, Frank – Huber, Barbara (Hrsg.): Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen. Exclusion of Evidence within the EU and Beyond. Europäisches Kolloquium Wien, 18.-20. September 1997. Freiburg im Breisgau 1999, s. 93–98.

Virallislähteet

- HE 36/1989 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rikoslain 1 luvun 3 §:n ja 21 luvun 5 §:n muuttamisesta.
- HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- HE 52/2002 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi esitutkintalain ja pakkokeinolain sekä eräiden näihin liittyvien lakien muuttamisesta.
- HE 76/2009 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle kidutusta koskeviksi rikoslain säännöksiksi sekä laiksi pakkokeinolain 5 a luvun 2 ja 4 §:n muuttamisesta.
- HE 199/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle jätelaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 222/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle esitutkinta- ja pakko-keinolainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 224/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle poliisilaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 58/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi ja syyttämättä jättämistä koskevien säännösten uudistamiseksi.
- HE 46/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
- OMML 69/2012. Todistelu yleisissä tuomioistuimissa. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja.
- OMML 30/2013. Todistelu yleisissä tuomioistuimissa. Lausuntokooste. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja.
- OMSO 65/2012. Vertailua eräistä todistusoikeudellisista kysymyksistä Suomessa, Ruotsissa, Norjassa ja Tanskassa. Oikeusministeriön selvityksiä ja ohjeita.

LYHENTEET

ACLR	American Criminal Law Review
av.	alaviite
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshof in Strafsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BvR	asiakirjatunnus: perustuslakivalitukset, Bundesverfassungsgericht
CLR	Columbia Law Review
DL	Defensor Legis
EIS	Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi (Euroopan ihmisoikeussopimus)
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuim
FBILEB	FBI Law Enforcement Bulletin
HE	hallituksen esitys
HelHO	Helsingin hovioikeus
HO	hovioikeus
HRRS	Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
I-SHO	Itä-Suomen hovioikeus
JILFA	UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs
JulkL	laki viranomaisen toiminnan julkisuudesta (621/1999)
KirkkoL	kirkkolaki (1054/1993)
KKO	korkein oikeus
KouHO	Kouvolan hovioikeus
KP-sopimus	kansalaisyhteisöjä ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus
KVOikApuL	laki kansainvälisestä oikeusavusta rikosasioissa (4/1994)
LM	Lakimies
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OK	oikeudenkäymiskaari (4/1734)
PL	Suomen perustuslaki (731/1999)
RL	rikoslaki (39/1889)
ROL	laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa (689/1997)
SLR	Stanford Law Review
StPO	Strafprozeßordnung (1877, Saksa)
StR	Strafsenat, Bundesgerichtshof
UETL	esitutkintalaki (805/2011)
UPKL	pakkokeinolaki (806/2011)
UPoL	poliisilaki (872/2011)
U.S.	United States Reports
VETL	esitutkintalaki (449/1987)
vp	valtiopäivät
VPKL	pakkokeinolaki (450/1987)
VPoL	poliisilaki (493/1995)
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium

OIKEUSTAPAUKSET

Korkein oikeus

KKO 1995:66
KKO 1996:50
KKO 1999:50
KKO 2000:35
KKO 2000:71
KKO 2003:119
KKO 2006:11
KKO 2006:107
KKO 2007:58
KKO 2007:101
KKO 2008:68
KKO 2009:88
KKO 1.9.2010 1678 (R2008/299)
KKO 2011:91
KKO 2012:45
KKO 2013:25

Hovioikeudet

Kouvolan HO 23.9.2004 (R 04/493) = KouHO 2004:5
Helsingin HO 9.3.2007 837 (R 06/2199) = HelHO 2007:22
Helsingin HO 24.1.2008 184 (R 07/2233) = HelHO 2008:2
Itä-Suomen HO 12.5.2010 (R 09/506) = I-SHO 2010:5
Kouvolan HO 8.5.2012 393 (R 11/1036) = KouHO 2012:8

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Unterpertinger v. Itävalta 24.11.1986
Schenk v. Sveitsi 12.7.1988
Delta v. Ranska 19.12.1990
Asch v. Itävalta 26.4.1991
Mantovanelli v. Ranska 18.3.1997
Teixeira de Castro v. Portugali 9.6.1998
Khan v. Yhdistynyt kuningaskunta 12.5.2000
P.G. ja J.H. v. Yhdistynyt kuningaskunta 25.9.2001
Allan v. Yhdistynyt kuningaskunta 5.11.2002
Rachdad v. Ranska 13.11.2003
Stefanou v. Kreikka 22.4.2010
Gäfgen v. Saksa 1.6.2010 (suuri jaosto)
Kopylov v. Venäjä 29.7.2010

El Shennawy v. Ranska 20.1.2011
Yazgül Yilmaz v. Turkki 1.2.2011
Bocharov v. Ukraina 17.3.2011
Bekirski ym. v. Bulgaria 2.9.2010
Korobov v. Ukraina 21.7.2011
Portmann v. Sveitsi 11.10.2011
Al-Khawaja v. Yhdistynyt kuningaskunta 15.11.2011 (suuri jaosto)
Borbola Kiss v. Unkari 26.6.2012
Aleksahin v. Ukraina 19.7.2012

Bundesverfassungsgericht

BVerfG 2 BvR 454/71 (31.1.1973) = BVerfGE 34, 238
BVerfG 1 BvR 185/77 (3.6.1980) = BVerfGE 54, 148
BVerfG 2 BvR 215/81 (26.5.1981) = BVerfGE 57, 250
BVerfG 2 BvR 1062/87 (14.9.1989) = BVerfGE 80, 367
BVerfG 2 BvR 1686/04 (8.12.2005)
BVerfG 2 BvR 255/06 (2.4.2006)
BVerfG 2 BvR 2115/01; 2 BvR 2132/01; 2 BvR 348/03 (19.9.2006)

Bundesgerichtshof

BGH 1 StR 683/59 (14.6.1960) = BGHSt 14, 358
BGH 4 StR 70/62 (13.7.1962) = BGHSt 17, 364
BGH 4 StR 519/63 (21.2.1964) = BGHSt 19, 325
BGH 1 StR 681/75 (2.12.1975)
BGH 2 StR 334/77 (22.2.1978) = BGHSt 27, 355
BGH 2 StR 731/79 (18.4.1980) = BGHSt 29, 244
BGH 3 StR 136/83 (24.8.1983) = BGHSt 32, 68
BGH 5 StR 666/86 (28.4.1987) = BGHSt 34, 362
BGH 4 StR 223/87 (9.7.1987) = BGHSt 34, 397
BGH 4 StR 333/87 (6.8.1987) = BGHSt 35, 32
BGH 5 StR 190/91 (27.2.1992) = BGHSt 38, 214
BGH 1 StR 475/93 (12.10.1993) = BGHSt 39, 349
BGH 5 StR 680/94 (22.3.1995)
BGH 5 StR 680/94 (20.12.1995)
BGH 5 StR 445/95 (20.12.1995)
BGH 4 StR 243/97 (17.6.1997)
BGH 1 StR 531/04 (13.1.2005)
BGH 1 StR 316/05 (7.3.2006) = BGHSt 51, 1
BGH 4 StR 455/08 (18.12.2008) = BGHSt 53, 112
BGH 3 StR 573/09 (14.9.2010)

Supreme Court of the United States

Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385 (1920)

Burdeau v. McDowell, 256 U.S. 465 (1921)

Nardone v. United States, 308 U.S. 33 (1939)

Jones v. United States, 362 U.S. 257 (1960)

Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)

Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967)

Brown v. Illinois, 422 U.S. 590 (1975)

Rakas et. al. v. Illinois, 439 U.S. 128 (1978)

Walter v. United States, 447 U.S. 649 (1980)

United States v. Payner, 447 U.S. 727 (1980)

United States v. Jacobsen, 466 U.S. 109 (1984)

Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984)

United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984)

Oregon v. Elstad, 470 U.S. 298 (1985)

Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586 (2006)

New York Court of Appeals

People v. Defore, 242 N.Y. 13 (1926)

Juhana Riekkinen

EXCLUSIONARY RULES IN CRIMINAL PROCEDURE Theoretical foundations and the legal situation in Finland

The focus of this article is on situations in which, during some stage of the criminal proceedings, relevant evidence is excluded, i.e., any use of the evidence is prohibited, and ultimately, the trier of fact is not permitted to take it into consideration in any way. Usually, evidence so excluded has been obtained by illegal means. In Finnish legal science, which is strongly influenced by German law and literature in this matter, norms that lead to such exclusions are termed *hyödyntämiskiello* (in German, *Beweisverwertungsverbot*, the closest American equivalent being the *exclusionary rule*). These norms can be distinguished from norms that prohibit the gathering or presentation of evidence. Violations against norms of the latter kind may, however, also lead to exclusion.

In this work, the theoretical foundations of exclusionary rules, including related concepts and categorizations, as well as the role and functions of exclusionary rules in the system of criminal procedure, are explained and clarified. Based on this, exclusionary rules in Finnish law are examined. Due to the lack of written law and scarce domestic literature, the case law of the Supreme Court of Finland is scrutinized in particular detail. In addition, selected special questions are further examined. These include the applicability of the so-called *fruit of the poisonous tree* doctrine in relation to evidence derived from illegally gathered evidence, evidence gathered by private individuals, and the procedural treatment of exclusionary rules in Finnish law. While the main focus throughout the article is on national Finnish law, certain matters are discussed against the backdrop of German and American law.

In Finland, the principle of free evidence has been emphasized especially strongly. Because of this, there has been a willingness to leave the evaluation of evidence to the free discretion of the judge, even when the evidence has been obtained in an illegal way. Therefore, the Finnish attitude toward exclusionary rules has, for a long time, been unfavorable. In the 21st century, exclusionary rules have reached Finland, largely due to the influence of the case law of the European Court of Human Rights. Unfortunately, the incoherent, inadequately reasoned decisions of the Supreme Court have left the legal situation somewhat unclear. In the case law, exclusion has sometimes been confused and blurred with the evaluation of the evidence in question, leading to non-transparent quasi-exclusion or

quasi-evaluation. In certain cases, the Supreme Court has also applied an unequivocal exclusionary rule. Insofar as exclusionary rules exist, their effect appears limited: the fruit of the poisonous tree doctrine generally does not apply. On the other hand, the possibility of exclusion is not limited to evidence acquired by the authorities but can also apply to evidence gathered by private parties, and judges can exclude evidence even when the accused has not actively requested exclusion.

Currently, the Finnish courts enjoy a wide margin of discretion in exclusion matters, but they have not been particularly active in using it. The changed attitude toward exclusion is nevertheless apparent in a proposed new section governing the exclusion of illegally gathered evidence, which is to be included in the Finnish Code of Judicial Procedure. In its proposed form, the provision would, in part, clarify the situation but also introduce new problems in interpretation.

Pekka Savola

**VALTAKAMPPAILU
LAINVALMISTELUSSA:
INTERNET-OPERAATTORIT
TEKIJÄNOIKEUDEN
TÄYTÄNTÖÖNPANIJOINA**

Sisällys

1 JOHDANTO	207
2 OPERAATTORIN TÄYTÄNTÖÖNPANOROOLIN MUOTOUTUMINEN	210
3 LAINVALMISTELU TEORIAN VALOSSA.....	212
3.1 Lainvalmistelu ja eri tahojen intressit.....	212
3.2 Lainsäädäntökenttä Bourdieun valtateoriassa.....	215
4 OPERAATTOREIDEN VÄLINEELLISTÄMISEN ANALYYSI.....	217
4.1 Toimielimet ja niiden rooli	217
4.1.1 Tekijänoikeuden valmistelu- tai tulkintaelimet.....	217
4.1.2 Siirtyminen valmisteluun virkatyönä.....	223
4.2 Toimijat ja positiot	225
4.2.1 Viranomaiset ja asiantuntijat	225
4.2.2 Eturyhmät.....	227
4.2.3 Lähitarkastelussa viimeisin estoesitys.....	228
4.3 Valta-asetat ja urat	232
4.3.1 Positioiden suhteet ja valtarakenteet	232
4.3.2 Oikeudenhaltijoiden yhtenäisyys ja vallan kierre.....	234
4.3.3 Henkilöiden sitoutuminen tekijänoikeusideologiaan.....	236
4.3.4 Kampailun päämäärät.....	237
5 LOPUKSI.....	239
LÄHTEET.....	242
OIKEUSTAPAUKSET.....	247
LEGISLATIVE POWER STRUGGLE TO EXPAND COPYRIGHT ENFORCEMENT THROUGH INTERNET SERVICE PROVIDERS	248

Valtakamppailu lainvalmistelussa: internet-operaattorit tekijänoikeuden täytäntöönpanijoina

1 JOHDANTO¹

Tekijänoikeuslain (TekL, 404/1961) vuonna 2006 voimaan tulleen muutoksen jälkeen internet-yhteyspalveluja tarjoaviin välittäjiin (internet-operaattori) on voitu kohdistaa velvoitteita, joilla edistetään tekijänoikeuden noudattamista ja täytäntöönpanoa^{2,3}. Näitä velvoitteita ovat tuomioistuimen oikeudenhaltijan hakemuksesta määräämä tunnistamistietojen luovuttaminen (TekL 60 a §) ja verkkosivuston estäminen (TekL 60 c §), mutta muitakin on valmisteilla.⁴ Keinoja perustellaan sillä, että internet-operaattoreilla on joissakin tilanteissa parhaat edellytykset lopettaa kolmansien osapuolten suorittama tekijänoikeuden loukkaus.⁵ Koska internet-operaattorit eivät ole vastuussa käyttäjien siirtämästä aineistosta tietoyhteiskunnan palvelujen tarjoamisesta annetun lain (SähköKL⁶, 458/2002) 13 §:n nojalla, operaattorit ovat vastustaneet tehottomina pitämiään keinoja ja vaatineet oikeudenhaltijoita korvaamaan niistä aiheutuvat kulut. Vastaavasti oikeudenhaltijat haluavat ottaa käyttöön ja laajentaa keinoja ilman, että he joutuisivat korvaamaan niistä aiheutuneita kustannuksia. Tästä intressiristiriidasta aiheutuu valtakamppailua lainvalmistelussa ja -soveltamisessa.

¹ Artikkelin tausta on aiemmin esittämissäni hahmotelmissa (Savola 2013a; Savola 2013b). Näiden jatkokehittely sai alkunsa Risto Kankaan johtamassa oikeussosiologian jatko-opintoseminaarissa talvella 2013. Kiitän anonyymejä arvioijia, Tapani Lohea, Taina Pihlajarinnettä, Riku Neuvosta, Timo Harrikaria ja Sabine Frerichsiä keskusteluista ja palautteesta.

² Termille ”enforcement” ei ole hyvää suomenkielistä vastinetta. Sellaiseksi näyttää vakiintuneen termi täytäntöönpano. Tämä poikkeaa käsitteen perinteisestä asiayhteydestä, jossa kyse on mm. tuomioistuimen päätöksen toteuttamisesta esimerkiksi ulosottoviranomaisen toimesta.

³ Muutoksella implementoitiin ns. tietoyhteiskuntadirektiivi (2001/29/EY).

⁴ Ks. laajemmin OKM 2013:13. Näistä lisää jäljempänä.

⁵ Tietoyhteiskuntadirektiivin 59 johdantolause.

⁶ Säädöksellä implementoitiin ns. sähkökauppadirektiivi (2000/31/EY).

Tekijänoikeutta koskevista tuomioistuinasioista valtaosa on ollut mainittuja hakemusasioita, ja säännöksiä onkin sovellettu kohtalaisen usein.⁷ Oikeudenhaltijat ovat hakeneet tuomioistuimelta esimerkiksi määräykset, joilla kolme suurinta operaattoria on määrätty estämään pääsy The Pirate Bay -sivustolle. Aiemmin myös muutaman kotitalouden internet-yhteys on katkaistu.⁸ Tunnistamistietojen luovuttamisella ja sitä seuraavilla vaatimuksilla on pyritty kuluttajien vertaisverkkojakamisen lopettamiseen.⁹ Hakemuksia on tehty vuosittain noin sata.¹⁰

Tarkastelen artikkelissani lainvalmistelussa tapahtuvaa valtakamppailua, kun internet-operaattoreita käytetään tekijänoikeuden täytäntöönpanon välineinä. Näkökulma on oikeuspoliittinen ja -sosiologinen. Tätä näkökulmaa vasten lainvalmistelulla on soveltamistilanteita huomattavasti laajempi vaikutus oikeuden sisältöön. Tämä on myös hedelmällisempi maaperä tutkimuskohteen tarkastelulle. Keskityn intressiryhmiin, mutta käsittelen suppeammin myös lainvalmistelijoiden asennoitumista tekijänoikeuden kehittämiseen ja eri intressiryhmien kantojen yhteensovittamista. Menetelminä hyödynnän erityisesti kriittistä lainsäädäntöteoriaa ja *Bourdieu*n viitekehystä.¹¹ Lähestymistapa on kirjallisuuteen nojautuen teoreettinen ja valmisteluaineiston osalta myös empiirinen.¹²

Yleisesti ottaen tekijänoikeuden alalla oikeudenhaltijat ovat olleet pitkään aktiivisia. Oikeudet ovat hyvin laajoja ja tekijänoikeuden rajoitukset (poikkeukset oikeuksista) ovat verrattain suppeita. Erityissääntelyä on myös syntynyt runsaasti, esimerkiksi muilta oikeudenaloilta puuttuvat siviilioikeudelliset täytäntöönpanokeinot. Intressien voimakkuus ja vastapuolten hajanaisuus ovatkin johtaneet kokonaistarkastelussa oikeudenhaltijoille hyvin myönteiseen lainsäädäntöön. Tähän liittyvää ekspansiota ja valtaistelua on kuvattu jo aiemminkin.¹³ Yleistä tekijänoikeuden valtakamp-

⁷ Ks. HE 124/2012 vp s. 29, jossa kaikkien immateriaalioikeudellisten riita- ja hakemusasioiden vuosittaiseksi määräksi arvioitiin noin 100, eli suurin piirtein sama määrä kuin pelkästään tunnistamistietojen luovuttamismääräyksiä.

⁸ OKM 2013:13 s. 40; *Savola*, OTJP 2013 s. 154–156.

⁹ OKM 2013:13 s. 42.

¹⁰ OKM 2013:13 s. 38. Markkinaoikeuteen tuli vajaan yhdeksän kuukauden aikana 1.9.2013–21.5.2014 vireille 66 hakemusta (22 vuonna 2013, 44 vuonna 2014), joista yksi peruutettiin ja muut hyväksyttiin (Reima Jussila/MAO 21.5.2014). Marraskuussa 2012 annettiin ensimmäinen ja tiettävästi ainoa hylkäävä päätös, ks. *Savola*, LM 2013 s. 895 av. 51; Helsingin käräjäoikeus 28.11.2012 (H 12/57279).

¹¹ Aiemmin laajemmasta näkökulmasta ks. *Savola* 2013b.

¹² Empiirisellä tarkoitetaan tässä laajan käytännön aineiston läpikäyntiä ja sen analysointia. Aineistosta ks. luku 4.1.1 ja sen alaviitteet 73–79.

¹³ Ks. esim. *Mylly* 2013; *Levin* 2012 erit. s. 136–137; *Patry* 2011; *Mylly*, LM 2004 erit. s. 246–250; *Litman* 2001. Ks. myös teoksen *Mylly ym.* (toim.) 2007 kirjoitukset, erit. s. 111 ss.; *Välimäki*, LM 2004; *Koulu* 2004.

pailua ei voida asian laajuuteen nähden käsitellä enemmälti. Artikkelissa tarkastellaankin vain viime aikoina esillä ollutta internet-operaattoreiden täytäntöönpanoroolin kasvattamiseen liittyvää vaikuttamista.

Tarkastelun kohteena on kansallista eduskuntakäsittelyä edeltävä lainvalmistelu. Hallituksen esityksen antamisen jälkeisellä valiokuntavaiheella on keskimäärin vain vähäinen merkitys lain sisältöön, joten se on rajattu pois tutkimuksesta.¹⁴

Kansalliset säännökset perustuvat EU-oikeuteen ja kansainvälisiin sopimuksiin. Tältä osin olennaiset ratkaisut on jätetty kuitenkin kokonaan kansalliselle lainsäätäjälle.¹⁵ Yleisluontoisuudesta johtuen kansallisille täytäntöönpanosäännöksille asetettavia reunaehtoja, arviointikriteerejä ja rajoituksia voidaan (yrittää) hakea EU-tuomioistuimen oikeuskäytännöstä.¹⁶ Toisaalta minimitasoa ei ole asetettu, eikä jäsenvaltion tarjoamien täytäntöönpanokeinojen riittävyys ole ollut EU-tuomioistuimen käsiteltävänä. Koska oikeuskäytäntö ei aseta tiukkoja edellytyksiä tai huomattavia rajoituksia kansalliselle sääntelylle, marginaali on toistaiseksi varsin suuri. Näin ollen tässä artikkelissa on riittävää keskittyä kansallisiin lainsäädäntöratkaisuihin.

EU-lainsäädännön uudistamissykli on hyvin pitkä. Etujärjestöt voivat pyrkiä EU-päätöksenteossa vaikuttamaan Suomen neuvottelukantoihin, eurooppalaisten kattojärjestöjen kautta, itsenäisesti lobbaamalla tai avoimissa kuulemistilaisuuksissa. Tehokkainta vaikuttaminen on silloin, kun keinoja käytetään rinnakkain.¹⁷ Niin ikään viemällä valittuja oikeustapauksia määrätietoisesti EU-tuomioistuimeen voitaisiin saavuttaa vastaavia tuloksia, ja se onkin intressiryhmille lainvalmisteluun vaikuttamisen ohella toinen strateginen keino.¹⁸ Näillä tavoilla EU-tasolla vaikuttaminen vaatii merkittävästi aikaa ja resursseja.¹⁹ Tässä artikkelissa aikaperspektiivi on lyhyempi ja tarkastelu kohdistuu vain kansalliseen vaikuttamiseen.

Tutkimuskysymys on: millaisessa lainvalmistelun valtakamppailussa internet-operaattoreihin kohdistuvat tekijänoikeudelliset täytäntöönpanovelvoitteet muotoutuvat? Kyse on erityisesti intressiryhmien koostumuksen, dynamiikan ja tavoitteiden sekä lainvalmistelijan toimintatapojen vaikutuk-

¹⁴ Tästä vielä lyhyesti luvussa 4.1.1.

¹⁵ Ks. jäljempänä esitettävä tietoyhteiskuntadirektiivin 8(3) artikla ja 59 johdantolause.

¹⁶ Ks. erityisesti *Promusicae* (C-275/06); *LSG v Tele2* (C-557/07); *L'Oréal v Ebay* (C-324/09); *Scarlet Extended* (C-70/10); *UPC Telekabel Wien* (C-314/12). Yhteenvetona ks. esim. *Savola* 2014; *Husovec* 2013; *Kohl* 2012; *Van Eecke* 2011.

¹⁷ *Hyvärinen* 2008 s. 367–371.

¹⁸ Ks. esim. *Bouwen – McCown* 2007.

¹⁹ EU-lainvalmisteluun vaikuttamisesta enforcement-direktiivin yhteydessä ks. esim. *Haunss – Kohlmorgen* 2009; *Haunss – Kohlmorgen* 2010 ja yleisemmin ks. esim. *Farrand* 2014 erit. s. 117–128.

sen tutkimisesta. Kysymykseen vastaaminen edellyttää tutkimuskohteena olevien velvoitteiden hahmottamista sekä lainvalmistelukäytännön ja -teorian esittämistä. Täytäntöönpanoroolin muotoutumista esitellään lyhyesti luvussa 2, ja luvussa 3 esitetään teoreettinen viitekehys valtakamppailusta lainvalmistelussa ja *Bourdieu*n valtateoreettisesta ns. lainsäädäntökentästä. Lisäksi on kartoitettava relevantit toimijat ja niiden positiot, valtasuhteiden väliset rakenteet, kamppailukentän suhde vallan kenttään sekä tarkasteltava toimijoiden uraa kentällä.²⁰ Nämä käydään läpi luvun 4 analyysissä. Lopuksi luvussa 5 esitetään johtopäätökset.

2 OPERAATTORIN TÄYTÄNTÖÖNPANOROOLIN MUOTOUTUMINEN

Säännökset tunnistamistietojen luovuttamisesta ja estomääräyksestä (TekL 60 a–d §) ovat saaneet alkunsa varsin poikkeuksellisella tavalla, vasta eduskuntavaiheessa. Niiden syntymekanismia on hyvä tarkastella lyhyesti esimerkkinä poikkeuksellisesta valmistelusta ja koska säännökset loivat pohjan velvoitteiden laajentamisesityksille. Tarkastelu taustoittaa myöhempää esitystä ja kytkee alkuperäiset keinot uudempiin ehdotuksiin. Koska tutkimusintressi ei ole lainopillinen, tässä ei keskitytä säännösten tarkempaan sisältöön vaan yleiskatsaukseen ja muotoutumisprosessiin.

Hallituksen esityksessä tietoyhteiskuntadirektiivin implementoimiseksi katsottiin tältä osin riittävän, että tekijänoikeuslakiin lisättäisiin viittaussäännös SähköKL:n säännöksiin.²¹ Direktiivin 8(3) artiklan vaatimus on suppea ja yleisluontoinen: ”Jäsenvaltioiden on varmistettava, että oikeudenhaltijoilla on mahdollisuus hakea kieltoa tai määräystä sellaisia välittäjiä vastaan, joiden palveluita kolmas osapuoli käyttää tekijänoikeuden tai lähioikeuden rikkomiseen”.²² Eduskunnan lakivaliokunnan asiantuntijakuulemisissa oikeudenhaltijat esittivät viittaussäännöksen korvaamista laajemmalla ja pysyvällä estomääräysmenettelyllä, koska ne epäilivät säännöksen soveltuvuutta internet-yhteyspalveluja tarjoaviin operaattoreihin.²³ Tässä vaiheessa oli kyse vain estämisestä, eikä kukaan

²⁰ *Bourdieu – Wacquant* 1995 s. 132–133.

²¹ HE 28/2004 vp s. 44–46, 134.

²² Direktiivin 59 johdantolauseen mukaan tämän yksityiskohdat on jätettävä kansallisesti määriteltäviksi. Johdantolauseen ja ns. enforcement-direktiivin (2004/48/EY) 3 artiklasta ilmenevien periaatteiden keskinäinen punninta jättää myös laajan kansallisen marginaalin. Ks. esim. *Norrgård* 2005.

²³ LaVL 5/2005 vp, lausunnot: GRAMEX, Teosto, Kopiosto, Tuotos, TTVK ja Kuvasto.

ollut ehdottanut erityistä säännöstä tunnistamistietojen luovuttamiseksi. Oikeusministeriö, Viestintävirasto ja operaattorit kritisoivat järjestöjen ehdotusta. Ehdotus ei olisi edellyttänyt ns. pääasiakannetta vaan turvaamistoimiratkaisu olisi jäänyt pysyväksi. Lisäksi turvaamistoimi olisi myönnetty ilmeisesti hyvin vähäisin edellytyksin, eikä ehdotettu säännös olisi myöskään turvannut riittävästi vastapuolen oikeuksia.²⁴ Lainvalmistelun jatkuessa skenaario toteutuikin Helsingin käräjäoikeuden ja hovioikeuden hylätessä yksittäisen turvaamistoimihakemuksen.²⁵

Noin vuosi viimeisten kuulemisten jälkeen huhtikuussa 2005 sivistysvaliokunnassa esiteltiin ilmeisesti opetusministeriössä (vastuuministeriö), oikeusministeriössä ja liikenne- ja viestintäministeriössä virkatyönä ja sidosryhmiä kuulematta laaditut säännökset.²⁶ Ne hyväksyttiin lakivaliokunnassa ja sivistysvaliokunnassa lähes sellaisenaan ilman sidosryhmien kuulemisia.²⁷ Lainsäädäntövaihe huomioiden säännösten kirjoittaminen tyhjästä oli merkittävä asiallinen laajennus, lähes 400 sanaa. Tunnistamistietojen luovuttamisesta oikeudenhaltijoiden on korvattava kaikki kulut, mutta estämisen kuluista operaattori vastaa pääsääntöisesti itse.²⁸

Sittemmin on valmisteltu muitakin ehdotuksia operaattoreiden täytännönpanoroolin kasvattamiseksi. Vuonna 2009 valmistuneessa virkamies-työryhmän selvityksessä esitettiin, että oikeudenhaltijat voisivat lähettää internet-operaattoreiden kautta liittymänhaltijoille huomautuskirjeitä, mikäli oikeudenhaltijat valvontaoperaatioissaan huomaisivat liittymää käytettävän tekijänoikeuden loukkaukseen.²⁹ Lausuntokierroksen jälkeen tämä johti hallituksen esitykseen, joka kuitenkin raukesi eduskuntakauden vaihtuessa.³⁰ Hanketta kritisoitiin monella tavoin,³¹ mutta tässä valtakamp-

Muissa lausunnoissa tätä ei käsitelty. Eri toimijatahoja esitellään laajasti jäljempänä luvussa 4.

²⁴ LaVL 5/2005 vp, oikeusministeriön lausunto 4.5.2004; Viestintäviraston lausunto 13.5.2004; Elisa Oyj:n lausunto 14.5.2004 ja TeliaSonera Finland Oyj:n lausunto 28.5.2004.

²⁵ LaVL 5/2005 vp s. 8; *Siiki* 2009 s. 176; Helsingin käräjäoikeus 21.12.2004 (04/22468).

²⁶ SiVM 6/2005 vp, Ficom ry:n lausunto 2.5.2005.

²⁷ SiVM 6/2005 vp, TTVK:n lausunto 1.4.2005 s. 7, koontitulukko: asiantuntijalausunnoissa tehtyjä muutosehdotuksia (versio 2, 8.5.2005) s. 98–106, opetusministeriö: pykälien muotoiluehdotukset 31.5.2005 s. 21. Ficom ry:n ilmeisesti oma-aloitteisesti lähettämässä, 2.5.2005 päivätysssä lausunnossa esitetyjä huomioita ei juurikaan noteerattu. Tietosuoja-valtuutettu katsoi pyydytyssä, 24.5.2005 päivätysssä lausunnossaan säännösten edellyttävän jatkovalmistelua tai jopa poistamista esityksestä. Opetusministeriö esitti, että säännökset tulisi muotoilla tältä osin lakivaliokunnan ehdottamalla tavalla.

²⁸ LaVL 5/2005 vp s. 9–10.

²⁹ OPM 2009:21. Oikeusministeriön edustaja katsoi lausumassaan ehdotuksen ennenaikaiseksi.

³⁰ HE 235/2010 vp.

³¹ Ks. esim. *Norrgård*, JFT 2010.

pailun kannalta keskeisintä oli erimielisyys kustannusten korvaamisesta. Hallituksen esityksen mukaan oikeudenhaltijoiden olisi pitänyt korvata kulut kokonaan, arviolta 60–250 euroa huomautuskirjeeltä. Oikeudenhaltijat totesivat myöhemmin, etteivät ne tulisi näin korkeilla hinnoilla kirjeitä lähettämään.³² Heidän mielestä operaattorin tulisi vastata ainakin osittain kustannuksista, mitä on väläytetty myös uudessa vuoden 2013 taustaselvityksessä.³³

Vastaavasti oikeudenhaltijoiden vuonna 2004 tekemä esitys laajemmasta estomenettelystä konkretisoitui, kun tekijänoikeustoimikunnan vuoden 2012 mietintö päättyi samansuuntaiseen malliin. Kritiikkiä aiheutti muun muassa kulukysymyksen jättäminen jatkovalmisteluun.³⁴ Huomattavasti jatkokehitelty, mutta vastaavasti kritisoitu HE-luonnos lähetettiin lausunnoille 13.12.2013. Siinä esitettiin uutena keinona myös hidastamismääräys. Esitystä käsitellään laajemmin jäljempänä.³⁵

3 LAINVALMISTELU TEORIAN VALOSSA

3.1 Lainvalmistelu ja eri tahojen intressit

Perinteisesti lakien säätäminen on hahmotettu järkeen ja tutkimustietoon perustuvaksi rationaaliseksi päätöksenteoksi (rationaalisen valinnan teoria). Toisen teorian mukaan lainvalmisteluun vaikuttavat eri ryhmien intressit, valta-asetelmat ja institutionaaliset tekijät (yksityisten intressien tai julkisen valinnan teorian).³⁶ Kohtaamastaan kritiikistä huolimatta rationaalinen malli on hallinnut hahmotustapaa lainvalmistelun tutkimuksen ja valtionhallinnon säädöspolitiikan piirissä.³⁷ Näitä teorioita on kehitelty eteenpäin institutionaalis-realistisessa lainlaadintakäsityksessä, jossa korostetaan lainlaadinnan instrumentalismia, polkuriippuvuutta, tiedon ja asiantuntemuksen merki-

³² OKM 2013:13 s. 63, 68, 110. Vastaavasti esimerkiksi Uudessa-Seelannissa kustannusten vuoksi elokuvatuottajat eivät ole lähettäneet ainuttakaan ilmoitusta ja musiikkituottajien ilmoitukset ovat jääneet vähäisiksi (*Giblin* 2014 s. 160, 162).

³³ OKM 2013:13 s. 68, 110.

³⁴ OKM 2012:2 s. 65; OKM lausuntotiivistelmä 22.5.2012 s. 1, 5–15. Vastaavalla tavalla myöhemmissä esityksessä kuluvastuun jakautuminen jätettiin tuomioistuimen harkittavaksi – ilman arviointikriteerejä (OKM 2013:13 s. 81).

³⁵ OKM 2013:13; Hankerekisteri OKM056:00/2013. HE-luonnoksen lausunnoista ks. luku 4.2.3.

³⁶ *Pakarinen* 2012 s. 49, 74, 84–85. Vastaavasti *Rantala* 2011 s. 13–19.

³⁷ *Pakarinen* 2011 s. 6; *Tala ym.* 2011 s. 11–12.

tystä, epävarmuutta ja erimielisyyksien ratkaisemista.³⁸ Normatiivisessa sääntelyteoriassa tarkastellaan parhaan ohjaukskeinon löytämistä tietyn yhteiskuntapoliittisen tavoitteen saavuttamiseksi, kun taas positiivisessa sääntelyteoriassa tutkitaan niitä tekijöitä, jotka tosiasiallisesti vaikuttavat lainsäätäjän valintoihin. Yleisen edun asemasta eturyhmien, poliitikoiden ja virkamiesten intressit voivat olennaisesti vaikuttaa lainsäädännön sisältöön.³⁹ Erilaisia ja keskenään ristiriitaisiakin malleja on siis useita.

Ranskalainen *Pierre Bourdieu* (1930–2002) tarkasteli muiden tutkimuskohteidensa ohella ”byrokratian kenttää” eli valtion ja sen toimielinten toimintaa.⁴⁰ Viranomaista ei tulisi nähdä neutraalina, yleisen edun tuntevana ja sitä tavoittelevana tahona tai rationaalisena työkaluna yleisen edun toteuttamisessa.⁴¹ Valtion monopoli fyysiseen ja symboliseen väkivaltaan johtaa väistämättä kamppailuun monopolin herruudesta ja siihen liittyvistä eduista.⁴² Alistetut hyväksyvät tiedostamatta (ns. doksa) valtiossa valtaa pitävien ja valtakoneiston hyväksikäytön avulla toteutetun symbolisen väkivallan.⁴³ Yleisen edun vartijoilta edellytetään neutraaliutta ja yhteiskunnallisen perspektiivin säilyttämistä, mutta sosiologisessa tarkastelussa tämä ideaali on hurskastelua ja ristiriidassa todellisuuden kanssa.⁴⁴ *Bourdieun* valtateoria vastaa näin ollen lainsäädäntöteorioista yksityisten intressien teoriaa ja positiivista sääntelyteoriaa.⁴⁵

Lainsäädäntöteoriassa valtasuhteista johtuvaksi rakenteelliseksi lainvalmisteluun osallistumisen esteeksi on hahmotettu se, että ”jokin ryhmä kykenee käyttämään lakiuudistuksessa omaa lainsäädäntövaltaansa muita ryhmiä voimakkaammin”.⁴⁶ Oikeuspoliittiset kysymykset lakien neutraLiteetista, syntymekanismista ja taustavoimista jäävät usein vähemmälle huomiolle.⁴⁷ Havaitusti nämä ilmenevät hiukan eri tavalla muotoiltuina sekä lainsäädäntöteoriassa että *Bourdieun* analyysissä. Tämä ideaalisten käsitysten kyseenalaistaminen on myös tämän tutkimuksen lähtökohta.

³⁸ *Tala ym.* 2011 s. 12–13.

³⁹ *Pakarinen* 2012 s. 49; *Mähönen – Määttä* 2002 s. 187, 189. Vastaavasti ks. *Koulu* 2004 s. 1–5.

⁴⁰ *Bourdieu* 1994.

⁴¹ *Bourdieu* 1994 s. 2. Vastaavasti säädettyjen lakien uskotaan usein olevan neutraaleja välineitä, joiden avulla valtiot voivat ohjata ja valvoa kansalaisten käyttäytymistä sekä yhteiskunnallista kehitystä (*Houtsonen* 2002 s. 156).

⁴² *Bourdieu* 1994 s. 16.

⁴³ *Bourdieu* 1994 s. 15.

⁴⁴ *Bourdieu* 1994 s. 17–18.

⁴⁵ Rationaalisen valinnan teoria onkin nimenomaisesti todettu *Bourdieun* hahmotustavalle vastakkaiseksi (*Bourdieu – Wacquant* 1995 s. 153–154).

⁴⁶ *Pakarinen* 2011 s. 74.

⁴⁷ *Houtsonen* 2002 s. 157–158.

Tarkastelu kohdistuu sekä intressiryhmiin että siihen, onko lainvalmistelijan toiminnassa havaittavissa piirteitä, jotka olisivat omiaan vahvistamaan tai neutraloimaan eturyhmien vaikutusmahdollisuuksia.

Etujärjestöjen intressinä on laaja valmistelu, väljät toimeksiannot, itsenäiset työryhmät ja lainvalmistelijan rooli mekaanisena lakitekstien kirjoittajana.⁴⁸ Sen sijaan jos lainvalmistelu olisi rationaalista toimintaa, eturyhmien tehtävänä olisi lähinnä lainvalmistelijan roolia korostava lainvalmistelun tietopohjan laajentaminen.⁴⁹ Eturyhmät voivat vaikuttaa tarjoamalla lainsäätäjälle vaihtohyödykkeenä tietoa.⁵⁰ Epätasapainoa syntyy, kun eri osapuolilla ei ole yhtäläisiä resursseja tiedon tuottamiseen, sillä tietoja ei ole luonnollisesti valittu ja esitetty puolueettomasti.⁵¹ Tämä korostaa eri intressiryhmien keskenään erilaisia vaikutusmahdollisuuksia. Yksinkertaistaen heikkoon tai ylityöllistettyyn lainvalmistelijaan vaikutetaan tekemällä itse lakiehdotukset, vahvaan ”voittamalla” muut osallistujat tuottamalla omaa kantaa tukevia tietoja ja tutkimustuloksia.

OECD:n arvioinnin mukaan Suomessa yleinen lainvalmistelun kuulemistapa suosii vain järjestäytyneitä ryhmiä, ja se syrjäyttää liian helposti vähemmän vaikutusvaltaiset sidosryhmät ja erityisesti ne kansalaiset, joiden etua mikään sidosryhmä ei aja.⁵² Sidoryhmien mahdollisuus osallistua näennäisesti lainvalmisteluun ja esittää lausuntoja onkin eri asia kuin tosiasiallinen vaikuttaminen. Kyse on oikeastaan siitä, miten lainvalmistelijat suhtautuvat sidosryhmien kantoihin ja eri- ja samanmielisyyden hallinnointiin ja miten yleistä etua tai lainvalmistelijan neutraliteettia voidaan arvioida.⁵³ Ratkaisuja perustellaan usein esimerkiksi enemmistön tai valtaosan tukemalla kannalla, mutta tämä voi johtaa strategiseen keinotteluun. Tällöin keskeiseksi kriteeriksi tulisi edustajatahojen määrä eikä esitettyjen argumenttien laatu tai edustamattomien tahojen intressit.⁵⁴ Ongelmallista on, jos lainvalmistelija tekee ratkaisunsa lausuntojen määrän perusteella tai vetäytyy lausuntojen määrään viittaavan fasadiperustelun taakse.

⁴⁸ *Tala ym.* 2011 s. 7. Vastaavasti oikeudenhaltijat olivat vahvoja taustavaikuttajia direktiiveissä ja ACTA-sopimuksessa, ks. *Farrand* 2014 s. 118, 128–129, 183 viitteineen

⁴⁹ *Pakarinen* 2012 s. 85–86; *Pakarinen* 2011 s. 7, 43.

⁵⁰ *Bouwen – McCown* 2007 s. 425; *Bouwen* 2002.

⁵¹ Tiedon epäneutraaliudesta ja strategisista hyödyntämiskeinoista ks. *Tala ym.* 2011 s. 12. Vastaavasti epätasapainosta ja asiantuntijuudesta ks. *Farrand* 2014 s. 17 ja alaviite 126.

⁵² OECD 2010 s. 71–72; *Ahtonen – Keinänen* 2012 s. 5.

⁵³ *Rantala* 2011 s. 100–117, 194 ss; *Pakarinen* 2011 s. 24, 41. Erimielisyyksien hallinnoinnista ks. esim. *Tala ym.* 2011 s. 12–13; *Ahtonen – Keinänen* 2012 s. 11.

⁵⁴ *Rantala* 2011 s. 159–160, 193. Vastaavasti keskenään ristiriitaisten sidosryhmien mielipiteiden keskinäisen painoarvon määrittämisestä, ks. *Ahtonen – Keinänen* 2012 s. 2.

3.2 Lainsäädäntökenttä Bourdieun valtateoriassa

Bourdieu keskittyi oikeuden kenttää analysoidessaan lainsoveltajien ja oikeustieteilijöiden välisiin kamppailuihin esitellen muun muassa käytännön ja teoreettisen lähestymistavan vastakkainasetteluita.⁵⁵ Oikeuden kentällä käydään jatkuvaa valtakamppailua lain oikeasta tulkinnasta.⁵⁶ Kentällä tarkoitetaan jonkin merkityksellisen asian (pääoman) ympärille rakentuvaa sosiaalisten suhteiden tilaa. Pääoma on sosiaaliseen peliin osallistumisen edellytys ja tavoittelun kohde. Kentällä käytävää peliä ohjaavat pelaajien sisäistämät säännönmukaisuudet eli tieto siitä, miten peliä pelataan, mutta toisaalta kentällä kamppaillaan myös sääntöjen sisällöstä ja kentän rajoista. Kamppailu kohdistuu myös siihen, millainen pääoma on kentällä hallitsevassa asemassa. Kyse on ennen kaikkea kulttuurillisten ja sosiaalisten voimien tarkastelusta. Oikeuden kentän juridinen pääoma onkin tiedollista ja taidollista, kulttuurista pääomaa.⁵⁷ Kaikki kentät ovat alisteisia taloutta ja politiikkaa edustavalle vallan kentälle.⁵⁸

Kentän peliin osallistuminen edellyttää osallistumishalua (intressi), pääoman hallintaa ja pelin tajua. Oikeuden kentän kamppailuihin voivat tosiasiasa osallistua vain juridista pääomaa omaavat, oikeustieteellisen koulutuksen saaneet henkilöt. Henkilöiden tapa ja näkökulma todellisuuden hahmottamiseen ilmenee ns. habituksessa, joka muodostuu opintojen ja ammattin harjoittamisen aikana. Oikeuden kentällä habitukseen on sisäistetty muun muassa oikeudellisten ajattelun traditioiden ja ilmaisutapojen tuntemus, tietoisuus mahdollisista toimintatavoista ja ymmärrys oikeudellisesta argumentaatiosta. Se myös osaltaan yhdistää ryhmää, ylläpitää identiteettiä ja tekee eron ryhmän ulkopuolisiin.⁵⁹ Tällä tavoin niin ikään pyritään sulkemaan kentältä ulos muut toimijat.⁶⁰

Lainvalmistelua ja lain säätämistä ei voida nähdäkseeni tarkastella oikeuden kentän avulla, koska kyse ei ole oikeussääntöjen tulkinnasta vaan niiden luomisesta. Myös kentän osallistajat ovat osin eri tahoja: oikeuden kentällä tuomioistuimilla on keskeinen asema eikä poliitikoilla ole sinne asiaa. Lainvalmistelussa tuomioistuimilla on vähäisempi, yleensä pidettyväinen asiantuntijarooli. Poliitikoilla voi olla huomattava vaikutus lakeihin

⁵⁵ *Ylhäinen* 2010 s. 169–170; *Bourdieu* 1987 s. 821–824.

⁵⁶ *Ylhäinen* 2010 s. 167; *Bourdieu* 1987 s. 817–818.

⁵⁷ *Ylhäinen* 2010 s. 159–160; *Bourdieu – Wacquant* 1995 s. 125–128, 148–149.

⁵⁸ *Ylhäinen* 2010 s. 161–162; *Bourdieu* 1987 s. 823–824.

⁵⁹ *Ylhäinen* 2010 s. 162–163, 171–172; *Bourdieu* 1987 s. 818–819; *Terdiman* 1987 s. 811–812.

⁶⁰ *Ylhäinen* 2010 s. 167–168; *Bourdieu* 1987 s. 828–829, 832.

ja he myös viime kädessä tekevät kaikki päätökset.⁶¹ Päätösten perusteet voivat olla myös poliittisia, eikä oikeus ohjaa lakien säätämistä samalla tavoin kuin se ohjaa lainoppia ja lainkäyttöä.

Edellä mainituista syistä on mielestäni syytä erottaa tämä ns. lainsäädäntökenttä oikeuden kentästä. Myös virkamiesten toimintaa analysoivan byrokratian kentän näkökulma on liian suppea, koska tässä päähuomio kohdistuu intressiryhmiin. Lainsäädäntökentän pääomaksi voidaan hahmottaa vaikutusvalta: se on tavoittelun kohde, mutta myös edellytys (tosiasialliselle) osallistumiselle. Jos tarkastellaan poliittisen ohjauksen ”alapuolista” tasoa, kentillä on myös samankaltaisia piirteitä.⁶² Lainvalmistelijat, lausuntojen laatijat ja työryhmiin osallistuvat ovat miltei poikkeuksetta oikeustieteellisen koulutuksen saaneita henkilöitä. Keskeisimmistä lainsäädäntökentän toimijoista vain poliitikot ja heidän avustajansa eivät yleensä kuulu juristiprofessioon.⁶³ Valmistelussa käytetään oikeudellista kieltä, käsitteitä, ilmaisutapoja ja mekanismeja. Tämä takaa juristeille etulyöntiaseman muihin osallistujiin nähden. Vastaavasti esitetään oikeudellista argumentaatiota vetoamalla esimerkiksi perusoikeuksiin, kansallisiin tai eurooppalaisiin säädöksiin, tuomioistuinratkaisuihin ja hallitusohjelmakirjauksiin. Tekijänoikeuslaki on myös hyvin monimutkainen ja valmisteluun osallistuu lähes yksinomaan lakimiehiä. Edellä *Bourdieu*n kuvaamalla tavalla tällä käytännössä tehdään ero ulkopuolisiin ja suljetaan pois muut kuin tekijänoikeuteen vihkiytyneet juristit. Professionien samankaltaisuus oikeuden tulkintakentällä ja valmistelussa lisää niin ikään kenttien keskinäistä riippuvuutta.

Lainsäädäntökenttä lienee parhaiten kuvattavissa oikeuden kenttään vahvasti kytköksissä olevana politiikan osakenttänä.⁶⁴ Lainvalmistelijoiden toimintaa voidaan mallintaa osin myös byrokratian kentän avulla. Oikeuden kentän tavoin – tai poliittisista vaikutteista johtuen jopa vahvemmin – lainsäädäntökenttä monilta osin vastaa (homologia) politiikan ja yleisen vallan kenttää.⁶⁵

⁶¹ Vastaavasti ks. *Tuori* 2000 s. 150.

⁶² Vastaavasti ks. *Tuori* 2000 s. 149–151. *Tuori* tarkastelee erityisesti sitä, mikä erottaa poliittisen argumentaation oikeudellisesta.

⁶³ Esimerkiksi oikeusministeriön lainvalmisteluosaston 40:stä lainvalmisteluun osallistuvasta henkilöstä 38 oli juristeja (Raili Paananen/OM 1.10.2013). Niin ikään viimeisimmän tekijänoikeustoimikunnan kokoonpanossa (21 henkilöä) vain kolmella ei ollut oikeustieteellistä tutkintoa. Vastaavasti OKM:n seitsemästä tekijänoikeuden alan henkilöstä, pois lukien sihteerit, vain projektitutkijalla oli muu kuin oikeustieteellinen koulutus. (Lakimiesmatrikkeli 2014.)

⁶⁴ Tätä kuvastaa myös yleinen politiikan oikeudellistumiskehitys.

⁶⁵ *Ylhäinen* 2010 s. 166; *Bourdieu* 1987 s. 850–851.

4 OPERAATTOREIDEN VÄLINEELLISTÄMISEN ANALYYSI

4.1 Toimielimet ja niiden rooli

4.1.1 Tekijänoikeuden valmistelu- tai tulkintaelimet

Lainsäädäntöön voi vaikuttaa ennen varsinaisen valmistelun aloittamista (esivalmistelu), hallituksen esityksen laatimisvaiheessa (perusvalmistelu, lausuntomenettely ja jatkovalmistelu) tai eduskuntavaiheessa. Yleisesti ottaen etujärjestöt ovat kokeneet eduskuntakuulemiset vaikuttamisen kannalta ajankohdaltaan liian myöhäisiksi, ja painopiste on aiemmassa edunvalvonnassa. Aika ennen työryhmän perustamista on katsottu kaikkein tärkeimmäksi valmisteluvaiheeksi. Sama pätee myös pysyviin komiteoihin, toimikuntiin ja neuvottelukuntiin. Järjestäytyneet ja institutionalisoituneet ryhmät, kuten oikeudenhaltijajärjestöt, hallitsevat ja ovat vahvassa asemassa tällaisessa epämuodollisessa ja useimmiten dokumentoimattomassa vuorovaikutuksessa.⁶⁶

Yleisesti ottaen ainoastaan vastaavan ministeriön ja riippumattomien asiantuntijoiden kuulemisella on tilastollista merkitystä eduskunnan valiokunnan kannanmuodostukseen. Muilla ministeriöillä tai eturyhmillä ei keskimäärin ole vaikutusta.⁶⁷ Tämä korostaa tarvetta vaikuttaa vastuuministeriön edustajiin. Tekijänoikeusasiat käsitellään sivistysvaliokunnassa, jossa oikeudenhaltijat ovat kuultavina tahoina vahvasti tai jopa lähes yksinomaan edustettuina.⁶⁸ Valiokunnassa voidaan lähinnä tehdä pieniä muutoksia ja myöhemmin oikeuslähteenä hyödynnettäviä kirjauksia. Tilanteen muuttuminen tai valmistelussa avoimeksi jääneet kysymykset tosin korostavat valiokunnan roolia, kuten ilmeni vuoden 2004–2005 valmistelussa.⁶⁹ Valiokuntavaiheen toissijaisen merkityksen ja tähän liittyvän aineiston vähyyden vuoksi artikkelissa on rajauduttu eduskuntakäsittelyä edeltäviin vaiheisiin.

Taulukoissa 1 ja 2 on esitetty eri tahojen osallistumista tekijänoikeuden valmistelu- tai tulkintaelimiin sekä niiden antamia lausuntoja nyt käsillä olevista aiheista. Taulukoissa on yhdistetty suuri määrä erilaisia tietoja. Tässä esitetään taulukon rakenne lyhyesti, ja sisältöön paneudutaan myö-

⁶⁶ Pakarinen 2012 s. 75–76; Pakarinen 2011 s. 40; Tala ym. 2011 s. 2, 4, 7.

⁶⁷ Ahtonen – Keinänen 2012 s. 21. Epäselvää on, onko näin myös tekijänoikeuden alalla.

⁶⁸ Yleisesti ks. esim. Peltomäki 2013b.

⁶⁹ Pakarinen 2011 s. 53–54. Oikeuslähteenä käyttämisestä ks. Ahtonen – Keinänen 2012 s. 12.

hemmissä alaluvuissa.⁷⁰ Eräitä yleisiä havaintoja esitetään kuitenkin heti taulukoiden esittelyn jälkeen.

Tahot on jaettu ”ryhmiin” eli eräänlaiseen taustakontekstiin.⁷¹ Ryhmä- jaon tarkoituksena on helpottaa hahmottamaan eri toimijaleirien sisäisiä ja ulkoisia samankaltaisuuksia ja eroja. Ryhmät voisi tietyiltä osin hahmotella toisinkin.⁷² Lihavoinnilla on korostettu tahoja, jotka ovat muita aktiivisempia tai vaikutusvaltaisempia.

Seuraavassa kolmessa sarakkeessa on lueteltu tahon edustajien lukumäärä kussakin elimessä. ”Nvk” viittaa 40-henkiseen tekijänoikeusasioiden neuvottelukuntaan, ”Tmk” 21-henkiseen tekijänoikeustoimikuntaan ja ”TN” 16-henkiseen tekijänoikeusneuvostoon varajäsenineen.⁷³ Vastaavasti ”SiVM” viittaa eduskunnan sivistysvaliokunnassa täytäntöönpanokeinoja käsiteltäessä kuultujen asiantuntijoiden lukumäärään.⁷⁴ Taulukoihin on sisällytetty kaikki kolmessa ensimmäisessä elimessä edustetut tahot.⁷⁵ Terminologian yksinkertaistamiseksi jäljempänä ”työryhmä” kattaa myös komiteat eli tekijänoikeusasioiden neuvottelukunnan ja tekijänoikeustoimikunnan.

Seuraavissa sarakkeissa on tarkasteltu tahojen suhtautumista lainsäädäntöhankkeisiin. ”+” tarkoittaa myönteistä, ”-” kielteistä ja ”X” neutraalia suhtautumista. Lukutapa on subjektiivinen ja voimakkaasti yksinkertaistava, jopa polarisoiva; suluissa oleviin kantoihin sisältyy tavallista enemmän tulkintaa tai ehdollisuutta. Kantoja viimeisimpään estoesitykseen on havainnollistettu yksityiskohtaisemmin luvussa 4.2.3. Ehdotusta on lausunnoissa harvoin vastustettu täydellisesti. Kielteiseksi suhtautumiseksi on luokiteltu sellainen kritiikki, jossa hanketta pidetään tarpeettomana, jatkovalmistelun

⁷⁰ Taulukoiden on tarkoitus esittää tietoa tiivistetyssä ja systematisoidussa muodossa, ei niinkään toimia yhteenvedona tekstiesitykselle. Näin ollen olen katsonut parhaaksi esittää taulukon ensimmäisessä loogisessa asiayhteydessä. Tässä vaiheessa lukijan oletetaan tutustuvan taulukkoon vain pääpiirteittäin ja muodostavan yleiskäsityksen tahoista ja ryhmittymistä. Yksityiskohtia mm. valmisteluelimistä ja lausuntokannoista oletetaan tarkasteltavan vasta myöhemmin, kun tekstissä niitä käsitellään.

⁷¹ Taho on kirjattu tiettävästi tosiasiallisen edustuksen mukaan (tästä ks. alaviite 144).

⁷² ”Hyödyntäjällä” tarkoitetaan sekä käyttäjä- että oikeudenhaltijaroolin omaavaa tahoja, esimerkkinä mediatalo (*Oesch* 2009 s. 7 vrt. toisenlainen hahmottelu tekijänoikeustoimikunnasta mts. 14). Tarvetta erotella näitä oikeudenhaltijoista ei ehkä tässä tutkimuksessa olisi. Oikeudenhaltijaksi luokittelu on tehty laajentavasti mukaan lukien muun ohella asianajotoimistot, jotka tyypillisesti edustavat oikeudenhaltijoita.

⁷³ Hankerekisteri OKM044:00/2012 (Tekijänoikeusneuvosto), OPM012:00/2010 (Tekijänoikeustoimikunta 2010–2011), OKM037:00/2014 (Tekijänoikeusasioiden neuvottelukunta).

⁷⁴ SiVM 6/2005 vp sisältäen liiteaineistot. Myös lakivaliokunnan aineisto on käyty läpi (LaVL 5/2005 vp).

⁷⁵ Pois on jätetty sivistysvaliokunnan kuulemia tämän tarkastelun ulkopuolisiin asioihin osallistuneita tai yksittäisiä tahoja (yhteensä 23 kpl).

tarvetta korostetaan tai esitystä vastustetaan tai keskeisiin ehdotuksiin kohdistetaan huomattavaa kritiikkiä. Myönteiseksi on luokiteltu myös laajennuksia esittävä lausunto. Neutraalia (X) on käytetty vain poikkeuksellisesti, lähinnä kun taho ei ole halunnut lausua mitään.

Taulukko 1. Toimijat eri elimissä ja lausunnonantajina.

Taho	Ryhmä	Nvk	Tmk	TN	SiVM	Kirje	Kirje/HE	Estot	Estot/HE
Opetus- ja kulttuuriministeriö	Lainsäädäntö	3	1		4				
Oikeusministeriö	Lainsäädäntö	1	1	2		-	X	(-)	-
Liikenne- ja viestintäministeriö	Lainsäädäntö	1	1		1	+	-	(-)	-
Työ- ja elinkeinoministeriö	Lainsäädäntö	1	1					-	-
Ulkoasiainministeriö	Lainsäädäntö	1							(-)
Sisäasiainministeriö	Lainsäädäntö					-	+		X
Helsingin käräjäoikeus	Oikeuslaitos						+	+	+
Markkinaoikeus	Oikeuslaitos								-
Yliopisto/oikeustiede	Asiantuntija	1	1	4	2	-			
IPR University Center	Asiantuntija	1			1		-		(-)
Tietosuojavaltuutettu	Käyttäjä	1			2				(-)
Viestintävirasto	Käyttäjä					-		-	(-)
Kilpailu- ja kuluttajavirasto	Käyttäjä	1	1			-	-	(-)	(-)
Kuluttajaliitto ry	Käyttäjä					-	-	-	
Tietoyhteisk. kehittämiskeskus ry	Käyttäjä	1							-
EFFI ry	Käyttäjä	1			1			-	-
Piraattipuolue rp	Käyttäjä					-	-	-	-
Kansallinen audiovis. instituutti	Käyttäjä	1							
Kansalliskirjasto	Käyttäjä	1		1	1				
Valtion taidemuseo	Käyttäjä			1	1				
Suomen Yrittäjät	Teollisuus	1	1	1	1				
Elinkeinoelämän keskusliitto	Teollisuus	1	1	1	1	-		(+)	(-)
Nokia Oyj	Teollisuus	1			1				
Kauppa liitto ry	Teollisuus			1			+	+	
Teknoliigat Teollisuus ry	Teollisuus			1				-	-
Keskuskauppakamari	Teollisuus							-	(-)
STTK ry	Teollisuus							-	-
Ficom ry	Välittäjä	1	1	1	1	-	-	-	-
Elisa Oyj	Välittäjä				1	-	-	-	-
Finnnet-liitto	Välittäjä					-		-	-
DNA	Välittäjä						-	-	-
Teliasoenera Finland Oyj	Välittäjä				1	-	-	-	-

Sarake ”kirje” viittaa vuonna 2009 valmistuneeseen ns. huomautuskirjemenettelyä koskevaan esiselvitykseen ja siitä annettuihin lausuntoihin. Kannat on arvioitu lausunnotiivistelmän perusteella.⁷⁶ ”Kirje/HE” viittaa samaa menettelyä koskevaan hallituksen esitysluonnokseen. Kannat on arvioitu pääosin hallituksen esityksen valmisteluvaiheita koskevan luvun perusteella, mutta myös esitysluonnoksesta annettujen lausuntojen perusteella.⁷⁷ ”Estot” viittaa tekijänoikeustoimikunnan vuonna 2012 valmistuneen mietinnön estomenettelyn laajentamista koskevaan osaan. Kantoja

⁷⁶ OPM 2009:21; OPM lausunnotiivistelmä 27.11.2009; Hankerekisteri OPM016:00/2009.

⁷⁷ HE 235/2010 vp; Hankerekisteri OKM001:00/2010.

on arvioitu lausuntotiivistelmän ja lausuntojen perusteella.⁷⁸ ”Estot/HE” viittaa 13.12.2013 lausuntokierrokselle lähetettyyn em. mietinnöstä jatkokehiteltyyn HE-luonnokseen ja sen taustaselvitykseen. Kantoja on arvioitu lausuntojen perusteella ja niitä eritellään tarkemmin luvussa 4.2.3.⁷⁹ Taulukoista on jätetty pois lausuntotiivistelmässä mainitsemattomia, yksittäisiä tai irrelevantteja tahoja (17 kpl).

Taulukko 2. Hyödyntäjät ja oikeudenhaltijat elimissä ja lausunnonantajina.

Taho	Ryhmä	Nvk	Tmk	TN	SiVM	Kirje	Kirje/HE	Estot	Estot/HE
Sanoma Oyj	Hyödyntäjä	1	1	1	1	X		+	+
Yleisradio	Hyödyntäjä	1	1	1	1	-	X		+
Viestinnän Keskusliitto	Hyödyntäjä	1	1	1	1	+			+
MTV Media	Hyödyntäjä	1	1	1	1	+	+	+	+
Markkinointiviest. Toimistojen Liitto	Hyödyntäjä				1			-	
Mainostajien Liitto	Hyödyntäjä			1	1				
Aalto-yliopisto	Hyödyntäjä	1							
Teosto ry	Oik.haltija	1	1	1	2	+	+	+	+
Kopiosto ry	Oik.haltija	1		1	2	+		+	+
Sanasto ry	Oik.haltija	1		1		+	+		+
Tuotos ry	Oik.haltija	1			1		+		+
Kuvasto ry	Oik.haltija			1	1		+		+
Gramex ry	Oik.haltija		1		2	+	+	+	+
TTVK ry	Oik.haltija				2	+	+	+	+
Suomen Kirjailijaliitto ry	Oik.haltija	1	1		1		+		+
Suomen Näyttelijäliitto ry	Oik.haltija	1		1	1				+
Suomen Journalistiliitto ry	Oik.haltija	1	1	1	1			(-)	(-)
Suomen Muusikkojen Liitto ry	Oik.haltija	1	1	1	1			+	+
Teatteri- ja mediatyöntekijät ry	Oik.haltija	1	1	1	1			(+)	
Suomen tietokirjailijat ry	Oik.haltija	1			1			+	+
Suomen Taiteilijaseura ry	Oik.haltija	1							+
Näytelmäkirj. ja Käsikirj. ry	Oik.haltija	1			1			(+)	
Säveltäjät ja Sanoittajat ELVIS ry	Oik.haltija			1	1	+	+		+
Kääntäjien ja tulkkien liitto ry	Oik.haltija			1	1	+			+
Suomen Säveltäjät ry	Oik.haltija				1		+		+
Luovan työn tekijät ja yrittäjät	Oik.haltija	1				+			+
IFPI/Musiikkituottajat ry	Oik.haltija	1	1	1			+	+	+
Suomen Musiikkikustantajat ry	Oik.haltija			1			+		+
Suomen Filmikamari ry	Oik.haltija	1				+	+		+
Jarmo Puskala/elokuvakäsikirj.	Oik.haltija	1							
Ääni- ja kuvatalennetuottajat ry	Oik.haltija				1	+	+		
Suomen Anti-piratismiyhdistys ry	Oik.haltija					+	+	+	
Elokuvatuottajien keskusliitto ry	Oik.haltija					+	+		+
MUU ry	Oik.haltija							(-)	+
Tuotanto Oy Sähkö	Oik.haltija			1					
Arkkitehtitsto Heikkilä&Kauppinen	Oik.haltija			1					
Pekka Tarkela/Aatsto Borenius	Oik.haltija		1						
Asianajotoimisto Susiluoto	Oik.haltija			1	1				

⁷⁸ OKM 2012:2; Hankerekisteri OPM012:00/2010; OKM lausuntotiivistelmä 22.5.2012, s 1, 5–15.

⁷⁹ Hankerekisteri OKM056:00/2013; OKM 2013:13.

Tässä vaiheessa voidaan esittää eräitä huomioita taulukoiden tietosisällöstä. Jäljempänä tullaan tarkastelemaan lähemmin eri tahojen edustusta ja sen jakautumista eri valmisteluelimissä. Niin ikään eri tahojen suhtautumista esillä olleisiin lainsäädäntöhankkeisiin tarkastellaan lähemmin. Taulukoista voidaan havaita oikeudenhaltijoiden vahva edustus kaikissa elimissä. Edustus on joissain tapauksissa jopa vahvempi kuin muilla ryhmillä yhteensä. Keskeisiä, lähes kaikissa elimissä edustettuja tahoja on myös runsaasti. Vastaavasti oikeudenhaltijat ovat olleet aktiivisia eri hankkeista lausudessaan ja kannat ovat olleet pitkälti samansuuntaisia. Muut tahot ovat lausuneet hajanaisemmin. Seuraavaksi siirryn tarkastelemaan lähemmin mainittuja toimielimiä.

Tekijänoikeustoimikunnassa arvioidaan muun muassa tekijänoikeuslain-säädännön uudistamistarpeita ja Suomen kantaa kansainvälisiin asioihin. Toimikunta nimettiin yleensä kahdeksi vuodeksi kerrallaan ja sillä oli yleisluontoisia, 15 vuoden ajan lähes sellaisenaan säilyneitä tehtäviä. Vuodesta 2012 lukien toimikuntaa ei ole asetettu. Viimeisin toimikunta (2010–2011) laati sittemmin jatkojalostetun mietinnön mm. estomenetelmien laajentamisesta. Mietintöön sisältyi operaattoreiden edustajan vahva eriyvä mielipide. Toimikunnassa oli puheenjohtajan ja neljän ministeriön edustajan lisäksi 16 varsinaista jäsentä. Oikeudenhaltijoilla oli kahdeksan edustajaa ja hyödyntäjillä neljä. Operaattoreilla oli yksi edustaja ja yleisellä elinkeinoelämällä kaksi. Kokoonpano oli hyvin vahvasti kallellaan oikeudenhaltijoiden suuntaan, ja mietintöä väritti vastakkainasettelu eikä yhteisymmärrystä löydetty. Lainvalmistelussa tärkeää olisi löytää hyväksyttävissä oleva ratkaisu. Tässä ei tällä erää onnistuttu. Lausuntojen kirjo myös viittaa siihen, että työ jäi kesken eikä toimikunta pystynyt löytämään täysin tasapainoista ratkaisua.⁸⁰

Tekijänoikeusasioiden neuvottelukunta on 40 hengen laajapohjainen elin, jonka tarkoituksena on keskustella tekijänoikeusasioista. Neuvottelukunta asetettiin ensimmäisen kerran vuosiksi 2012–2013 ja tehtäväkuvauksen perusteella se on korvannut tekijänoikeustoimikunnan. Edustetut tahot olivat identtisiä sittemmin vuosille 2014–2015 asetetussa neuvottelukunnassa.⁸¹ Asetuspäätöksessä nyt nimenomaisesti todetaan, että ”neuvottelukunta voi päättää, että tiettyjä kysymyksiä käsitellään valmistelevasti neuvottelukunnan jäsenistä ja muista asiantuntijoista koostuvassa pienryhmässä”,

⁸⁰ Jos muuta ei ole todettu, jäljempänä lukuja 4.1–4.2 analyysissä on käytetty edellä mainittujen taulukoiden lähdeaineistoja.

⁸¹ Neuvottelukunta asetettiin olennaisesti samanlaisena, koska ”jäsenistöltä on tullut siitä positiivista palautetta” (Anna Vuopala/OKM, 19.2.2014). Jäljempänä kuvatuksi olenaisempaa olisivat kuitenkin aliedustettujen ja edustamattomien tahojen, eivätkä jäsenten näkemykset.

”neuvottelukunnan työn tueksi voidaan teettää selvityksiä” ja että ”neuvottelukunta voi lisäksi tehdä ministeriölle esityksiä selvityksistä, tutkimuksista ja kehittämishankkeista”. Pienryhmien hyödyntäminen olisikin välttämätöntä, sillä kokoonpanon laajuudesta, neuvottelukunnan asialistoista ja aineistoista voi päätellä, että se on ainakin toistaiseksi toiminut lähinnä opetus- ja kulttuuriministeriön (OKM) tiedotuskanavana.⁸² Toimikuntaa vastaavalla tavalla oikeudenhaltijoilla on 16 edustajaa, hyödyntäjillä viisi, operaattoreilla yksi ja elinkeinoelämällä kolme. Käyttäjillä on toimikuntaan verrattuna hiukan laajempi, vaikkakin intresseiltään hajanainen edustus.

OKM järjestää lisäksi vuosittain avoimen tekijänoikeusfoorumin laajempaa tekijänoikeuspoliittista keskustelua ja yhteydenpitoa varten. Käsiteltäviä asioita ovat hallitusohjelmaan kirjatut lainmuutosesitykset ja muut ministeriössä vireillä olleet asiat.⁸³ Neuvottelukunnan tavoin foorumissa on kyse lähinnä tiedottamisesta ja yleisen tason vuoropuhelusta, jolla ei ole muuta tai kovin merkittävää konkreettista vaikutusta lakivalmistelun sisältöön.

Tekijänoikeusneuvosto (TekL 55 §) avustaa OKM:ää tekijänoikeutta koskevien asioiden käsittelyssä ja antaa lausuntoja tekijänoikeuslain soveltamisesta. Se tarjoaa tuomioistuimiin nähden vaihtoehdoisen tavan ratkoa tekijänoikeudellisia kiistoja. Se on sisällytetty tarkasteluun kokonaiskuvan saamiseksi ja koska se vahvistaa valmisteluun liittyviä havaintoja. Tekijänoikeusasetuksen (574/1995) 19 §:n mukaan neuvostossa tulee olla edustettuna keskeiset tekijänoikeuslaissa säädettyjen oikeuksien haltijat sekä suojakohteiden käyttäjät. Neuvostoon kuuluu kolmen asiantuntijan lisäksi 13 eturyhmien edustajaa sekä varajäsenet. Intressiryhmistä noin kolme neljännessä (19/26) edustaa oikeudenhaltijoita tai media-alaa, teollisuutta neljä, museoita/arkistoja kaksi, operaattoreita yksi ja kuluttajia ei kukaan. Tasapainoisempi kokoonpano olisi legitimiteetin kannalta välttämätön, varsinkin kun lausunnoilla on tosiasiallista oikeuslähdeopillista merkitystä.⁸⁴

Oikeudenhaltijatahojen lukumäärä ja vahva edustus eri työryhmissä johtaa helposti niiden etuja myötäilevään lainsäädäntöön. Lainvalmistelijalta edellytettäisiin rohkeita ratkaisuja, jottei hän joutuisi eturyhmien määrällisen tai ”tiedollisen” johdattelun uhriksi. Tilanne on hankala. Luvussa 3.1 kuvastusti valmisteluun epätasapainoisuus johtaa ongelmallisiin tuloksiin. Toisaalta lainvalmistelija tarvitsisi tukea objektiivisen tiedon kerryttämisessä. Mikäli tämä ei ole mahdollista, tasapainoisessa asetelmassa esitetyt subjektiiviset näkemyksetkin voisivat vielä johtaa kohtalaiseen lopputulokseen. Tästä esitetään esimerkkejä jäljempänä.

⁸² OKM 2014.

⁸³ OKM 2013.

⁸⁴ Tätä epätasapainoa on kritisoinut voimakkaasti mm. *Mylly* (2013).

Yleisesti ottaen lainvalmistelun ongelmaksi on havaittu työryhmien tarkoitushakuiset tai yksipuoliset kokoonpanot ja epäinformatiiviset kuulemistilaisuudet.⁸⁵ Kriitikki soveltuu myös pysyvämpiin komiteoihin kuten tekijänoikeustoimikuntaan ja tekijänoikeusasioiden neuvottelukuntaan. Yksipuolisuus ja liiallinen laajapohjaisuus on ainakin ilmeistä, eikä tällainen laajakaan kokoonpano takaa valmistelun legitimitettä. Epäselvää tosin on, missä määrin tämä johtuu siitä, ettei ole pystytty tunnistamaan tarpeeksi toisia intressejä edustavia, dialogiin halukkaita ja kykeneviä tahoja. Tätä ongelmaa käsitellään laajemmin jäljempänä luvussa 4.3.1.

4.1.2 Siirtyminen valmisteluun virkatyönä

Tekijänoikeustoimikunta kasvoi ensin 21-henkiseksi ja vuodesta 2012 lukien sen korvasi 40-henkinen neuvottelukunta. Vuoden 2007 loppuun saakka kokoonpano oli suppeampi. Viimeisimmässä oli neljä henkilöä opetusministeriöstä, kolme muista ministeriöistä (liikenne- ja viestintäministeriö (LVM), työ- ja elinkeinoministeriö (TEM) ja oikeusministeriö (OM)) ja kaksi tekijänoikeuteen perehtynyttä oikeustieteen tutkijaa.⁸⁶ Tällainen kokoonpano olisi voinut vielä olla valmisteluun toimintakykyinen. On ilmeistä, ettei myöskään tekijänoikeusasioiden neuvottelukunnalla tai tekijänoikeusfoorumilla ole tehtävistä tai kokoonpanon laajuudesta ja painottumisesta johtuen konkreettista lisäarvoa lainvalmistelussa. Tällaisilla valmisteluelimillä tavoiteltu lainvalmistelun legitimitetti jää näennäiseksi. Kompromissinmuodostuksen menettelyehtojen tulisi olla sellaisia, jotka suovat kaikille merkityksellisille intresseille mahdollisuuden ottaa osaa neuvotteluihin, ja samalla varmistetaan intressien välinen valtasapaino.⁸⁷ Tasapainoinen, päätöksentekoon tähtäävä asioiden käsittely ei ole mahdollista, ja toisaalta oikeudenhaltijoiden näkemykset saataisiin selville ilman kyseisiä elimiäkin.

Tekijänoikeuselinten laajeneminen ja yksisuuntaistuminen on merkki tosiasiallisen valmistelun ja päätöksenteon siirtymisestä entistä enemmän lainvalmistelijoilta ja kulisseihin. Toisaalta neuvottelukunnan asettamispäätökseen lisätty pienryhmätyöskentelyn ja selvitysten teettämisen mahdollisuus viittaa tarkoitukseen hyödyntää varsinaisessa valmistelussa pienempiä *ad hoc* -ryhmiä.⁸⁸ Foorumeiden ja valmistelutahojen moninai-

⁸⁵ Pakarinen 2012 s. 75; Pakarinen 2011 s. 35.

⁸⁶ Hankerekisteri OPM122:00/2005.

⁸⁷ Ks. Tuori 2000 s. 114, jossa vedetään yhteen Jürgen Habermasin tutkimuksia.

⁸⁸ Tästä huolimatta ongelmana on neuvottelukunnan painottuminen. Pienryhmiä voidaan lisäksi käyttää vain, jos neuvottelukunta niin päättää.

suus mahdollistaa nimellisen kuulemisen ja puheenvuorojen käytön, mutta tosiasiallinen kuuleminen ja vaikutusmahdollisuudet jäävät arvoitukseksi. Laajapohjaisuutta olennaisempaa olisi työryhmien työskentelyn laatu.⁸⁹ Yleisesti ottaen noin puolet hallituksen esityksistä laaditaan pelkästään virkatyönä, joka soveltuu parhaiten pienten ja teknisluontoisten lakiuudistusten valmisteluun. Muita on ensin työstetty työryhmässä tai toimikunnassa.⁹⁰ Nyt tarkasteltavat muutosehdotukset olivat verraten merkittäviä. Niin ikään luonnoksista ja selvityksistä pyydetään lausuntoja sadoiltakin tahoilta, mutta lausuntojen arviointi ja yhteensovittaminen jää usein epäselväksi tai sattumanvaraiseksi.⁹¹

Virkamiesvalmistelussa tapahtuvaan lausuntojen arviointiin ja yhteensovittamiseen liittyviä haasteita voidaan tarkastella esimerkin valossa. 13.12.2013 laaditussa hallituksen esitysluonnoksessa (HE-luonnos) aiempia valmisteluvaiheita kuvattiin seuraavasti. HE-luonnoksen mukaan suurin osa lausunnonantajista katsoi, että piratisminvastaisia oikeuskeinoja on tarvetta lisätä varsinkin silloin, kun loukkaajat ovat tuntemattomia tai sijaitsevat ulkomailla. Niin ikään ”asian jatkovalmistelua kannatettiin laajasti ja vain muutama lausunnonantaja katsoi, ettei toimenpiteitä voisi hyväksyä missään muodossa”.⁹² Lausuntoja ja taulukon 1 ”Estot”-saraketta tarkasteltaessa ilmenee, ettei tämä aivan pidä paikkaansa. Asian jatkovalmistelua esitetyltä pohjalta vastustettiin nimenomaisesti laajemmin. Kritiikki esitettyjä operaattoreihin kohdistettavia ja niiden kustannuksella toteutettavia keinoja vastaan oli myös laajaa. HE-luonnos antaakin myönteisemmän kuvan lainvalmistelun aiemmista vaiheista kuin aiempi lausuntotiivistelmä.⁹³

Suuri osa lausunnonantajista toki kannatti estoja: olivathan oikeudenhaltijat yhtenäisesti kannattaneet niitä. Tämä korostui seuraavassa vaiheessa, jossa kaksinkertainen määrä oikeudenhaltijoita antoi lausunnon. Tällöin lausuminen oli laajempaa myös verrattuna aiempaan HE-luonnokseen (”Kirje/HE”). Niin ikään useat lausunnonantajat kannattivat jatkovalmistelua. Tämä lienee kuitenkin useimmiten tulkittava kritiikiksi ja eufemismiksi sille, että esitystä on olennaisella tavalla muutettava. Eräisiin kysymyksiin HE-luonnoksessa olikin muotoiltu ratkaisuja, mutta keskeiset ongelmat muun muassa kuluvastuusta jäivät edelleen ratkaisematta.

⁸⁹ *Ahtonen – Keinänen* 2012 s. 8; *Pakarinen* 2011 s. 74.

⁹⁰ *Pakarinen* 2011 s. 14, 31–32.

⁹¹ Vrt. tuntemattomien tai tavoittamattomissa olevien tekijöiden teoksia (orpoteoksia), suoja-ajan pidennystä ym. koskevassa lainmuutoksessa lausuntoja saatiin 74 taholta, ja niitä käsiteltiin lähes lakonisesti vajaassa puolessa sivussa (HE 73/2013 vp s. 16).

⁹² OKM HE-luonnos 13.12.2013 s. 18–19. Samansuuntaisesti OKM 2013:13 s. 35.

⁹³ *Ibid.* vrt. OKM lausuntotiivistelmä 22.5.2012.

Puolentoista vuoden hiljaiselon jälkeen poliittisen ohjauksen vuoksi asia oli saatava kiireellisesti eduskunnan käsiteltäväksi.⁹⁴ Tarve viedä hanke eteenpäin myös ilmeisesti vaikutti siihen, että aiempia kriittisiä vaiheita oli tarpeen silotella konfliktien avoimen käsittelyn asemasta. Tämä vaikuttaa kyseenalaiselta tavalta ohittaa ilmeinen erimielisyys. Tällaisen lähestymistavan riskinä on, että hankkeen etenemistä perusteltaisiin määrällisin perustein eli lausuntojen valtaosan (ts. oikeudenhaltijoiden) kannoilla.⁹⁵

Aiempi esimerkki virkatyönä kiireessä jopa ilman nimellistä kuulemista tehdystä valmistelusta oli luvussa 2 esitelty TekL 60 a–d §:n valmistelu valiokuntavaiheessa vuosina 2004–2005. Asiassa olisi ollut mahdollista ottaa aikalisä. Ilmeisesti eduskunnan valiokunnassa ja aika ajoin myös OKM:ssä vallitsee uskomus, joka täytyy hyväksyä, eli bourdieulaisittain ortodoksia: tekijänoikeutta on suojattava yhä vahvemmin keinoin.⁹⁶ Toisaalta direktiivin implementointiin ja hallitusohjelman toteuttamiseen liittyy myös poliittisia paineita, vaikka ne eivät sisällöllisiä ratkaisuja sanelisikaan.

Valmistelutavan muutoksiin liittyy kuvattuja riskejä, jotka ovat ilmeisesti esimerkkien valossa osin realisoituneetkin. Lainvalmistelijan rooliin tulisi kiinnittää lainsäädäntöteorian ja Bourdieun byrokratian kentän valossa huomiota. Varsinkin erimielisyyden hallinnoinnin sudenkuopat, kuten ratkaisujen perusteleminen määrällisillä argumenteilla, tulisi välttää. Valmistelu olisi muussa tapauksessa omiaan antamaan vaikutelman valmistelijoiden asennoitumisesta hyvin tekijänoikeusmyönteiseen ideologiaan.⁹⁷

4.2 Toimijat ja positiot

4.2.1 Viranomaiset ja asiantuntijat

Tekijänoikeusasioista vastaa ja niitä valmistelee opetus- ja kulttuuriministeriö. Työ- ja elinkeinoministeriö vastaa teollisoikeudellisista asioista ja vuonna 2007 käytiin keskustelua tekijänoikeusasioiden vastuuministeriöstä. Tämän seurauksena TEM osallistuu aikaisempaa vahvemmin valmis-

⁹⁴ Hallitusohjelmakirjaus ja kulttuuriministerin toimeksianto 7.10.2013, ks. OKM 2013:13 s. 132, 138. Aiemmin toimikunnan mietinnöstä (OKM 2012:2) annettujen lausuntojen jälkeen painopiste oli yli vuoden ajan yleisemmän tason tekijänoikeuspolitiikassa, eikä näkyvää konkreettista valmistelua tapahtunut.

⁹⁵ Tällaisen erimielisyyden hallintatavan kritiikistä ks. luku 3.1.

⁹⁶ Bourdieu 1987 s. 839, 851; Terdiman 1987 s. 812. Ks. esim. HE 235/2010 vp s. 3–4; OKM 2012:2 s. 36–37; SiVM 11/2010 vp s. 8.

⁹⁷ Ks. esim. immateriaalioikeudellisten kansainvälisten sopimusten neuvottelussa ilmenevästä virkamiesten ideologiasta ja vaikeudesta vastustaa oikeudenhaltijoiden vaatimuksia, Mylly 2009 s. 260; Sell 2003 s. 7.

teluun.⁹⁸ Ministeriöiden roolit heijastuvat suhtautumisessa ehdotuksiin. Karkeasti ottaen TEM on kannattanut markkinaehtoisia ratkaisuja eli oikeudenhaltijoiden liiketoimintamallien uudistamista. Liikenne- ja viestintäministeriö vastaa muun muassa viestintämarkkinoiden ja viestinnän tietosuojaan sääntelystä, ja kuuntelee herkemmillä korvalla operaattoreita. Oikeusministeriö toimii hankkeissa lainsäädäntökonsulttina ja teknisenä apuna ja kritisoi puutteellista selvittämistä.⁹⁹

Aiemmin täytäntöönpanokeinoja on käsitelty käytännössä yksinomaan Helsingin käräjäoikeudessa. Lakiehdotuksista lausueessaan käräjäoikeus on suhtautunut menettelyihin yleensä suotuisasti. Se on kiinnittänyt huomiota erityisesti soveltamistilanteiden selkeyttämiseen ottamatta kantaa perustavanlaatuisiin tai oikeuspoliittisiin kysymyksiin. Syyskuussa 2013 uusien riita- ja hakemusasioiden käsittely siirtyi markkinaoikeuteen. 13.12.2013 päivätystä HE-luonnoksesta annetussa lausunnossa markkinaoikeus kritisoi puutteellista selvittämistä ja esitti huomattavan määrän yksityiskohtaisia huomioita.¹⁰⁰

Tunnistamistietojen luovuttamisella ja huomautuskirjemenettelyllä on vahva kytkös yksityisyyden suojaan, ja tietosuojavaltuutettu on usein lausunut esityksistä kriittisesti. Viestintävirasto kantaa LVM:n ohella huolta internetin teknisestä toimivuudesta ja operaattoreiden sääntelystä ja on usein kritisoinut ehdotuksia. Kilpailu- ja kuluttajavirastolla (KKV) on laajempaa edustusta elimissä. Lausunnot ovat keskittyneet kuluttajansuojakysymyksiin.¹⁰¹ Oikeustieteen piiristä on vain haja-edustusta valmisteluelimissä ja lausuntoja on annettu niukalti IPR University Centeriä lukuun ottamatta; edustus painottuu tekijänoikeusneuvostoon eli soveltamistilanteisiin.

Herää kysymys, mistä oikeustieteen asiantuntijoiden hyödyntämisen vähyys johtuu. Muilla aloilla tieteellisillä asiantuntijoilla on keskeinen rooli erityisesti eduskunnan valiokunnissa. Tekijänoikeuden alalla jostakin syystä näin ei ole, vaikka tekijänoikeus on korostetun monimutkainen ala. Asiantuntijoiden rooli olikin merkittävämpi aiemman, suppeamman tekijänoikeustoimikunnan aikaan, ja nyt edustus on merkittävää ainoastaan tekijänoikeusneuvostossa. Mahdollisia syitä on useita. Oikeudenala on ehkä liian pieni kannatellakseen kovin laajaa asiantuntijajoukkoa. Suuri osa muuten pätevästä asiantuntijoista on hakeutunut muihin kuin tieteellisiin tehtäviin ja toimii esimerkiksi lainvalmistelussa, tuomioistuimissa,

⁹⁸ *Oesch* 2009 s. 13. Esimerkkinä ministeriöiden välisestä valtapiirikamppailusta ks. *Koulu* 2004 s. 21–22.

⁹⁹ Ks. esim. OKM lausunnotiivistelmä 22.5.2012 s. 10, 12, 14; OPM 2009:21 s. 29–30.

¹⁰⁰ Jos muuta ei ole todettu, luvun 4.2 analyysissä on käytetty luvun 4.1 taulukoiden lähdeaineistoja.

¹⁰¹ Kuluttajaviranomaisten roolista yleisesti ks. *Oesch* 2009 s. 20.

oikeudenhaltijajärjestöissä tai asianajosektorilla. On myös mahdollista, että asiantuntijoiden näkemykset poikkeavat paljon toisistaan ja näin ollen esimerkiksi lausuntopyyntöön vastatessa yliopiston tai tiedekunnan näkemyksen muodostaminen olisi haastavaa. Lisäksi yliopiston lausunnon tyypillisesti antaa hallinto, ei tiedekunta tai tutkijat. Niin ikään edes tiedekuntatasolla ei välttämättä ole myöskään halua ottaa keskitetysti kantaa oikeuspoliittisiin kysymyksiin. Lopuksi tiedontarpeen on ehkä koettu kohdistuvan enemmän esimerkiksi liiketoimintaan kuin säännöksiin tai tieteelliseen tutkimukseen. Havaittavissa on, että oikeudenhaltijoita pidetään alan asiantuntijoina. Riskinä on, että lainvalmistelija tai sivistysvaliokunta eristäytyisi kuvitellen omaavansa parhaan tietämyksen asioista.¹⁰²

4.2.2 Eturyhmät

Vain operaattoreiden eturyhmällä Ficom ry:llä on edustusta kaikissa elimissä. Operaattorit suhtautuvat lausunnoissaan hankkeisiin lähes aina kriittisesti. Suomen Yrittäjät ja Elinkeinoelämän keskusliitto (EK) ovat keskeisimmät yleistä elinkeinoelämää edustavat tahot.¹⁰³ EK ja Keskuskauppakamari ovat olleet lausunnoissaan kohtalaisen kriittisiä, mutta niiden edustamien tahojen erilaisten kantojen vuoksi eivät aivan yhtä kärkkäitä kuin edellä mainitut. STTK ja Teknologiateollisuus ilmeisesti kuuluvat Ficom ry:n muodostamaan elinkeinoelämän rintamaan.

EFFI ry suhtautuu tekijänoikeusasioihin kriittisesti, ja se on ollut taustavoimana myös Järkeä tekijänoikeuteen -kansalaisaloitteessa. Sen lausunnot ovat usein myös provokatiivisia, mitä voidaan pitää poikkeavana. Lainsäädäntökentän omaksuttuja pelisääntöjä ajoittain rikkoen se on ajautunut osittain kentän ulkopuolelle. Piraattipuolue on ollut vastaavalla tavalla kriittinen, mutta senkin painoarvo on jäänyt vähäiseksi. Erinäisille kirjastoille ja arkistoille on eri elimissä varattu edustusta, mutta niillä ei ole intressiä nyt tarkasteltaviin asioihin. Tietoyhteiskunnan kehittämiskeskus

¹⁰² Tähän viittaa esimerkiksi se, että orpoteoksia, suoja-ajan pidennystä ym. koskevassa käsittelyssä sivistysvaliokunnassa kuultiin tai lausunnon antoi OKM:n valmistelijan lisäksi 14 oikeudenhaltijoiden tai media-alan edustajaa, EK ja Kansalliskirjasto (SiVM 6/2013 vp). Vastaavasti *Sell* 2003 s. 99: ”To a certain extent IP law is reminiscent of the Catholic Church when the Bible was in Latin. IP lawyers are privileged purveyors of expertise as was the Latin-trained clergy. IP law is highly technical and complex, obscure even to most general attorneys.” Vastaavasti oikeudenhaltijoiden asiantuntijuudesta ja sen suomista vaikutusmahdollisuuksista ks. *Farrand* 2014 s. 2–3, 17, 129.

¹⁰³ Yleisellä elinkeinoelämällä ei välttämättä ole kovin suurta intressiä tässä tarkasteltaviin kysymyksiin, mutta keskeisempiä eturyhmiäkään ei ole ilmeisesti kyetty löytämään. Elinkeinoelämällä ja työmarkkinajärjestöillä on ilmeisesti tästä syystä kaiken kaikkiaan vahva edustus lainvalmistelussa, ks. *Peltomäki* 2013a.

(TIEKE) on ollut aiempaa merkittävämpi toimija käyttäjien edustamisessa.¹⁰⁴ Kuluttajaliitto on Kilpailu- ja kuluttajaviraston tavoin pidättäytynyt laajemmalla kritiikiltä.

Oikeudenhaltijatahoja on lukematon määrä, koska kaikilla taiteenaloilla ja tuotantoportilla on yksi tai useampia eturyhmiä. Ne ovat myös saaneet vahvan edustuksen eri toimielimissä. Perinteisesti Yleisradio on esittänyt enemmän kritiikkiä kuin kaupalliset toimijat, mutta asetelma näyttää muuttuneen. Myös ”teollisuus”-ryhmään luokiteltu Kaupan liitto on selvästi oikeudenhaltijoille myönteinen. Se edustanee lähinnä tahoja, jotka myyvät oikeudenhaltijoiden tuotoksia. Toisaalta Markkinointiviestinnän Toimistojen Liitto ja Suomen Journalistiliitto ovat varauksellisempia kuin oikeudenhaltijat keskimäärin.

4.2.3 Lähitarkastelussa viimeisin estoesitys

Tarkastelen vielä tarkemmin 13.12.2013 päivätystä hallitusesitysluonnoksesta annettuja lausuntoja eri tahojen tarkempien kantojen selvittämiseksi. Taulukoissa 3 ja 4 esitetään pelkistetyksi lausunnoista ilmeneviä kantoja.¹⁰⁵ Taulukoissa yhteisinä sarakkeina ovat kolme ensimmäistä: hidastamissään-
nönksen epätarkoituksenmukaisuus, loukkaajaan kohdistettavasta kanteesta erilliset itsenäiset estot ja vaatimus estojen helposta kohdistamisesta kaikkiin operaattoreihin. Muuten näkökulmat jakautuivat niin merkittävästi, että olennaiset kohdat on esitelty kummassakin erikseen. Taulukossa 3 toisen lausunnon tukeminen on mainittu erikseen, koska epäsuoran tuen huomiointi johtaisi + / - -merkkejä täynnä olevaan taulukkoon.¹⁰⁶

Oikeudenhaltijat ja Yleisradio olivat tukiviittaukset mukaan lukien käytännössä yksimielisiä lukuun ottamatta Suomen journalistiliittoa (22 kpl).¹⁰⁷ Lausuntoja oli koordinoitu: 15 (noin 2/3) lausunnossa oli suora, tukea osoittava viittaus Tekijänoikeuden tiedotus- ja valvontakeskus ry:n (TTVK) lausuntoon ja lisäksi mahdollisesti muihin lausuntoihin.¹⁰⁸ Vaikka nimenomaisesti mainituissa asioissa oli painotuseroja, sisällöllisen yhtenäisyyden perusteella yhteistyö oli kaiken kaikkiaan ilmeistä.

¹⁰⁴ Tämä lienee seurausta painotuksesta, joka syntyi vuosina 2003–2011 kansanedustajana toimineen Jyrki Kasvin siirtymisestä TIEKEN tutkimus- ja kehittämisjohtajaksi.

¹⁰⁵ ”Tyhjä” Sanoma ja Suomen Journalistiliitto eivät lausuneet taulukkoon valituista aiheista.

¹⁰⁶ Tähdellä merkitty tuki tarkoittaa, että tuki- tai viittauslausuma on rajoitettu johonkin osa-alueeseen.

¹⁰⁷ Suomen Journalistiliitto katsoi, että sananvapauden ydinalueella estomääräyksen ei tulisi olla mahdollinen ja sananvapausarviointia olisi muutenkin lisättävä.

¹⁰⁸ LYHTY 5 kpl, Musiikkituottajat, Teosto, Kuvasto ja Suomen taiteilijaseura kukin 1 kpl.

Taulukko 3. Oikeudenhaltijoiden ja hyödyntäjien kantoja esitysluonnokseen.

Taho	Hidastus turhaa	Itsenäinen esto	Estot kaikille	Tehok. keinot	Huom.kirje	Tuki
Sanoma Oyj						
Yleisradio	+	+		+		TTVK
Viestinnän Keskusliitto	+	+			+	
MTV Media	+				+	
Teosto ry	+				+	TTVK, LYHTY
Kopiosto ry	+	+	+	+	+	TTVK
Sanasto ry	+	+	+	+	+	TTVK *
Tuotos ry	+	+	+	+	+	TTVK *, IFPI
Kuvasto ry	+	+			+	TTVK *
Gramex ry	+	+	+	+	+	TTVK
TTVK ry	+	+	+	+	+	
Suomen Kirjailijaliitto ry		+		+	+	
Suomen Näyttelijäliitto ry	+	+	+	+	+	TTVK *
Suomen Journalistiliitto ry						
Suomen Muusikkojen liitto ry	+	+		+		LYHTY, TTVK
Suomen tietokirjailijat ry	+	+		+	+	
Suomen Taiteilijaseura ry	+	+		+	+	
Säveltäjät ja Sanoittajat ELVIS	+	+	+	+	+	TTVK, LYHTY
Kääntäjien ja tulkkien liitto ry	+	+	+	+	+	
Suomen Säveltäjät ry					[+]	Teosto, TTVK *
Luovan työn tekijät ja yrittäjät	+	+	+	+	+	TTVK
IFPI/Musiikkituottajat ry	+	+	+	+	+	
Suomen Musiikkikustantajat ry						TTVK
Suomen Filmikamari ry						TTVK, LYHTY
Elokuvatuottajien keskusliitto ry						TTVK, LYHTY
MUU ry					+	Kuvasto, ym.

Yksittäisiä poikkeuksia lukuun ottamatta jokainen lausui suoraan tai viittauksen kautta seuraavaa. Hidastamismääräys on oikeuspoliittisesti kyseenalainen ja estomääräykseen nähden toissijaisena käytännössä tarpeeton. Välittäjiä vastaan tulee voida antaa itsenäisiä ja loukkaajaan kohdistetuista toimenpiteistä riippumattomia estomääräyksiä. Lainvoimaiset estomääräykset tulee voida laajentaa muitakin operaattoreita koskeviksi. Estämisen ja mahdollisen hidastamisen tulee olla tehokasta, ja keinoilla tulee voida estää tai hidastaa mikä tahansa loukkaava sivusto. Huomautuskirjemenettely tulee lisätä hallituksen esitykseen ja sen tulisi sisältää myös seurannan ja/tai eskaloitkeinot. Vain Gramex ja TTVK nimenomaisesti esittivät tunnistamistietojen luovuttamiseen liittyvän säilyttämisaajan pidentämistä, mutta viittauksen kautta pidentämisesitys sisältyi laajasti muihinkin lausuntoihin. Vastaavia sanamuotoja hidastamismääräyksen kyseenalaisuudesta käyttivät myös Sanoma, MTV Media ja Viestinnän Keskusliitto. Kaksi ensimmäistä korostivat myös operaattoreiden vastuun lisäämistä. Kaksi viimeksi mainittua tukivat myös kirjemenettelyä.

Selvää on, että oikeudenhaltijat olivat käsitelleet kantaa lausuntopyyntöön yhdessä ja yhteisistä linjoista saavutettiin yhteisymmärrys.

Keskeisten toimijoiden tuottama materiaali tukee ja helpottaa oikeudenhaltijoiden lausuntojen laatimista. On myös ilmeistä, että oikeudenhaltijat ovat edellä luvussa 4.1.2 kuvatuksi tehneet ”ryhtiliikkeen” ja panostaneet lausuntojen määrään. Tällä on saatettu haluta vaikuttaa edellä mainitulla tavoin määrällisesti lainvalmisteluun. TTVK:n ohella taustavoimana on syytä mainita yhteistyöprojekti ”Luovan alan tekijät ja yrittäjät” (LYHTY), jossa on mukana 15 oikeudenhaltijajärjestöä sekä välillisesti niiden jäsenjärjestöjä.¹⁰⁹

LYHTY-projektissa toimii erilaisia työryhmiä, joista tässä merkittävimpiä ovat lausuntoja valmisteleva lausuntotyöryhmä ja hallitusohjelmaan vaikuttava hallitusohjelmatyöryhmä.¹¹⁰ Tämäkin havainnollistaa yhteistyötä ja toisaalta sitä, että tällaisissa asioissa lukemattomien järjestöjen kuuleminen tai edustus valmisteluelimissä on oikeastaan tarpeetonta. Samat kannat käyvät joka tapauksessa ilmi koordinoidusta vastauksesta.

Taho	Hidastus turhaa	Itsenäinen esto	Estot kaikille	Lähteellä	Lailliset sisällöt	Kulut	Valmistelussa puutteita
Oikeusministeriö	X					+	+
LVM	+				+	(+)	
TEM	+	(-)			(+)	+	
Ulkoasiainministeriö						X	(+)
Helsingin kärjäoikeus	(X)						
Markkinaoikeus	X		-			(+)	+
IPR University Center	+						+
Tietosuojavaltuutettu						(+)	(+)
Viestintävirasto			-				
KKV					+		
TIEKE	+			+	+	+	
EFFI ry	+						+
EK	+		(+)		+		
Teknologiateollisuus ry	+				+		
Keskuskauppakamari	(+)	(-)		+		+	
STTK ry	+			+	+		(+)
Ficom ry	+	-				+	+
Elisa Oyj	+	-	+	+	+	+	(+)
Finnnet-liitto	+		-	+		+	
DNA	X	-				+	
Teliasonera Finland Oyj	+	-				+	

Muiden tahojen lausunnot jakautuivat enemmän. Kukaan ei pitänyt hidastamismääräystä tehokkaana tai tarkoituksenmukaisena keinona.¹¹¹ Itsenäisiä kielto määräyksiä vastustivat kaikki operaattorit ja lisäselvityksiä edellyttäen

¹⁰⁹ LYHTY 2014.

¹¹⁰ Gramex vuosikertomus 2011, Liite 1: LYHTY toimintakertomus 2011 s. 19–20.

¹¹¹ Helsingin kärjäoikeus kuitenkin kategorisesti kannatti esitystä suppeassa lausunnossaan, vaikka näki toteutuksen haasteellisena.

TEM ja Keskuskauppakamari. Yksittäisen estomääräyksen laajentamista muita operaattoreita koskevaksi nimenomaisesti vastustivat Viestintävirasto ja markkinaoikeus.¹¹² Kilpailunäkökulmasta yhtäläisyyttä kannattivat Elisa ja EK. Elisa, Finnet-liitto, TIEKE, STTK ja Keskuskauppakamari katsoivat, että toimet tulisi kohdistaa varsinaisiin loukkaajiin ongelman lähteellä. LVM, TEM, KKV, TIEKE, EK, Teknologiateollisuus, STTK ja Elisa katsoivat, että ongelmaan pitäisi puuttua ensisijaisesti tai yksinomaan laillisia sisältöjä kehittämällä. Kaikki operaattorit, Keskuskauppakamari, TIEKE, TEM, OM ja markkinaoikeus kritisoivat varsin suoraan operaattoreiden kustannusvastuuta. Epäsuoraa kritiikkiä on havaittavissa myös LVM:n, tietosuojavaltuutetun ja ulkoasiainministeriön lausunnoista. Muun muassa OM ja markkinaoikeus kritisoivat voimakkaasti puutteellista valmistelua. Myös tietosuojavaltuutettu toi esiin puutteita ja kehityskohteita. Vastaavasti IPR University Center esitti lähtökohdaksi myös aiemmassa mietinnössä esillä ollutta mallia. Viestintävirasto katsoi, että keinojen tehokkuus olisi valitettavan heikko.

Myös operaattoreiden vastauksista käy ilmi jonkin asteinen koordinointi. Eri käyttäjätahoista on havaittavissa hienoista ryhmittymistä samaan rintamaan työmarkkinajärjestöjen kanssa. Lausuntojen perusteella tämä on kuitenkin huomattavasti pienimuotoisempaa ja vähemmän ilmeistä kuin oikeudenhaltijatahojen välinen yhteistyö. Selvää on, että osallistuvien tahojen määrä on huomattavasti suurempi kuin esitettyjen näkemysten määrä. Tässä mielessä lausunnot ja työryhmät eivät tietyn pisteen jälkeen enää laajenna lainvalmistelijan tietopohjaa.

Voidaan todeta, että mikään taho ei kannattanut hidastamismääräystä ensisijaisesti tai oikeastaan lainkaan. Sen sijaan oikeudenhaltijat ja hyödyntäjät esittivät ”yhtenäisillä nuoteilla” HE-luonnosta huomattavasti laajentavia ehdotuksia, joihin ei luonnollisesti voitu esittää vastalauseita, koska kyseiset ehdotukset eivät olleet lausuntopyyntöjen kohteena. Operaattorit sinänsä kannattivat nykyisten säännösten selkeyttämistä, mutta vain omista lähtökohdistaan ja heille edullisempaan suuntaan. Muut pääosin vastustivat, kritisoivat tai kyseenalaistivat selvityksiä hiukan poikkeavin painoituksin, joista vahvimmat yhteiset tekijät näyttivät olevan kustannusjako ja voimavarojen väärä kohdentaminen. Luonnollisesti viranomaistahot olivat lausunnoissaan keskimäärin pidättyväisempiä eräitä poikkeuksellisen kriittisiä lausuntoja lukuun ottamatta.

¹¹² Esimerkkinä oli, että Viestintävirasto voisi määrätä eston kaikkia operaattoreita koskevaksi (OKM 2013:13 s. 79–80, 124). Vähäinen lausuntojen määrä selittyy sillä, että malli oli jo pääosin hylätty HE-luonnosta laadittaessa.

4.3 Valta-asetmat ja urat

4.3.1 Positioiden suhteet ja valtarakenteet

Toimijoiden välinen suhde voidaan hahmottaa oikeudenhaltijoiden ja erityisesti suurten tekijänoikeusjärjestöjen kamppailuksi internet-operaattoreita ja käyttäjiä vastaan; tässä kamppailussa taiteilijat ovat sivuosassa.¹¹³ Oikeudenhaltijat ovat jatkuvasti pyrkineet sisällöllisiin laajennuksiin. Intressiä liiketoimintamallien kehittämiseksi ei ole kuin pakon edessä.¹¹⁴ Tämä ei ole kuitenkaan uutta, sillä kaikki teknologiset muutokset on lähes poikkeuksetta nähty uhkina, jotka täytyy estää.¹¹⁵ Tekijänoikeusjärjestöt ovatkin painottaneet lainsäädännön vahvistamista ja/tai vahvistamisen välttämättömyyttä liiketoimintamallien uudistumiselle. Muutoksia vastustavat pitävät liiketoiminnan ja tarjonnan uudistamista ensisijaisena tai ainoana reagoititapana digitalisoitumisen haasteisiin.¹¹⁶ Reagoinnin vaiheiksi on esitetty 1. paniikki ja ylireagointi täytäntöönpanokeinoja tehostamalla, 2. täytäntöönpanokeinojen rationalisointi ja 3. liiketoimintamallien vastentahtoinen kehittyminen.¹¹⁷ Suomessa ollaan nähdäkseni siirtymässä toiseen vaiheeseen.

Oikeuspoliittisesti kysymys on siitä, onko täytäntöönpanokeinojen tehostaminen asianmukainen reagoititapa vanhentuvien liiketoimintamallien ylläpitämiseen. Rakenteellinen vastakkainasettelu on ilmeinen. OKM on luovunut näiden vastakkaisten näkemysten välimaastossa ollen kuitenkin useimmiten lähempänä oikeudenhaltijoita. Positioitumiseen ovat mahdollisesti vaikuttaneet myös kansainvälisten sopimusten ja direktiivien asettamat reunaehdot. Kuitenkin on todettava, ettei EU-oikeuskäytännön valossa ole ilmeistä, että Suomella olisi velvollisuus laajentaa keinoja esitetyllä tavalla.

¹¹³ Levin 2012 s. 156. Yleisemmin ks. Mylly 2013.

¹¹⁴ Tuottajien ei ole kannattanut alentaa laillisten verkkopalveluiden hintoja piratismiin vähentämisen toivossa vaan siirtää kustannukset hintoihin (OKM 2013:13 s. 25). Vastavasti ”oikeudenhaltijoiden mielestä on ollut väärin edellyttää markkinoiden kehitystä, ellei samalla tarjota riittäviä ja tehokkaita keinoja valvoa oikeuksia tietoverkossa” (mts. 53). Vrt. 39 % kuluttajista lopettaisi laittoman käytön, jos lailliset palvelut olisivat halvempia ja 32 %, jos lailliset palvelut olisivat kattavampia (mts. 27). Samoin liiketoimintamallien muutostarpeesta ja keinojen tehostamisen vaikutuksettomuudesta ks. Hargreaves 2011 s. 78–79; Patry 2011 s. 256 ss.

¹¹⁵ Levin 2012 s. 136–137; Patry 2011 s. 141 ss; Yu 2011 s. 887–890; Litman 2001 s. 106–108. Aiempia muutospaineita ja voimakasta vastustusta ovat aiheuttaneet muun muassa radio, televisio, elokuvateatterit, VHS-nauhat, internet, ym. (ibid.) Kuvaavasti Yu (2011 s. 890) on todennut: ”Given the continuous evolution of our economy, the [copyright] industry has yet to convince us why its business model deserves to be singled out for protection while other equally important industries had to adapt to technological change.”

¹¹⁶ OKM 2013:13 s. 53; Levin 2012 s. 147–148, 150, 156–157.

¹¹⁷ Lim – Longdin 2011 s. 698.

Oikeudenhaltijat ja erityisesti tekijänoikeusteollisuus ja tekijänoikeusjärjestöt ovat hyvin vahvoja toimijoita.¹¹⁸ Niiden toiminta perustuu kansainväliseen yhteistyöhön.¹¹⁹ Kollektiivisesti lupia hallinnoivien järjestöjen (Teosto, Kopiosto, Sanasto, Tuotos, Kuvasto ja Gramex) asema on vakiintunut ja niillä on monopoliasema tekijöiden ja lähioikeuksien haltijoiden edustajina ja rahavirtojen käsittelijöinä.¹²⁰ Tämä lisää niiden vaikutusvaltaa sekä taloudellista ja oikeudellista pääomaa. Pääomaa voidaan käyttää vaikuttamiseen oikeuden, politiikan ja lainsäädännön kentillä, omaa positiota pönkittävien tutkimusten teettämiseen, kansainväliseen yhteistyöhön ja oikeudellisten asiantuntijoiden käyttämiseen. Tämä luo myös kulttuurista pääomaa: laajojen verkostojen vuoksi tekijänoikeusjärjestöt ovat tietoisia kehitystrendeistä ja ovat osallisia oikeusprosesseissa.¹²¹ Muilla tahoilla, lainsäätjä mukaan luettuna, ei ole resursseja vastaaviin selvityksiin. Pääomaan liittyvä tiedollinen ja taloudellinen ylivoima sulkee pois maallikot ja tekijänoikeuden perinteiseen tulkintatapaan vihkiytymättömät toimijat.¹²²

Mahdollisia tasapainottamisyriytyksiä hankaloittaa se, että on vaikea tunnistaa tarpeeksi monia riittävän korkean profiilin omaavia ja dialogiin halukkaita ja kykeneviä muita tahoja. Yksi mahdollinen reagointitapa olisi rajoittaa merkittävästi yhtenäisten kantojen vuoksi tarpeettoman laajaa oikeudenhaltijoiden edustusta.¹²³ Bourdieun mukaan kentän peliin osallistuminen edellyttää intressiä, pääomaa ja pelin tajua; osallistuminen edellyttää myös kentälle sopimattomista lähestymistavoista luopumista.¹²⁴ Vaikka oikeudenhaltijat saattaisivatkin haluta käydä asiallista dialogia vastapuolen kanssa, tämä ei ole helppoa, koska selkeitä ja yhteisiä pelisääntöjä noudattavia tahoja ei juuri ole. Tähän vaikuttaa osaltaan oikeudenalan pienuus, monimutkaisuus ja oikeudenhaltijatahon vakiintunut asema.¹²⁵

¹¹⁸ Mylly 2013; Savola 2013b s. 51, 63, 65–66; Levin 2012 s. 147–150, 155–156; Oesch 2009 s. 16–17.

¹¹⁹ Näin erityisesti esimerkiksi Musiikkituottajat IFPI (OKM 2013:13 s. 37). Yksityiset intressit olivat myös hyvin vahvasti kansainvälisen TRIPS-sopimuksen taustalla (Sell 2003 s. 7, 99).

¹²⁰ Ks. Oesch 2009 s. 16–17.

¹²¹ Vastaavasti esimerkiksi TRIPS-sopimuksen valmistelussa menestymisen syyksi on katsottu oikeudenhaltijoiden taloudellisten resurssien lisäksi useiden eri kanavien hyödyntäminen, IPR-asioiden vahva osaaminen ja tiedollinen ylivoima, jolla monimutkaiset asiat voitiin muokata poliittiseen diskurssiin sopiviksi (Sell 2003 s. 8; Haunss – Kohlmorgen 2009 s. 107–109).

¹²² Ylhäinen 2010 s. 159–162; Bourdieu – Wacquant 1995 s. 36–39, 125–129; Bourdieu 1987 s. 808–809, 823–825.

¹²³ Tämä voisi olla yksi tapa tasapainottaa eri intressien välisiä neuvotteluja, ks. alaviite 87.

¹²⁴ Vrt. esim. EFFI ry:n toiminta luvussa 4.2.2.

¹²⁵ Molemmipuolisista ongelmista dialogissa ks. Yu 2011 s. 884: ”Although both sides

Harvoilla muilla kuin oikeudenhaltijoilla on mahdollisuutta ylläpitää tekijänoikeudellista erityisasiantuntemusta. Avoin kamppailu tällaista ”Goljattia” vastaan vaatisi monipuolisia ja laajoja resursseja, pitkäjänteisyyttä ja rohkeutta. Niin ikään kansainväliset velvoitteet ovat niin laajoja, että kansallisessa lainsäädännössä ja vaikuttamisessa vapausasteita on monilta osin niukasti. Kansallisella tasolla toimivien vastapuolten (esim. EFFI) turhautuminen voi olla heijastumaa myös tästä johtuvasta voimattomuudesta. Siinä mielessä on ymmärrettävää, että jotkin tahot haluavat toimia ainakin osittain popularisoinnin tai sissisodan hengessä eivätkä lainsäädäntökentällä. Vastaavasti oikeustieteilijöiden käymä keskustelu on Suomessa kohtalaisen vähäistä ja lainvalmistelu näyttää etäännyneen siitä: vaikka huomionarvoista keskustelua käytäisiinkin, se ei juuri heijastu lainvalmisteluun. Toisaalta myös oikeudenhaltijoiden vaikuttamistoiminnan kulmakivenä hyödynnetään omia tutkimuksia ja lähtökohtia, jotka eivät useinkaan kestäisi tieteellistä tarkastelua.¹²⁶ On niin ikään ymmärrettävää, jos muilla ja erityisesti oikeustieteilijöillä ei ole kiinnostusta osallistua tällaiseen politikointiin tai mediapeliin.

4.3.2 Oikeudenhaltijoiden yhtenäisyys ja vallan kierre

Tekijöiden, tekijänoikeusteollisuuden ja etujärjestöjen näkemykset ja edut voivat olla ristiriidassa keskenään, ja yleisesti ottaen sisäinen valtakamppailu on väistämätöntä.¹²⁷ Tässä artikkelissa tarkasteltavissa asioissa suhtautuminen on kuitenkin ollut poikkeuksellisen yhtenäistä, toisin kuin eräillä muilla tekijänoikeuden sektoreilla. Näissä asioissa operaattorit ovat myös vastavoimana oikeudenhaltijoille. Tavanomaisesti poliittisesti yhtenäinen tekijänoikeusteollisuus on kerännyt voittoja hajanaisen yleisön kustannuksella.¹²⁸

Valtaapitävillä on taipumus varmistaa, että ne pysyvät vallassa jatkossakin. Eturyhmien valtapositiio voikin johtaa ns. sääntelyloukkuun, jossa jonkin yksittäisen ryhmän etuja suosivalla sääntelyllä on taipumus jatkossakin

have advanced a wide variety of arguments to support their positions, each side has yet to convince the other; oftentimes they *talk past, rather than to, each other*. The resulting *debate is highly polarized and emotion-laden*” (kursiivi lisätty, lähdeviittaukset poistettu).

¹²⁶ Ks. esim. alaviite 133. Vastaavasti intressit puetaan legalistis-teknisten argumenttien taakse, joista ”tunnetusti paras on vetoaminen ’oikeussuojaan’” (*Koulu* 2004 s. 7). Kyseenalaisesti laadittujen tilasto- ym. tietojen välittämisestä lainvalmistelijalle ks. *Farrand* 2014 s. 115, 119. Politiisoiminen ja popularisointi näyttää olleen tehokas keino vastustaa muutoksia (ks. alaviite 129), kun akateeminen kritiikki jää usein merkityksettömäksi (*Farrand* 2014 s. 162, 175).

¹²⁷ *Mylly* 2013; *Pakarinen* 2012 s. 85.

¹²⁸ *Kellomäki* 2010 s. 67–68. Vastaavasti vastapuolten hajanaisuudesta enforcement-direktiiviä säädettäessä ks. *Farrand* 2014 s. 127; *Haunss – Kohlmorgen* 2010 s. 257.

suosia kyseistä ryhmää. Intressiryhmän menestystä lainvalmistelukamppailuissa on todettu parantavan muun muassa ryhmän yhtenäisyys, kilpailijoiden puute, hyvät taloudelliset resurssit, ryhmän jäsenten kuuluminen keski- ja yläluokkaan, oman alan uudistuksen ajaminen, osittaisuudistuksen ajaminen, vähäinen medianäkyvyys, vallitsevan oikeustilan puolustaminen ja yhteiskunnallisilla uhilla pelotteleminen.¹²⁹

Tällä tekijänoikeuden osa-alueella useimmat edellä mainitut kriteerit täyttyvät: oikeudenhaltijat ovat äärimmäisen yhtenäinen ryhmä, mutta toisaalta operaattorit toimivat osittaisena, vaikkakin merkittävästi heikompana vastavoimana.¹³⁰ Järjestöillä on hyvät taloudelliset resurssit vaikuttamiseen, ja osittaisuudistukset kohdistuvat omaan fokusoituun alaan. Toiminnan perusteet ovat vallitsevan oikeustilan mukaisia, ja laajennuksia esitettäessä vedotaan siihen, kuinka aiemmat keinot eivät ole olleet riittäviä loukkausten torjumisessa. Useimpien uudistusten näkyvyys valtamedioissa on ollut viime aikoja lukuun ottamatta vähäinen.¹³¹ Kantoja perustellaan usein oikeudenloukkausten aiheuttamalla merkittäväällä yhteiskunnallisilla taloudellisilla tappioilla ja esimerkiksi taiteilijoiden toimeentulon vaarantumisella¹³², vaikka tosiasiallisesti loukkausten taloudellinen merkitys on alle 0,1 % BKT:sta.¹³³ Tekijänoikeusalan tappiot eivät kuvasta yhteiskunnallista vaikutusta kokonaisuudessaan.¹³⁴ Lisäksi taloudelliset vaikutukset vähenevät olennaisesti vain jos laitton toiminta loppuu kokonaan, eikä esimerkiksi vertaisverkkokäyttö vain siirry toiselle sivustolle.¹³⁵ Toivotut vaikutukset eivät olekaan toteutuneet.¹³⁶ Toteutumista esitetyillä uusilla tai tehostetuilla keinoilla ei voi myöskään pitää realistisena.

¹²⁹ *Pakarinen* 2012 s. 49–50 viitteinen. Vastaavasti tekijänoikeudessa hankkeet ovat menneet läpi kun ne tehty kaikessa hiljaisuudessa (ks. *Culpepper* 2011); vastarinta muutoksia kohtaan on ollut tehokkainta silloin, kun asia on saatu popularisoitua valtamediaa kiinnostavalla tavalla (*Farrand* 2014 s. 9, 17, 198).

¹³⁰ On olemassa myös kansainvälisesti vahvoja välittäjätahoja, kuten Google.

¹³¹ Viime aikojen uutisoinnista ks. esim. *Koistinen* 2013a; *Koistinen* 2013b; *Peltomäki* 2013b; *Sorjanen* 2014.

¹³² Esimerkiksi luovan työn tekijöiden ja yrittäjien projektin teettämän selvityksen mukaan luvattomien tiedostojen levittämisen on arvioitu aiheuttaneen vuonna 2009 noin 350 miljoonan euron menetykset sekä yhteiskunnallisia vahinkoja (OKM 2012:2 s. 36–37). Ongelman vakavuutta on korostettu myös muuten (ibid. ja SiVM 10/2010 vp s. 8).

¹³³ *Hargreaves* 2011 s. 73–74. Edellisen alaviitteen tutkimusten luvut ovat metodologisesti kyseenalaisia ja tulokset epäluotettavia (ibid.). Tekijänoikeusalojen osuus BKT:sta (eri arvioissa noin 2–4 %) on vähemmän relevantti mittari. Vastaavasti ks. esim. *Yu* 2011 s. 918–923. Yleisesti ks. esim. *Collier* 2014.

¹³⁴ *Patry* 2011 s. 67–70; *Kellomäki* 2010 s. 67–68.

¹³⁵ OKM 2013:13 s. 26, 135. Siirtyminen toisille sivustoille ja estojen kiertäminen on havaittu merkittäviksi tekijöiksi tehottomuuteen, ks. *Poort ym.* 2014 s. 396.

¹³⁶ OKM 2013:13 s. 121.

4.3.3 Henkilöiden sitoutuminen tekijänoikeusideologiaan

Sivistysvaliokunta on todennut, että ”tekijänoikeuslainsäädäntöön perehtyneiden asiantuntijoiden on heidän kertomansa mukaan osin vaikea saada selkoa lain sisällöstä”.¹³⁷ Tekijänoikeuden monimutkaisuuden vuoksi sitä on myös toisen alan juristien vaikea hallita. Työryhmiin osallistuvilla onkin usein työhistoriaa tai muuta taustaa tekijänoikeuden alalta.¹³⁸ Tällaisen ”vihkiytymisen” tosiasiallinen edellyttäminen aiheuttaa sisäänpäin lämpiämistä ja ”hajuaistin turtumista”.¹³⁹ Se voi myös johtaa siihen, että tekijänoikeuden suojaamisen vahvistamista pidetään itsestäänselvyytenä (doksana).

Niin tekijänoikeudessa kuin IPR-asioissa yleensäkin työpaikkoja on lähinnä oikeudenhaltijoilla ja niitä palvelevissa asianajotoimistoissa.¹⁴⁰ Tekijänoikeuden ala on varsin kapea. Voidaan arvioida, että noin 1 % lakimiehistä on erikoistunut tekijänoikeuteen.¹⁴¹

Oikeustieteessä tekijänoikeuteen kohdistuvia kriittisimpiä puheenvuoroja kuullaan pääosin toisen oikeudenalan piiristä ja yleisemmin alasta taloudellisesti tai muuten riippumattomilta tahoilta.¹⁴² Vihkiytymättömät henkilöt ja lausunnot voidaan pyrkiä bourdieulaisittain rajaamaan kentän ulkopuolelle esimerkiksi ”ymmärtämättömyytenä”.¹⁴³

¹³⁷ Sivistysvaliokunnan kirje opetusministeriölle 18.2.2003 (*Välimäki*, LM 2004 s. 255). Vastaavasti kansainvälisesti ks. alaviite 102. Samansuuntaisesti ja vielä pidemmälle mennessä esimerkiksi *Herkko Hietanen*: ”Poikkeuksiin tehdyt poikkeukset ja loputtomat pykäläen ja kansainvälisten sopimusten ristiinviitaukset pitävät huolen siitä, että Suomessa on alle viisi ihmistä, jotka hallitsevat monimutkaisen tekijänoikeuslainsäädännön kokonaisuudessaan.” (*Sorjanen* 2014.). Vastaavasti ks. *Farrand* 2014 s. 2–3.

¹³⁸ Ks. luku 3.2 ja erityisesti alaviite 63.

¹³⁹ *Mylly* 2013.

¹⁴⁰ Oikeudenhaltijoita lähellä olevilta tekijänoikeuslakimiehiltä eli alan ”ylipapistolta” (ks. alaviite 102) ei voi juuri odottaa kriittisiä kannanottoja.

¹⁴¹ Ääriesimerkistä ”alle viisi ihmistä” ks. alaviite 137. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnassa suoritettiin vuonna 2013 259 OTM-tutkintoa (Tiedekuntaneuvoston pöytäkirja 28.1.2014 s. 4). E-thesis-palvelusta löytyy vuodelle 2013 kirjattuja sähköisiä tiivistelmiä tai kokotekstejä 229 kpl. Vastaavasti kirjaston tietokantojen päivitys oli vielä tätä kirjoittaessa kesken ja sieltä tutkielmia löytyi 209 kpl. Näistä tekijänoikeuteen liittyviä eri haku- ja asiasanoilla etsittäessä oli viisi. Vuodelta 2012 tutkielmia löytyi vastaavasti kaksi ja vuodelta 2011 kaksi. Varsinkin vain paperimuodossa olevia tutkielmia on varmasti jäänyt huomaamatta. Vastaavasti oikeustieteen tohtorin tutkinnon suoritusoikeuksia oli 7.3.2014 myönnetty yhteensä 428 henkilölle. Näistä 67:n pääaine on kauppaoikeus ja neljän pääteema on tekijänoikeus. Muissa pääaineissa on myös muutama tekijänoikeuteen kiinteästi liittyvä tutkimus. Havainnot lienevät kansallisesti edustavia. Luultavaa on, että myöhemmissä uravaiheissa tapahtuu huomattavasti enemmän siirtymistä toisille aloille ja yleisempiin juridisiin tehtäviin kuin kynnyksen ylittävää sisääntuloa. Näistä saadaan arvio korkeintaan 1–2 %:n erikoistumisesta.

¹⁴² Esim. *Mylly* 2013; *Mylly ym.* (toim.) 2007 erit. *Lavapuron* artikkeli; *Mylly*, LM 2004; *Välimäki*, LM 2004; *Koillinen – Lavapuro* 2002.

¹⁴³ *Mylly* 2013 vrt. siinä viitattu *Oeschin* Järkeä tekijänoikeuslakiin -aloitteeseen kohdistama

Henkilökiertoa tapahtuu erityisesti OKM:n, oikeudenhaltijoiden ja niitä tukevien asianajotoimistojen välillä.¹⁴⁴ Tutkijoiden työllistymismahdollisuudet muualla rajoittuvat yksittäisiin paikkoihin ja vaihtoehdoksi jää siirtyminen toisiin tai yleisempiin juridiikan alan tehtäviin. Näillä seikoilla näyttää olevan vaikutusta alan toimijoiden tekijänoikeusideologian ja habituksen muotoutumiseen. Pienen alan sisältä käsin ei ole myöskään viisasta vähentää tekijänoikeuskentän painoarvoa ja vaikuttavuutta äänekkäillä puheenvuoroilla. Kansallisesti alalla vallitseekin sisäinen pidättyväisyys ja kritiikin kohdentamattomuus.¹⁴⁵

4.3.4 Kamppailun päämäärät

Mistä kamppaillaan tai bourdieulaisittain mihin lainsäädäntökentällä saavutettua pääomaa (vaikutusvaltaa) hyödynnetään? Kansainvälisesti oikeudenhaltijat ovat nähneet estomääräykset periaatteellisesti tärkeänä asiana, vaikka verkkoon päätyneessä sisäisessä esityksessä niiden myönnettiinkin olevan tehottomia loukkausten torjunnassa.¹⁴⁶ Vastaavasti varoituskirjennettelyiden tehokkuus on kansainvälisissä tutkimuksissa jäänyt epäselväksi tai jopa osoittamatta.¹⁴⁷ Kun estojen tehokkuus on kyseenalainen¹⁴⁸, ja niitä halutaan toteuttaa satojen tuhansien eurojen kustannuksista huolimatta,¹⁴⁹ oikeudenhaltijoiden päämääränä on ilmeisesti edistää vahvaa tekijänoikeusideologiaa tiukentamalla lainsäädäntöä, lisäämällä keinoja ja tuottamalla

puheenvuoro.

¹⁴⁴ Esimerkiksi OKM:n johtaja *Jukka Liedes* toimi ennen virkamiesuraa vuosina 1970–1980 muun ohella Gramexissa ja sen hallituksen puheenjohtajana. Lisäksi hän on toiminut kymmeniä vuosia muun muassa (oikeudenhaltijoiden kansoittaman) Suomen tekijänoikeudellisen yhdistyksen hallituksen puheenjohtajana, kansainvälisen ALAI-tekijäryhmän Suomesta raportoivana toimenpanevan komitean jäsenenä ja lukuisissa muissa vastaavissa tehtävissä. Asianajaja *Pekka Tarkela* toimi ennen asianajotoimisto Boreniukselle siirtymistään viiden vuoden ajan opetusministeriössä. Viestinnän keskusliiton *Satu Kangas* toimi 16 vuotta Teoston ja sitä ennen neljä vuotta opetusministeriön palveluksessa. Asianajotoimisto Procopé & Hornborgin *Lauri Rechartd* toimii myös Musiikkituottajien toiminnanjohtajana. Hänen koko työhistoriansa koostuu toimimisesta tekijänoikeusjärjestöissä (Musiikkituottajat ja Gramex) tai niiden lukuun. Teoston *Martti Kivistö* on toiminut koko uransa tekijänoikeusjärjestöissä, muun muassa Kopiostossa ja TTVK:ssa. (Lakimiesmatrikkeli 2014.)

¹⁴⁵ Kansainvälisesti oikeustieteessä kritiikkiä ja vaikuttamista esiintyy huomattavasti enemmän, jopa valtaosin. Ks. esim. European Copyright Society 2013 vrt. ALAI report and opinion 2013. Keskustelu näistä on jatkunut oikeuskirjallisuudessa. Aiemmasta oikeustieteellisestä direktiiveihin kohdistetusta kritiikistä ks. esim. *Farrand* 2014 s. 41–42, 46, 162 viitteinen.

¹⁴⁶ *TorrentFreak* 2012.

¹⁴⁷ OKM 2013:13 s. 133–134; *Giblin* 2014 s. 183 ss.

¹⁴⁸ *Poort ym.* 2014; *Savola*, OTJP 2013 s. 195–196.

¹⁴⁹ *Savola* 2013b s. 63.

uusia oikeudellisia tulkintoja.¹⁵⁰ Tämä myös pönkittää niiden vaikutusvaltaa. Mikäli keinot hyväksytään, voidaan kehittää uusia, tehokkaampia keinoja tai uusia kohteita. Jos vaatimukset hylätään, tätä voidaan käyttää argumenttina oikeussuojan heikkoudelle ja tarpeelle korjata lainsäädäntöä.¹⁵¹

Käyttäjiin tunnistamistietojen luovuttamisen kautta kohdistettujen toimien tavoitteena ei ole korvausten saaminen. Tarkoituksena on käydä julkisuus- ja mielikuvavasotaa: nostamalla pelotetta kiinnijäämisestä pyritään saamaan ihmiset ajattelemaan, ettei piratismi kannata.¹⁵² Reagointia on perusteltu siten, ettei piratismia voi katsoa läpi sormien, sillä se kävisi liian kalliiksi. Etujärjestön toiminta-ajatus onkin ”jotain meidän täytyy tehdä”.¹⁵³ Toisaalta on kysyttävä, onko tämä ”jotain” yhteiskunnan kannalta tehokasta, tarpeellista ja oikeutettua.¹⁵⁴ Tämä pätee myös näillä motiiveilla esitettyihin lainsäädäntöehdotuksiin. Ehdotusten poliittinen uskottavuus ja tarve edellyttänevät myös aktiivisuutta täytäntöönpanokeinojen käytössä. On kuitenkin syytä tarkastella kriittisesti sitä, kuinka pitkälle meneviä ja millä perusteilla esitettyjä täytäntöönpanokeinoja hyväksytään.

Operaattoreihin kohdistuvilla keinoilla pyritään vastuuttamaan operaattorit piratismiin estotoimiin. Oikeudenhaltijoille olisi hyödyllistä lisätä nimenomaan operaattoreiden kustannuksella toteutettavia keinoja, koska tämän jälkeen ”kaltevaa pintaa” pitkin niitä voidaan myöhemmin syventää ja lisätä; kutakin yksittäistä pientä muutosta voi olla vaikea vastustaa.¹⁵⁵ Kustannuskysymyksellä on näin ollen myös suuri periaatteellinen merkitys kummallekin osapuolelle. Kansainvälisesti hakukoneyhtiöt ja tallennuspalvelut ovat joutuneet ottamaan käyttöön yhä moninaisempia keinoja, mutta toistaiseksi internet-yhteydentarjoajat ovat perustellusti välttyneet niiltä.¹⁵⁶

¹⁵⁰ Savola 2013b s. 65.

¹⁵¹ Ks. esim. Savola 2013b s. 51 ja esitetyt laajennukset luvussa 4.2.3.

¹⁵² OKM 2013:13 s. 14–15, 42–43; Koistinen 2013b.

¹⁵³ Koistinen 2013a. Vastaavasti aiemmin The Pirate Bay -palveluun liittyen *Beaumont* 2009: ”Given that such legal action does not appear to be producing the desired effect of stemming the tide of copyrighted material, it begs the question as to why the industry continues to fight these battles in court. Mark Mulligan [Analyst with Forrester Research] believes that the answer is quite simply because it has to be seen to be doing something. [...] Writing in his blog: ‘If the music industry isn’t seeing to be taking action then it effectively turns on a green light to the illegal sector.’”

¹⁵⁴ Mm. symbolisen tekijänoikeusvalvonnan legitimitietistä suhteellisuusarvioinnissa ks. Savola 2014.

¹⁵⁵ Yksittäisillä sinänsä perusteltavilla laajennuksilla voidaan päätyä lopulta kokonaisuutena hyväksymättömään lopputulokseen (*Schellekens* 2011). Vastaavasti riskistä laajentumiseen muille kuin immateriaalioikeuden aloille ks. *Pihlajarinne* 2012 s. 150.

¹⁵⁶ Ks. esim. OKM 2013:13 s. 47–48. Yhteydentarjoajien vastuu- ja toimintavapaus (SähköKL 13 §) on esimerkiksi tallennusvälittäjiä laajempi (15–16, 20 §).

Vastaavasti operaattorit vastustavat teknisesti ongelmallisia tai kohdistamisen osalta epämääräisiä keinoja ja erityisesti kustannuksia. Kyse on siitä, missä määrin operaattorin tulisi edistää oikeudenhaltijan liiketoiminnallisia intressejä.¹⁵⁷ Tämä johtaisi keinotteluun, koska oikeudenhaltijoiden intressissä olisi yhä vain laajentaa keinoja. Toisaalta tulisi varmistaa, että operaattorille korvattavat kustannukset ovat todellisia, kohtuullisia ja perustuvat oikeudenhaltijoiden tarpeisiin.

Täyden kuluvaluun malli edistäisi sopimista vastakkainasettelun asemesta. Oikeudenhaltijat voisivat itse kontrolloida keinojen käyttöä ja kohdentamista eikä niiden myöskään kannattaisi ehdottaa uusia keinoja, elleivät ne olisi valmiita niitä kustantamaan.¹⁵⁸ Kuluvaluun varmistaa, että keinoja esitetään ja käytetään järkevästi.¹⁵⁹ Lisäksi myös tehokkaammat keinot ovat mahdollisia, jos intressi on riittävä. Intressi punnitsisi oikeudenhaltijan uskoa keinojen tehokkuuteen ja vaikutukseen suhteessa niistä aiheutuviin kustannuksiin. Kyse onkin pohjimmiltaan siitä, kenen tulisi kantaa riski keinojen tehostumisesta. Koska oikeudenhaltijat saavat väitetyt hyödyt keinoista, olisi perusteltua katsoa, että niiden tulee myös kantaa tähän liittyvä riski.¹⁶⁰ Kovin kestävää ei olisi se, että riskit ja kustannukset ulkoistetaan internet-operaattoreille, mutta mahdolliset hyödyt kerätään itselle.

5 LOPUKSI

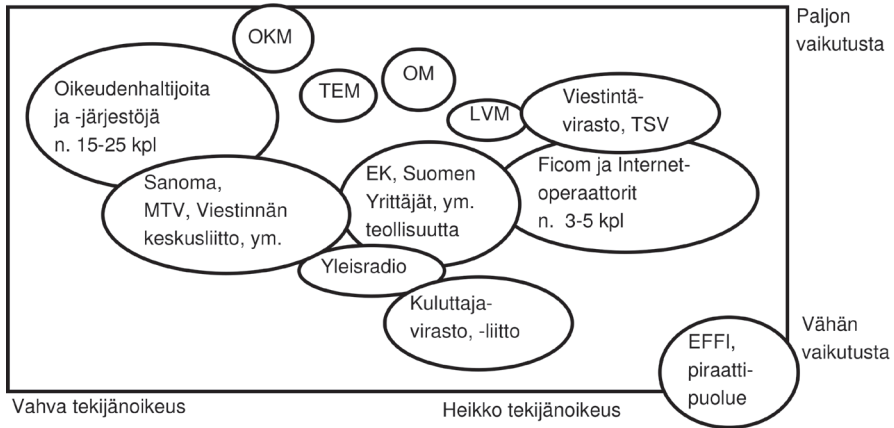
Kaaviossa 1 on hahmoteltu edellisen luvun analyysin perusteella kentän toimijoita ja niiden suhteellisia valta-asemia. Vaaka-akselilla on kuvattu suhtautumista tekijänoikeuteen ja pystyakselilla vaikutusvaltaa kamppailussa. Tällä tekijänoikeuden sektorilla yhtenäisiä oikeudenhaltijoilla on vastavoimia – vaikkakin hajanaisia – tavallista enemmän. Varsinkin vaikutusvalta on vaikeasti mitattavissa. Arviot ovat näin ollen subjektiivisia ja korkeintaan suuntaa antavia.

¹⁵⁷ Vastaavasti ks. LaVL 5/2005 vp s. 9. Sinänsä yhteisiäkin intressejä on, sillä monilla operaattoreilla on esimerkiksi lisäpalveluita, jotka kärsivät piratismista.

¹⁵⁸ Kirjemenettely on esimerkki tehostumisesta valmistelussa. Voimavaroja tuhlataan, jos perustavista kysymyksistä (kustannusten määrä, kohdentuminen ja maksuhalukkuus) ei – mielellään jo esivalmistelussa – ole päästy yhteisymmärrykseen. Ks. myös alaviite 32. Vrt. Isossa-Britanniassa on useamman vuoden kestäneen valmistelun jälkeen päädytty malliin, jossa oikeudenhaltijat maksavat operaattoreille 75 % kirjemenettelyn perustamiskustannuksista ja korvausta järjestelmän operoimisesta (TorrentFreak 2014).

¹⁵⁹ Täysi kuluvaluun tunnistamistietojen luovuttamisesta on nimenomaisesti tarkoitettu suuntaamaan toimia tarkoituksenmukaisiin tapauksiin (LaVL 5/2005 vp s. 9).

¹⁶⁰ Ks. *Pihlajarinne* 2012 s. 147; *Savola*, OTJP 2013 s. 199.



Kaavio 1. Kentän toimijoiden positiot ja valtasuhteet.

Laajapohjaiset ja oikeudenhaltijoista muodostuneet valmisteluelimet näyttävät tulleen tiensä päähän ja lainvalmistelu siirtyneen enemmän virkatyönä tehtäväksi. Tämä ei ole täysin toivottava kehityspiirre, sillä lainvalmistelun laatu kärsii. Parempi olisi käyttää laajemmin neutraaleja asiantuntijoita ja tasapainottaa edustusta valmisteluelimissä. Niissä asioissa, joissa oikeudenhaltijat ovat yksimielisiä, 1–2 yhteistä edustajaa riittäisi tehokkaan työryhmän toimintaan. Jää nähtäväksi, onko viranomaisvalmistelussa kyse vain väliaikaisesta ilmiöstä vai laajemmasta muutoksesta – tai enteileekö se suppeampien asiantuntijapainotteisten valmisteluelinten paluuta. Niin ikään tieteellisten asiantuntijoiden kuulemisen vähäisyys on merkille pantavaa. Myös erimielisyyden hallinnointiin olisi toivottavaa saada läpinäkyvyyttä ja määrälliset lausuntojen arviointikriteerit tulisi eksplisiittisesti hylätä. Lainvalmistelijan rooli etenkin virkatyönä tehtävässä valmistelussa onkin hyvin merkittävä ja siihen tulisi kiinnittää huomiota.

Lainvalmistelijoiden kriittisyys eturyhmiltä tulevia paineita vastaan olisi vahvan poliittisen ohjauksen ohella ainoa tapa muidenkin intressien laajaan huomioimiseen ja tasapainoiseen sääntelyyn. Tämä olisi tiettyyn pisteeseen asti tavoiteltavaa myös kansantaloudellisesta näkökulmasta.¹⁶¹ Poliittinen ohjaus voi kuitenkin vaihtaa suuntaa nopeasti. *Jyrki Kataisen* hallitusohjelman mukaan lainsäädäntöä on kehitettävä ja sen täytäntöönpano tehostettava. Tämä johti loppuvuonna 2013 puolentoista vuoden hiljai-

¹⁶¹ *Kellomäki* 2010 s. 65 ss. *Farrand* siteeraa tekijänoikeuden tutkijoiden yhä enenevässä määrin kriittistä konsensusta (2014 s. 50): ”In today’s copyright culture, more than ever, legislators are no longer the primary arbiters of public policy. Instead, they are hostages of strong lobby groups whose interests usually prevail over those of the general public.” (*Zemer* 2006 s. 140.).

selon jälkeen kiireiseen valmisteluun.¹⁶² Toisaalta hallitusohjelma sinänsä toteutuisi varsin pienelläkin muutoksella. Hallituksen esityksen antaminen laajasta muutospaketista¹⁶³ oli epärealistisesti aikataulutettu toukokuulle 2014.¹⁶⁴ Tätä kirjoittaessa kesäkuussa 2014 tämä ei ollut vielä toteutunut, ja epäselvää on, ehditäänkö esitystä käsitellä tällä eduskuntakaudella.

Havainnot eturyhmien välisistä kamppailuista sekä lainvalmistelijan roolista voidaan selittää niin lainsäädäntökenttään sovelletun *Bourdieu*n valtateorian kuin kriittisen lainsäädäntöteorian avulla. Viitekehykset tarjosivat toisiaan tukevaa teoreettista kiinnikettä havainnoille. Lainsäädäntöteoria toi esille muun muassa epärationaalisuuden ja tässä pohjimmiltaan konkretisoituneen erimielisyyden hallinnon ongelman. Pääoma ja kentän osallistujien rajaaminen selittivät tekijänoikeuden eksklusiivisuutta. *Bourdieu*n viitekehys ohjasi tutkimusta kamppailun päämääriin sekä toimijatahojen ja henkilöiden tarkkaan selvittämiseen. Kritiikin henkilöitymisen välttämiseksi tässä ei ole kuitenkaan arvuuteltu esimerkiksi henkilöiden asennoitumista, kytköksiä ja ministeriön valmistelutoimia. Tässä mielessä teoriasta ei otettu kaikkea irti. Tämä antaisi myös mahdollisuuksia jatko-tutkimuksille.

¹⁶² Hallitusohjelmakirjaus ja kulttuuriministerin toimeksianto 7.10.2013, ks. OKM 2013:13 s. 132, 138. Aiemmin toimikunnan mietinnöstä (OKM 2012:2) annetut lausunnot eivät johtaneet konkreettisiin toimenpiteisiin.

¹⁶³ Lakiehdotus sisältäisi myös sellaisia muutoksia, joita ei ole tässä käsitelty.

¹⁶⁴ Valtioneuvoston kanslia 2014 s. 21. Erikoista on, ettei perustuslakivaliokunnan arviota katsota tarvittavan.

LÄHTEET

Kirjallisuus

- Ahtonen, Riitta – Keinänen, Anssi*: Sidosryhmien vaikuttaminen lainvalmisteluun – empiirinen analyysi valiokuntakuulemisesta. Referee-artikkeli. Edilex 2012/5.
- Bourdieu, Pierre*: The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field. The Hastings Law Journal 1987, s. 805–853.
- Bourdieu, Pierre*: Rethinking the State: Genesis and Structure of the Bureaucratic Field. Sociological Theory 1994, s. 1–18.
- Bourdieu, Pierre – Wacquant, Loïc J.D.*: Refleksiiviseen sosiologiaan. Joensuu University Press. 1995.
- Bouwen, Pieter*: Corporate lobbying in the European Union: the logic of access. Journal of European Public Policy 2002, s. 365–390.
- Bouwen, Pieter – McCown, Margaret*: Lobbying versus litigation: political and legal strategies of interest representation in the European Union. Journal of European Public Policy 2007, s. 422–443.
- Culpepper, Pepper*: Quiet politics and business power: Corporate control in Europe and Japan. Cambridge University Press 2011.
- Farrand, Benjamin*: Networks of Power in Digital Copyright Law and Policy: Political Salience, Expertise and the Legislative Process. Routledge 2014.
- Giblin, Rebecca*: Evaluating Graduated Response. Columbia Journal of Law & Arts 2014, s. 147–208.
- Hargreaves, Ian*: Digital Opportunity. A Review of Intellectual Property and Growth 2011.
- Haunss, Sebastian – Kohlmorgen, Lars*: Lobbying or politics? Political claims making in IP conflicts. Teoksessa Sebastian Haunss (ed.): Politics of Intellectual Property. Edward Elgard 2009, s. 107–128.
- Haunss, Sebastian – Kohlmorgen, Lars*: Conflicts about intellectual property claims: the role and function of collective action networks. Journal of European Public Policy 2010, s. 242–262.
- Houtsonen, Jarmo*: Oikeus ja yhteiskunta oikeustieteen näkökulmassa ja oikeussosiologisessa vaikutustutkimuksessa. Teoksessa Kaijus Ervasti – Nina Meincke (toim.): Oikeuden tuolla puolen. Talentum 2002, s. 147–179.
- Husovec, Martin*: Injunctions against Innocent Third Parties: The Case of Website Blocking. Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law 2013, s. 116–129.
- Hyvärinen, Anna*: Miten suomalaiset etu- ja kansalaisjärjestöt saavat äänensä kuuluville EU:n päätöksentekoprosessissa? Oikeus 3/2008, s. 365–372.
- Kellomäki, Timo*: Internetpiratismiin hyvinvointivaikutukset. Pro gradu -tutkielma. Kansantaloustiede. Tampereen yliopisto 2010.
- Kohl, Uta*: The rise and rise of online intermediaries in the governance of the Internet and beyond – connectivity intermediaries. International Review of Law, Computers & Technology 2012, s. 185–210.

- Koillinen, Mikael – Lavapuro, Juha*: Tekijänoikeudet tietoyhteiskunnassa perusoikeusnäkökulmasta. Teoksessa Heikki Kulla ym. (toim.): Viestintäoikeus. WSOY 2002, s. 335–355.
- Koulu, Risto*: Immateriaalioikeudet vuoden 2004 konkurssilain valmistelussa. Teoksessa Santtu Turunen (toim.): Immateriaalioikeudet insolvenssimenettelyssä. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja 2004, s. 1–24.
- Levin, Marianne*: A Balanced Approach on Online Enforcement of Copyright. Teoksessa Johan Axhamn (ed.): Copyright in a Borderless Online Environment. Norstedts Juridik 2012, s. 135–172.
- Lim, Pheoh Hoon – Longdin, Louise*: P2P online file sharing: transnational convergence and divergence in balancing stakeholder interests. *European Intellectual Property Review* 2011, s. 690–698.
- Litman, Jessica*: Digital Copyright. Prometheus Books 2001.
- Mylly, Tuomas*: Tekijänoikeuden ideologiat ja myytit. *Lakimies* 2/2004, s. 228–254.
- Mylly, Tuomas*: Intellectual Property and European Economic Constitutional Law: The Trouble with Private Information Power. Publications of IPR University Center 2009.
- Mylly, Tuomas – Lavapuro, Juha – Karo, Marko* (toim.): Tekemisen vapaus: luovuuden ehdot ja tekijänoikeus. Gaudeamus 2007.
- Mähönen, Jukka – Määttä, Kalle*: Uusia näkökulmia oikeustaloustieteeseen. Teoksessa Kaijus Ervasti – Nina Meincke (toim.): Oikeuden tuolla puolen. Talentum 2002, s. 181–204.
- Norrgård, Marcus*: The Role Conferred on the National Judge by Directive 2004/48/EC on the Enforcement of Intellectual Property Rights. *ERA Forum* 4/2005, s. 503–514.
- Norrgård, Marcus*: Varningsbrev på Internet – några kommentarer angående ett aktuellt lagförslag. *JFT* 6/2010, s. 638–650.
- Oesch, Rainer*: Tekijänoikeus, kuluttaja ja Lex Karpela. Teoksessa Rainer Oesch – Hanna Heiskanen – Outi Hyyrynen (toim.): Tekijänoikeus ja digitaalitalous. WSOYpro 2009, s. 3–29.
- Pakarinen, Auri*: Lainvalmistelu vuorovaikutuksena – Analyysi keskeisten etujärjestöjen näkemyksistä lainvalmisteluun osallistumisesta. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 253. 2011.
- Pakarinen, Auri*: Tapaustutkimuksia lainvalmistelun kehittämisestä ja sääntelyn toivuudesta. *Dissertations in Social Sciences and Business Studies. Publications of the University of Eastern Finland* No 42. 2012.
- Patry, William*: How to Fix Copyright. Oxford University Press 2011.
- Pihlajarinne, Taina*: Internetvälittäjä ja tekijänoikeuden loukkaus. *Lakimiesliiton Kustannus* 2012.
- Poort, Joost – Leenheer, Jorna – van der Ham, Jeroen – Dumitru, Cosmin*: Baywatch: Two approaches to measure the effects of blocking access to the Pirate Bay. *Telecommunications Policy* 2014, s. 383–392.
- Rantala, Kati*: Lainvalmistelun laatu hallituksen kärkihankkeissa. Oikeuspoliittisen tutkimuskeskuksen tutkimuksia 255. 2011.
- Savola, Pekka*: Internet-operaattori ja perusoikeudet. *Oikeustiede–Jurisprudentia XLVI:2013*, s. 127–221.

- Savola, Pekka*: Internet-operaattoreihin kohdistetut tekijänoikeudelliset estomääräykset erityisesti vertaisverkkopalvelun osalta. Tekniikan lisensiaattitutkimus, Aalto-yliopisto 2013. (2013a)
- Savola, Pekka*: Tekijänoikeus internetissä – suojaamisen keinot ja strategiat. *Oikeus* 1/2013, s. 49–70. (2013b)
- Savola, Pekka*: Tunnistamistietojen luovuttamismääräykset ja telepakkokeinot. *Lakimies* 5/2013, s. 886–908.
- Savola, Pekka*: Proportionality of Website Blocking: Internet Connectivity Providers as Copyright Enforcers. Julkaistaan *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC)* -lehdessä 2014.
- Schellekens, Maurice*: Liability of Internet Intermediaries: A Slippery Slope? *SCRIPTed* 2011, s. 154–174.
- Sell, Susan K.*: Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights. Cambridge University Press 2003.
- Siiki, Marika*: Tietoyhteiskunnan tekijänoikeusdirektiivin 8 artiklan menettelysääntöjen täytäntöönpano Suomessa. *Defensor Legis* 2009/1, s. 172–185.
- Tala, Jyrki – Rantala, Kati – Pakarinen, Auri*: Paremman sääntelyn kriittinen arviointi – tutkimushanke: kooste keskeisistä tutkimustuloksista. *Verkkokatsauksia* 21/2011. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos.
- Terdiman, Richard*: The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field. Translator’s Introduction. *The Hastings Law Journal* 1987, s. 805–813.
- Tuori, Kaarlo*: Kriittinen oikeuspositivismi. *WSLT* 2000.
- Van Eecke, Patrick*: Online service providers and liability: a plea for a balanced approach. *Common Market Law Review* 2011, s. 1455–1502.
- Välimäki, Mikko*: Ajatuksia tekijänoikeuslainsäädännön uudistamiseksi. *Lakimies* 2/2004, s. 255–273.
- Ylhäinen, Marjo*: Pierre Bourdieu ja oikeuden valta. Teoksessa Toomas Kotkas – Susanna Lindroos-Hovinheimo (toim.): *Yhteiskuntateorioiden oikeus*. Episteme-sarja. Tutkijaliitto 2010, s. 151–190.
- Yu, Peter K.*: Digital Copyright and Confuzzing Rhetoric. *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 2011, s. 881–939.
- Zemer, Phil*: Rethinking copyright alternatives. *International Journal of Law and Information Technology* 2006, s. 137–145.

Virallislähteet

- Hankerekisteri OPM122:00/2005, OPM016:00/2009, OKM001:00/2010, OPM012:00/2010, OKM056:00/2013 (asiakirjat).
- Hankerekisteri OPM012:00/2010, OKM017:00/2012, OKM044:00/2012, OKM037:00/2014 (henkilöt).
- HE 28/2004 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi tekijänoikeuslain ja rikoslain 49 luvun muuttamisesta.
- HE 235/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi tekijänoikeuslain 60 a §:n ja sähköisen viestinnän tietosuojalain muuttamisesta (rauennut).

- HE 124/2012 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle markkinaoikeutta ja oikeudenkäyntiä markkinaoikeudessa koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 73/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi tekijänoikeuslain muuttamisesta ja orpoteosten käyttämisestä.
- LaVL 5/2005 vp. Hallituksen esitys laeiksi tekijänoikeuslain ja rikoslain 49 luvun muuttamisesta (HE 28/2004 vp).
- OKM: Tekijänoikeustoimikunnan mietintö. Ratkaisuja digiajan haasteisiin. OKM:n työryhmämuistioita ja selvityksiä 2012:2.
- OKM: Lausuntotiivistelmä – ratkaisuja digiajan haasteisiin 2012:2, 22.5.2012.
- OKM: Luvattomien verkkojakelun vähentämiskeinojen arviointia. Selvitykset lainvalmistelun tueksi. OKM:n työryhmämuistioita ja selvityksiä 2013:13.
- OPM: Luovien sisältöjen luvaton verkkojakelu. Lainsäädännölliset keinot. OPM:n työryhmämuistioita ja selvityksiä 2009:21.
- OPM: Luovien sisältöjen luvaton verkkojakelu; lainsäädännölliset keinot. Lausuntotiivistelmä. 27.11.2009.
- SiVM 6/2005 vp. Hallituksen esitys laeiksi tekijänoikeuslain ja rikoslain 49 luvun muuttamisesta (HE 28/2004 vp).
- SiVM 11/2010 vp. Valtioneuvoston selonteko kulttuurin tulevaisuudesta (VNS 4/1010 vp).
- SiVM 6/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi tekijänoikeuslain muuttamisesta ja orpoteosten käyttämisestä (HE 73/2013 vp).
- Valtioneuvoston kanslia: Eduskunnalle kevätistuntokaudella 2014 annettavat hallituksen esitykset (30.1.2014)

Verkkolähteet¹⁶⁵

- Association littéraire et artistique internationale (ALAI): Report and opinion on the making available and communication to the public in the internet environment (16.9.2013). – [Http://www.alai.org/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf](http://www.alai.org/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf).
- Beumont, Claudine*: What does The Pirate Bay ruling mean for the web? Technology news. The Telegraph (17.9.2009). – [Http://www.telegraph.co.uk/technology/news/5170684/What-does-The-Pirate-Bay-ruling-mean-for-the-web.html](http://www.telegraph.co.uk/technology/news/5170684/What-does-The-Pirate-Bay-ruling-mean-for-the-web.html).
- Collier, Kevin*: Inside the confusing, contradictory world of Internet piracy studies. The Daily Dot (6.1.2014). – [Http://www.dailydot.com/politics/piracy-studies-contradictory-paid-for/](http://www.dailydot.com/politics/piracy-studies-contradictory-paid-for/).
- European Copyright Society: Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson (15.2.2013). – [Http://www.ivir.nl/news/European_Copyright_Society_Opinion_on_Svensson.pdf](http://www.ivir.nl/news/European_Copyright_Society_Opinion_on_Svensson.pdf).
- Gramex: vuosikertomus 2011. – [Http://www.gramex.fi/index.php?mid=931](http://www.gramex.fi/index.php?mid=931).
- Helsingin yliopisto: E-Thesis -palvelu. Oikeustieteellinen tiedekunta. ”Opinnäytetiivistelmät” ja ”Pro gradut ja vastaavat opinnäytteet”. – [Http://ethesis.helsinki.fi/](http://ethesis.helsinki.fi/). Haettu 13.3.2014.

¹⁶⁵ Verkkolähteissä käyty 5.6.2014 ellei toisin mainittu.

- Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta: OTT-tutkintoa suorittavat opiskelijat (PDF, 7.3.2014). – [Http://www.helsinki.fi/oikeustiede/opiskelu/jatko-opiskelu/jatko-opiskelijat.htm](http://www.helsinki.fi/oikeustiede/opiskelu/jatko-opiskelu/jatko-opiskelijat.htm). Haettu 7.3.2014.
- Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta: 28.1.2014 pidetyn tiedekuntaneuvoston kokouksen 2/2014 pöytäkirja. Saatavilla Helsingin yliopiston sisäverkosta.
- Koistinen, Olavi*: ”Jotain meidän täytyy tehdä”. Helsingin Sanomat (1.6.2013). – [Http://www.hs.fi/tekniikka/a1369978353265](http://www.hs.fi/tekniikka/a1369978353265) (2013a).
- Koistinen, Olavi*: Musiikkiala jahtaa satunnaisesti valittuja piraatteja. Helsingin Sanomat (1.6.2013). – [Http://www.hs.fi/tekniikka/a1369977874691](http://www.hs.fi/tekniikka/a1369977874691) (2013b).
- Lakimiesmatrikkeli: Suomen Lakimiehet. 2014. – [Https://www.lakimiesmatrikkeli.fi/](https://www.lakimiesmatrikkeli.fi/) (edellyttää kirjautumista).
- LYHTY: kulttuuriuutiset.net: jäsenjärjestöt. 2014. – [Http://www.kulttuuri.net/lyhty/ja-senjarjestat](http://www.kulttuuri.net/lyhty/ja-senjarjestat).
- Mylly, Tuomas*: Järkeä tekijänoikeuslakiin. Perustuslakiblogi (14.10.2013). – [Http://perustuslakiblogi.wordpress.com/2013/10/14/tuomas-mylly-jarkea-tekijanoikeuslakiin/](http://perustuslakiblogi.wordpress.com/2013/10/14/tuomas-mylly-jarkea-tekijanoikeuslakiin/).
- OECD: Better Regulation in Europe: Finland 2010. – [Http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/betterregulationineuropefinland.htm](http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/betterregulationineuropefinland.htm).
- OKM: Tapahtumakalenteri – Tekijänoikeusfoorumi 2013 (28.10.2013). – [Http://www.minedu.fi/OPM/Tapahtumakalenteri/2013/10/Tekijanoikeusfoorumi2013.html](http://www.minedu.fi/OPM/Tapahtumakalenteri/2013/10/Tekijanoikeusfoorumi2013.html).
- OKM: Tekijänoikeusasioiden neuvottelukunnan aineistot ja asiakirjat. 2014. – [Http://www.minedu.fi/OPM/Tekijaenoikeus/neuvottelukunta/Aineistot.html](http://www.minedu.fi/OPM/Tekijaenoikeus/neuvottelukunta/Aineistot.html).
- Peltomäki, Tuomas*: HS-selvitys: Heitä eduskunta kuuntelee (28.4.2013). – [Http://www.hs.fi/kotimaa/a1305672825105](http://www.hs.fi/kotimaa/a1305672825105) (2013a).
- Peltomäki, Tuomas*: Lobbarit ajavat tekijänoikeutta. Helsingin Sanomat (5.5.2013). – [Http://www.hs.fi/kotimaa/a1367637318382](http://www.hs.fi/kotimaa/a1367637318382) (2013b).
- Sorjanen, Axa*: Tekijänoikeuksien viidakko hirvittää – edes tuomioistuimet eivät tunne pykälää (30.5.2014). Suomen Kuvalehti 22/2014. – [Http://suomenkuvalehti.fi/jutut/kotimaa/suomalaisia-tekijanoikeuksia-eivat-ymmarra-edes-oikeusistuimet/?shared=42306-a0c7d139-999](http://suomenkuvalehti.fi/jutut/kotimaa/suomalaisia-tekijanoikeuksia-eivat-ymmarra-edes-oikeusistuimet/?shared=42306-a0c7d139-999).
- TorrentFreak: Leaked RIAA Report: SOPA/PIPA ”Ineffective Tool” Against Music Piracy (27.7.2012). – [Http://torrentfreak.com/leaked-riaa-report-sopapipa-ineffective-tool-against-music-piracy-120727/](http://torrentfreak.com/leaked-riaa-report-sopapipa-ineffective-tool-against-music-piracy-120727/).
- TorrentFreak: UK ISPs Agree to Send Out Music & Movie Piracy Warnings (9.5.2014). – [Http://torrentfreak.com/uk-isps-agree-to-send-out-music-movie-piracy-warnings-140509/](http://torrentfreak.com/uk-isps-agree-to-send-out-music-movie-piracy-warnings-140509/).

OIKEUSTAPAUKSET

EY-tuomioistuin C-275/06 *Promusicae* [2008] ECR I-271

EY-tuomioistuin C-557/07 *LSG v Tele2* [2009] ECR I-1227

EU-tuomioistuin C-324/09 *L'Oréal v Ebay* [2011] ECR I-6011

EU-tuomioistuin C-70/10 *Scarlet Extended* [2011] ECR I-11959

EU-tuomioistuin C-314/12 *UPC Telekabel Wien* (27.3.2014)

Helsingin käräjäoikeus 21.12.2004 (04/22468), Helsingin hovioikeus 2.6.2005 (S 05/445):

lopputulosta ei muuteta

Helsingin käräjäoikeus 28.11.2012 (H 12/57279)

LEGISLATIVE POWER STRUGGLE TO EXPAND COPYRIGHT ENFORCEMENT THROUGH INTERNET SERVICE PROVIDERS

This article examines the legislative power struggle where copyright holders pursue adoption and expansion of copyright enforcement mechanisms through Internet connectivity providers. The participants, their positions and power are examined from the legal policy and sociology perspective based on Bourdieu's power and critical legislative theories. Lobbying is prevalent in lawmaking in so-called 'legislative field'. We see that the countless numbers of various copyright stakeholders and representatives have a rather strong position within the field. Internet service providers, industry and users lack coherence and resources to compete with them in equal terms. The goal of right holders appears to be to introduce new means of enforcement and make the existing ones more extensive at the expense of internet service providers. Others criticize inter alia the distribution of expenses, law drafting, and ineffectiveness of the means. They suggest that instead the solution should be to address the problem at its source or by modernizing the business models. It appears that at least for the moment preparatory bodies previously filled with the representatives of right holders are not being used, resorting to the drafting by civil servants. This also implies significant risks to the quality of legislation. Right holders' information power over other participants through supplying data to support their own agenda also tends to result in imbalanced results. In any case, this situation requires attention and critical appraisal from supposedly neutral parties, particularly law drafting officials.

Toni Selkälä

**BUT IN THIS TWILIGHT OUR
CHOICES SEAL OUR FATE:
THE INTERPLAY OF AUTONOMY
AND DIGNITY IN DEFINING
INTERNATIONAL LEGAL RESPONSE
TO THE BEGINNING
OF HUMAN LIFE**

Contents

1	INTRODUCTION.....	253
1.1	Deny thyself.....	253
1.2	It is internationally confusing, I presume.....	254
1.3	Rules of engagement.....	260
2	OF PRAGMATIC UTILITY.....	262
2.1	Introduction.....	262
2.2	Qui in utero est.....	263
2.3	...et in vitro?.....	274
2.4	On pragmatic futility.....	283
3	THE CONSTITUTION OF LIBERTY.....	284
3.1	Introduction.....	284
3.2	An autonomous consent.....	288
3.3	Autonomy and scientific knowledge.....	293
3.4	Human rights, autonomy and biotechnology.....	299
4	REASONABLY DIGNIFIED.....	303
4.1	Introduction.....	303
4.2	Dignitarian crusade.....	305
4.3	Samsaian metamorphosis.....	310
4.4	What is left is but little worth.....	314
5	CONCLUSION.....	317
	BIBLIOGRAPHY.....	322
	LIST OF OFFICIAL DOCUMENTS.....	329
	LIST OF CASES AND COMMUNICATIONS.....	330
	HÄMÄRÄN RAJAMAILLA: KANSAINVÄLISOIKEUDELLISIA POHDINTOJA YKSILÖAUTONOMIASTA JA IHMISARVOSTA SEKÄ NIIDEN MERKITYKSESTÄ ELÄMÄN ALULLE.....	332

But in this Twilight our Choices Seal our Fate: The Interplay of Autonomy and Dignity in Defining International Legal Response to the Beginning of Human Life

1 INTRODUCTION

1.1 Deny thyself

“No!” I said instantly and at once, without hesitating and, virtually, instinctively since it has become quite natural by now that our instincts should act contrary to our instincts, that our counterinstincts, so to say, should act instead of, indeed as, our instincts.¹

It was as if Imre Kertész had described my reaction and instincts, when I first was informed that there was an increased risk for chromosomal trisomy for the unborn child of mine, residing in the womb of my spouse. It is not going to happen to me, a life with a disabled child, I thought. And then, as if the counterinstincts of mine had gone dormant, I realised that what I just had uttered was the very antinomy of how I had taught myself to think that everyone should be entitled to equal respect – a life of dignity and worth. There I was, perplexed. After a moment of introspection I was able to discern a conflict of my own life plan and my perception of what a life with a disabled child would be. My dignity, my autonomy, they were the ones shouting “No!”, whereas the human rights narrative I had grown so fond of remained silent. Together with my spouse we had decided to have an amniocentesis that came with a risk of more than one per cent of miscarriage; the risk for trisomy was only slightly higher, expressed in the common parlance of risk factors reaching the daunting figure of 1:80. In retrospect, when looking at my now almost three-year-old boy, I fail to find any justification for my actions. I showed utter contempt to his prospects of life not because he would face a life of misery, but because I was not willing to accept an additional hindrance to life plans I had set to myself. I am sorry.

¹ Kertész 2010, p. 1.

But to my solace I was not alone, for the life and its margins had become concerns of not only parents-to-be, but for entire fields of scholarly inquiry.² Danes were traveling to Sweden for an abortion simply to have a child of wanted sex;³ the skin colour of a gamete donor was deemed non-discriminatory information for assisted reproduction in Finland⁴ and denying access to pre-implementation embryo diagnosis was a violation of human rights⁵. Rather than being a unique snowflake, my perplexity was an epitome of global mania. Control of our own heredity had grown into a phenomenon, where ordinary people were willing to take extraordinary measures simply to have a life they had imagined worthy. Midst all of these seemingly innocuous news of individuals and their choice, a more traditional international legal narrative was evolving: Third optional protocol⁶ for the Convention on the Rights of the Child (CRC)⁷ was opened for signatories on 28 February 2012. It allows – now that it has reached the needed ten ratifications⁸ – children and those advocating their rights to file complaints to a Committee akin to those in place already in every other core international human rights treaty.⁹ A communications procedure, certainly, fulfils a legal lacuna, yet it, likely, opens the Pandora's Box.

1.2 It is internationally confusing, I presume

From its inception, the CRC has been haunted by a very damning lack of definition as of who are the children entitled to the special protection endowed to every child.¹⁰ The first article of the Convention sets the upper limit but remains silent on the lower, whilst the preamble contains a

² Compare *O'Neill* 2002, p. 1.

³ *Bannor-Kristensen* 2012.

⁴ Constitutional Law Committee, Perustuslakivaliokunnan lausunto 16/2006 vp, 16 May 2006, Parliament of Finland. For a more detailed analysis of the debate and its aftermath, see *Kanckos* 2012. A constitutional analysis of the debate can be found from *Ojanen – Scheinin* 2011.

⁵ *Affaire Costa et Pavan c. Italie* (54270/10), Judgment, 28 August 2012.

⁶ UN General Assembly, Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, 19 December 2011, United Nations, UN Doc. A/RES/66/138.

⁷ UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, p. 3.

⁸ At the time of writing (28 May 2014) there are 45 signatories with 10 parties.

⁹ UN Doc. A/HRC/RES/11/1 (2009), preamble. See also, UN Doc. A/HRC/WG.7/1/CRP.5. For more information on complaints procedure planned for the CRC, see *Langford – Clark* 2010.

¹⁰ See e.g. *Alston* 1990.

direct quotation from an earlier Declaration, whereby children are to be protected even before they are born.¹¹ Logically, then, children ought to be protected before they are born. However, accounts from the negotiations as well as later state practice tell a very different story: there is a limited or a non-existent protection to any of the rights of a child before birth. Rebuttals stating Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)¹² as their authority are not only dogmatic but also illusory.¹³ In a world where most every state puts the life of a woman before that of a foetus, it is a quixotic quest to protect the reading of the few against that of the many. Moreover, even those states establishing life at the moment of conception do not condone a reading where an embryonic life would be absolute.¹⁴ If an embryo (or a foetus, more on that later) were to have a similar standing as children in general do, no one would accept terminating its life simply to save the life of its mother.¹⁵ With such a clouded notion of life and of child, it is an initial hypothesis of the present work that, at some point, a complaint will be filed seeking to clarify the question of the beginning of life. An immediate follow-up to said hypothesis is: how the Committee on the Rights of the Child would answer to such a complaint?

Albeit interesting on its own right, the communications procedure is not the focus of this study. Rather, loci of focus are multifarious national, regional and international responses provided for the beginning of life, whether in form of a court ruling, an ethical recommendation or a convention between state parties. Even though vastly important, the private governance of these matters – especially with regard to biotechnology – is not treated due to restrictions of time and space. In a world of ever more privatised health care and humongous private medical research, the preclusion of private governance is admittedly a *faux pas*, but one taken intentionally. However, in order to provide more than a mere collage of responses, two concepts are employed to classify and structure the work, namely autonomy and dignity. The choice has befallen on these concepts as they are most apt to describe my own bewilderment. Whether they are capable of responding in a cogent fashion to the conundrum posed by the question ‘What is a child?’ remains to be seen. Both autonomy and dignity have a prominent position in traditional human rights narrative, even

¹¹ UN General Assembly, Declaration of the Rights of the Child, 20 November 1959.

¹² United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331.

¹³ Such a reading is suggested by e.g. *Joseph* 2009.

¹⁴ *Economist* 2013.

¹⁵ E.g. where a child would be an ideal heart donor for his mother, no one would argue that the child ought to be sacrificed to save the mother’s life.

though their prominence might be lesser in other, related fields of inquiry of the present study.

Even though a work in the field of international law, I will borrow much from a number of national jurisdictions as well as from fields of law that have no effective international legal regime. As life is – to a mild personal surprise – not a legal but rather a biological fact, there are some obligatory references to life sciences. The life sciences are central not only for purely descriptive use (i.e. how to name a cluster of cells at any given point of human development) but also as a raw material for much of the relevant legal debate, most notably in the field of biolaw. Thus where the traditional beginning of life debate was mostly theological (e.g. presence of a soul in a foetus), philosophical (e.g. consciousness of a foetus) and later medical (e.g. viability of a foetus), the present debate is framed as a particular amalgam of all these aspects with very different rationalities of science and humanities conflicting. Variegated backgrounds lead, in part, to a lack of bright-line rules, wherefore the concepts of autonomy and dignity are applied to provide some clarity where it is found otherwise wanting.

As the multiplicity of domains contributing to the debate of the beginning of life indicates, there is no shortage of prior research in the field. Alone the legal condemnation of, e.g., wilful termination of pregnancy dates to the 12th century in the Occident, and the existence of an abortion as a procedure reaches all the way to the antiquity.¹⁶ Therefore, most of the world's religions have a view as of when a life begins and has had one way before any acclaimed 20th century court proceedings.¹⁷ Similarly, philosophical inquiry has not been limited by the fact that there were no means to observe the life of a developing foetus before mid-1900s. Such studies are an obvious fuel to the present-day debate, but the arguments advanced in them are not visited in the present study. Likewise, the importance of Immanuel Kant's work for the concept of dignity and autonomy and to the universalistic aspirations of modern human rights and international law parlance is unquestioned, but reference to his works is kept to an absolute minimum. Other important, yet discarded influences include, inter alia,

¹⁶ Müller 2012 suggests that even though there are categorical commands against killing to be found from e.g. theological writings, such as, the Bible, the formation of actual criminalization cannot be dated before 12th century without falling into anachronisms, see e.g. pp. 20–22, and, therefore, first 'criminal abortions' could be conducted only starting the twelfth century, see p. 22 ff. in passim. For an account of ancient origins of abortion as a procedure, see e.g. Riddle 1992, pp. 7–8, 46.

¹⁷ Most religions have even had time to alter their stance on abortion during the history. For example, the present day Catholic belief of life commencement at conception can be contrasted to earlier accounts of the Catholic faith whereby life began at either 40 or 80 days after conception, depending from the sex of the foetus. See Riddle, op. cit.

Thomism, Galtonian eugenics and intellectual property law. They all are foundational for many of the arguments espoused, yet hardly referenced in the subsequent chapters.

Even with these extensive limitations, there is no short supply of earlier research, whether on the beginning of life, dignity or autonomy. The beginning of life as a legal question was kindled by the medical advances as well as the open-ended definition of the CRC. However, its existence as a self-standing legal problem was brief, and the debate has now moved, to a great extent, under the auspices of bioethics and biolaw. Nonetheless, some of the accounts from 1980s and early 1990s were used to contextualise the debate, most notably articles by Raimo Lahti¹⁸ and Jane Fortin^{19,20}. Their contribution can be compared to the more recent accounts, such as those by Elizabeth Wicks²¹ and Jeff McMahan²². Both the early accounts as well as the latter ones seek to define, with some accuracy, the moment when the life begins, whilst essentially leaving it open. Lahti calls for reflexive structures to take into account medical development, Fortin and Wicks endorse a brain-development or consciousness argument whereas McMahan is supportive of infanticide under certain conditions. Although but a piecemeal representation of the debate, they fairly accurately indicate the ultimate dilemma faced by the Committee: there is support for the beginning of life at every given point of foetal development, from conception to birth and even beyond.

Nonetheless, most of the earlier and present accounts rely heavily on the medical possibilities as a reasonable boundary when defining the beginning of life. A question of beginning of life is, then, a simple matter of medical prowess; as more is learned from human development and better models from the development of human consciousness emerge, the instant of beginning of life changes. Even though philosophically sound arguments, they are lacking for an international legal response on the matter. First, they all assume that what makes a human a human is consciousness or mental capacity, not genetic constitution. Therefore, a normative lack of consciousness leads to the justification of termination of all forms of life, whether it is someone in persistent vegetative state (PVS)

¹⁸ Lahti 1991.

¹⁹ Fortin 1988.

²⁰ There is also massive early debate on justification of abortion. Much of said debate also reflects on the potentiality argument of human embryo to turn into a human being. Some references to debate held are scattered throughout the study, such as Thomson 1974 and Marquis 1989.

²¹ Wicks 2010.

²² McMahan 2002.

or a small child, not yet meeting the common standards for conscience. Second, screening technologies as well as other medical knowledge and equipment are expected to be similar globally. Even if there is no risk for an abortion conducted in a developed country at 24th week of gestation, it does not imply that abortion ought to be internationally accepted to that point as a measure to protect women, where the opposite might hold true for the majority of pregnant women. And finally, they all take a view that what is possible is also permissible. Although there were no “someone” but “something” terminated at earlier steps of human development, it in no fashion dictates an imperative not to protect that “something”. After all, most would not be too welcoming to an idea of terminating animal pregnancies either simply because we can, thus, arguments for speciesism are not fully convincing.²³

However, the opposition to these medical accounts is hardly convincing either.²⁴ Arguments for the potentiality of an embryo, it belonging to human species or harbouring a soul are as slippery slopes as the medical accounts. The potentiality argument leads to prevention of not only abortion and *in vitro* fertilisation, but also to ban of contraceptives. Human species argument is, indeed, speciesism and even if one would accept a special status of human (e.g. under *Imago Dei* doctrine), it would have to be extended to cover all forms of deprivation of life, whether through capital punishment, protection of others or withdrawal of treatment. An idea of soul is related to a particular world-view, which would be a troublesome basis for a common human condition. After all, not everyone believes in the existence of a soul, and even amongst those who do, there are countless different standards as of when soul is infused to a human being. For example, where the Catholic Church maintains that ensoulment takes place at conception, for the Islamic faith ensoulment occurs first during the fourth month of pregnancy.²⁵ I think that Jeremy Williams has it right that for all but the most extremist participants to the debate, the scope of foetal humanity argument is relevant, not whether there is any kernel of humanity embedded in a foetus at some given gestational moment.²⁶

²³ For example, there is already a full ban of animal testing for products considered mere vessels of vanity in the European Union. European Commission, Full EU ban on animal testing for cosmetics enters into force, 11 March 2013, IP/13/210.

²⁴ See e.g. *Joseph* 2009; *Marquis* 1989.

²⁵ For the Islamic faith, see *Sedgwick* 2006, pp. 101–102. The present stance of the Catholic Church can be read from, *Catechism of the Catholic Church*, paras. 2270–2275.

²⁶ *Williams* 2012, p. 126. Williams uses scope argument vis-à-vis abortion debate, yet it can be equally well extended to cover all beginning of life debate.

To weed out some of the incoherence in the beginning of life debate, as was suggested above, the concepts of dignity and autonomy are used. Yet, much like the beginning of life itself, dignity and autonomy are provided with numerous – often conflicting – explanations. For some they are synonymous,²⁷ for others precedence is to be given to autonomy,²⁸ whilst others argue for the primacy of dignity²⁹. In much of the earlier bioethical research, human dignity has had a prominent position, as it has been underscored as a principle with seminal importance on numerous conventions, recommendations and professional codes relevant to biotechnological research and clinical trials.³⁰ There have likewise been numerous studies promoting autonomy's function as an explanatory principle for much of bioethical and, consequently, beginning of life debate.³¹ It is for these reasons that both of these concepts are chosen and their capacity to explain judicial decision-making explored, leading to the final segment of prior research to be cited.

Whilst there is research aplenty on bioethics and biolaw, there is a surprising scarcity of analysis of relevant case law outside the Anglo-American courts. The European human rights system and its Strasbourg Court has received some attention, but even there predominantly as a narrative to explain national replies provided by chiefly English courts. For example, in Finnish and Swedish legal systems most of the relevant bioethical and biolegal questions are decided in collegial or administrative bodies with a limited transparency. Simultaneously, there have appeared a number of studies precluding the possibility for a common, international standard that would explicate bioethical and biolegal decisions.³² These studies are embracing the value pluralism, whilst simultaneously rejecting it nationally: If a national solution to settle values is possible, also an international solution is possible, albeit any international solution is subject to instability, not

²⁷ *Macklin* 2003 argues that dignity is useless as it simply connotes the same as respect for individual autonomy.

²⁸ *Beauchamp – Childress* 2009. Although authors argue that they do not “imply that [autonomy] principle has moral priority over other principles”, (*ibid.*, p. 99) their account of autonomy leaves fairly little for other principles to settle. Also many a feminist bioethicist give primacy to autonomy, see e.g. *Burrell* 2003.

²⁹ *Andorno* 2009; *Foster* 2011.

³⁰ For literature, see e.g. *Beyleveld – Brownsword* 2001 and *Foster* 2011. From conventions, see e.g. Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (Oviedo Convention) and UNESCO's Universal Declaration on Bioethics and Human Rights.

³¹ See e.g. *O'Neill* 2002 and *Beauchamp – Childress* 2009.

³² See e.g. literature referred in *Hennette-Vauchez* 2009, p. 355.

because of the pluralism, but due to the structure of the international legal regime.³³ After all, many nation states have unprecedented value pluralism and yet the national courts have been capable of developing “common standards”. Moreover, it is not possible for the eventual Committee to reject a complaint simply because it cannot find a moral consensus. And still, even the most remarkable studies of biolaw refer but to a handful of cases that are mostly shared between authors. Some national flavour is introduced every now and then only soon to be forgotten, and the choice of *loci classici* of biolaw is seemingly arbitrary. How come the French dwarf tossing has such a prominence for the dignity literature, whilst at the same time dignity cases from, say, Brazil are categorically ignored and the Japanese account of dignity is only mentioned and its existence is credited to the prominent Western influence on drafting the post-Second World War constitution.

The limited scope of biolegal case law referred to in the legal scholarship has an imminent effect to the cases cited in the present study. Obscure searches for what might be relevant nationally in a legal system I was not familiar with would only merit to a superficial analysis. Further, without any context where to position singular decisions, it would have been a futile and dishonest attempt to expand inquiry to novel territories. Thus, only limited additions to the recurrent corpus of cases are provided in terms of Finnish and, to a lesser extent, Nordic legislation and administrative practice with regard to bioethical questions. As such, the following study represents a rather marginal and mostly Occidental take on the concerns of bioethics and biolaw rather than providing a truly international perspective.

1.3 Rules of engagement

There are still a few clarifications to be made. The vocabulary used, whether unborn, foetus, embryo, zygote, blastocyst or gamete does not imply any moral or medical predilection. Rather, varied terms are used to simply illustrate the multiplicity of terms used to describe essentially similar issues. There is a medical nomenclature providing relatively precise boundaries for the use of different terms, yet even within said nomenclature there are no precise medical or biological conditions that would come to explain transition from one term to another (e.g. the moment when an embryo be-

³³ The structures of international legal system and their instability have been subject to eminent scholarship amid international critical legal scholars. *Loci classici* include, inter alia, Kennedy 1987 and Koskenniemi 1989. See also articles by e.g. Korhonen 1996 and Polat 1999. These themes are for the most part side-lined, though their presence is acknowledged.

comes a foetus is one).³⁴ Nonetheless, as a general rule of thumb, embryo is the preferred term whenever dealing with biotechnological aspects of the question. When reference to a specific kind of cells is made, e.g. totipotent and pluripotent, they are used in the meaning the original source provided them. As for the distinction of a foetus and an unborn, there are none, as they are used interchangeably. It is recognised that ‘unborn’ connotes more heavily than ‘foetus’ for a membership in the human community, but use in what follows subsumes no such bias. Similarly, ovum, egg, sperm, semen and gamete are used interchangeably.³⁵

The terms bioethics, biolaw and biotechnology and their derivatives are all in a constant shift. Thus, any and every attempt to define these with any precision will be outdated to some. It is for these reasons that rather than arguing for novel interpretations or definitions for these terms, a reference is made to their respective Oxford English Dictionary entries. Bioethics is then understood as “discipline dealing with ethical issues relating to the practice of medicine and biology or arising from advances in these subjects”, including also the ethical issues themselves. Biolaw lacks a dictionary definition, but it is customarily – as it is here – used to signify a legal response to bioethical problems. With biotechnology is meant “application of science and technology to practical problems of living; the study of interaction of human beings and technology”. As such, other biotechnological applications (such as biotechnology in agricultural or industrial products) are not entailed in the use of biotechnology at present study. Definitions for other recurring concepts, most notably those for dignity and autonomy, are provided in subsequent chapters.

The study is divided into three chapters followed by conclusions. The first of these provides the solution, as it examines the legal response provided to basic bioethical problems by the legislators and courts around the world. As the solution is not singular but plural, the subsequent two chapters are devoted to concepts considered central at the outset for the classification of the legal response, i.e., autonomy and dignity. Relying on literature and the legal response cited in the first chapter, both the chapter for autonomy and the one for dignity seek to understand the multifarious legal responses through a prism of a singular concept, as a means to provide

³⁴ From the power of the words in the biomedical field, see e.g. *Jasanoff* 2005, chap. 6, where she explores the introduction of the notion of pre-embryo to the ethical debate in the United Kingdom, which came to justify medical operations on these embryos as they were categorized to belong to pre-humanity.

³⁵ As a basic introduction to medical themes of this study, studies in embryology and obstetrics were consulted. For embryology reference was made to *Sadler* 2012, in obstetrics *Collins et al.* 2008.

a common language to seemingly chaotic judicial response. In conclusion, the pretext – third optional protocol for the CRC – for the entire parlance on autonomy and dignity is returned to. Likewise, questions unanswered and ends running loose are unravelled, and, hopefully, answered before concluding with the work to be done.

2 OF PRAGMATIC UTILITY

2.1 Introduction

In the end of Cristian Mungiu's film *4 Months, 3 Weeks and 2 Days*, Otilia is heedlessly running in the dark back alleys, trying to disperse the unwanted foetus of her best friend Găbița. For them and their friendship, the question as of when life begins had become a pressing concern³⁶, as it has become for the vast scholarly literature concerning the life and its margins. The commencement of life is also of concern to a growing body of legal documents of varying pedigree from recommendations of ethics boards to international conventions. Permeating virtually all of these documents is a sense of uncertainty – of blindly stumbling into ordinances of a questionable permanence – where instead of establishing rights the legal documents are enshrining moral codes to justify nonfeasance by the legal community. Much like Otilia, legal scholars, practicing lawyers, and courts are stumbling in the dark with but meagre guidelines as of where to dispose the irksome question of life before birth.

Outcome from the stumble in the dark is a confusing set of legal principles that provide divergent response to the very fundamental question of when life begins. There are countless treaty provisions, innumerable court cases, and even more scholarship seeking to answer it. On the most general level there are few permanent classifications resulting almost always to a different outcome, most important of these being the conception of life *in utero* and *in vitro*. Furthermore, there are significant regional differences in responses as exemplified e.g. by the African Charter of Human Rights³⁷ and the American Convention on Human Rights³⁸. However, past

³⁶ Paraphrasing *Singer* 2012, p. 348 (“Frågan om när livet börjar har blivit högaktuellt.”)

³⁷ Article 14(2)(c) of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Woman in Africa provides that state parties shall take appropriate measures to “protect the reproductive rights of women by authorizing medical abortion...”

³⁸ Article 4 of the American Convention on Human Rights states that the “right [to life] shall be protected by law and, in general, from the moment of conception.”

these categorical differences there are no cogent answers to questions of life before birth. It is entirely seemly for a single jurisdiction to argue both in favour of recognising life for a foetus once it reaches viability and claiming that nothing is lost if a foetus dies at the 36th week of gestation, or, alternatively, to recognise an autonomous control over her body to a woman when deciding on an abortion whilst simultaneously negating agency from the exercise of said autonomy to conduct an illegal abortion. Whereas in the former case there is no independent standing for dignity of a foetus, it is of primordial importance in the latter scenario, albeit facts in both cases are alike.

Chapter is divided into two, *grosso modo*, equal headings following the first significant classification provided above, namely that of emergence of life *in vivo* (or *in utero*) and *in vitro* respectively. The purpose is to describe the legal documents, with further analysis saved for the following two chapters of this work devoted to dignity and autonomy. Subsequent treatment of cases and legal materials makes no claim of being either exhaustive or representative for the global debate on the matter, yet it tries to present the most recurring arguments used in the legal literature concerning the beginning of life through a wide range of legal documents.

2.2 Qui in utero est...

There is nothing particularly modern in recognising rights for a foetus, as right of an unborn to its father's estate dates to the classical Roman law.³⁹ What is characteristically modern, however, is a clash of "child's contingent rights and the mother's personal freedom",⁴⁰ i.e. emergence of an unborn as a subject of some rights *an sich* rather than as a container of future rights for a person-to-be. The extent of rights borne by an unborn is controversial from the vantage point of rights-based constitutionalism as legal personhood is a precondition of rights; as a consequence, most jurisdictions and legislatures the world over have been forced to opine upon the rights of the unborn. The courts have sought to answer primordial questions of ethics by formulating them as rights, or as Blackmun J in the Supreme Court of the United States' decision of *Roe v Wade* writes: "Our task, of course, is to resolve the issue by constitutional measurement, free of emotion and of predilection."⁴¹

³⁹ See for example, *Digesta*, 1.5.26 of Mommsen's edition of *Corpus Iuris Civilis*.

⁴⁰ Norrie 2000, p. 225.

⁴¹ *Roe v Wade* 410 U.S. 113 (1973) at 116.

With relative ease it is possible to find two lines of reasoning concerning relationship of a woman and child *en ventre sa mère*; on the one hand, foremost importance is granted to a question of viability, i.e. when a foetus would survive even outside *le ventre sa mère*, on the other hand similar significance is endowed to autonomous decision of the woman bearing the child. The latter stance is clearly articulated in an English and Wales case of *St George's Hospital NHS Trust v. S.*⁴², where an exercise of autonomy triumphed even were it to “appear morally repugnant”⁴³. Of concern in the case was a woman on her 36th week of gestation refusing a Caesarean section, even though she understood the risk posed to her and to her foetus would she pursue a natural delivery. She was admitted to a mental hospital based on an assessment by a social worker after her refusal of a medical operation and she was later transferred to a general hospital only to have the Caesarean section carried out there. The question brought before the Court of Appeal was, whether the refusal from treatment by a woman late in her pregnancy ought to be respected, even if such refusal could result to death of both the woman and her viable child. The Court found that for as long as one is of mental capacity to consent, the outcome of refusal to treatment is immaterial to the validity of such a refusal.

Other recurrent alternative referred above, that of viability of the child, was the one condoned by the Supreme Court of the United States in *Roe v Wade*. There question was whether state legislator had a right to criminalise abortion; the Court answered on the negative and found a statute criminalising abortion to be unconstitutional. However, in *Roe v Wade* Court's argument highlights the “define interest” of a State to protect woman's health and safety during the later stages of pregnancy.⁴⁴ Rather than recognising an unconfined autonomy of a woman, the Court pursued in its argument a balancing act between interests of society or community and that of an individual. When at least potential life is involved, there emerges an interest for the public to regulate on the matter. These two conflicting views, the one in *St George's Hospital NHS Trust v. S.* and the one in *Roe v Wade*, are hard to settle under a monolithic view on the legal status of a foetus: a limited timeframe for an abortion cannot be settled with a view that there is no personhood and no independent protection for a foetus from the autonomous decision of the woman in whose womb the foetus resides.

Even though apparently a simple question, the viability – or quickening as used to a similar effect in the older common law tradition – of a foetus

⁴² *St George's Hospital NHS Trust v. S.* [1998] 3 W.L.R. 936.

⁴³ *St George's Hospital NHS Trust v. S.* [1998] 3 W.L.R. 936 at 937D.

⁴⁴ *Roe v Wade* 410 U.S. 113 (1973) at 150.

has proved out to be a difficult question to most courts. The question when an embryo turns into a foetus was of central importance in a case decided by Lyon Court of Appeal (*Cour d'Appel de Lyon*) concerning involuntary homicide.⁴⁵ The case, later to be decided by the Grand Chamber of the European Court of Human Rights, dealt with an unfortunate confusion leading to events that culminated into a clinical abortion of a foetus. Two women with the same surname had arrived for an appointment for two different operations, and by conducting the wrong operation on the applicant, the doctor pierced amniotic sac that two weeks later lead to a termination of pregnancy. Whereas Lyon Criminal Court (*tribunal correctionnel de Lyon*) had provided seminal importance to the concept of viability⁴⁶, the Court of Appeal found the question of viability devoid of any legal meaning.⁴⁷ Pivotal for the argument of the Court of Appeal was the remarkable scientific and medical progress, which had in a course of only a few years transformed formerly unviable foetuses viable; thus, founding the law on such a shifting foundation was deemed arbitrary and the court emphasised the causal nexus between the act and the outcome. As there were no standards of viability to adhere to, the court concluded there was a clear causation between the acts of the doctor and the termination of the life of the foetus.

However, the opinion of the Lyon Court of Appeal was not final; instead, an appeal was lodged to Court of Cassation (*Cour de Cassation*), which reversed the decision of the Court of Appeal.⁴⁸ In a striking line of argumentation the Court of Cassation finds that first and foremost, the Court of Appeal had misinterpreted the legal rule embodied in the Criminal Code; further, even if one were to admit viability of the foetus in the present case, there was no direct causal link between the act of the doctor and the death of the foetus at hand.⁴⁹ Thus, as the Criminal Code must be strictly construed, according to the Court of Cassation, there was no involuntary homicide and, therefore, the judgment of the Court of Appeal had to be reversed. To challenge the judgment of the Court of Cassation, the case was brought before the ECtHR, which decided the case in a Grand

⁴⁵ *Ministere Public c. Golfier François*, CA Lyon 13 March 1997.

⁴⁶ Argumentation of the tribunal correctionnel de Lyon is, for this part, referred in the decision Case of *Vo v. France* (53924/00), para. 19.

⁴⁷ *Ministere Public c. Golfier François*, CA Lyon 13 March 1997, finds that "la viabilité lors de la naissance, notion scientifiquement incertaine, est de surcroît dépourvue de toute portée juridique, la loi n'opérant aucune distinction à cet égard".

⁴⁸ Cour de cassation, chambre criminelle 30 June 1999, no 97-82351.

⁴⁹ Cour de cassation, chambre criminelle 30 June 1999, no 97-82351, para. 3 states "le lien de causalité entre la faute reprochée au docteur X... et la mort du foetus n'était pas direct, la cour d'appel a violé les textes susvisés".

Chamber composition of 17 judges.⁵⁰ Sensitivity of the question is well illustrated by the number of separate and dissenting opinions, amounting for the majority of the judges; seven judges filed separate opinions using two different formulations joined up by five and two judges respectively, further, three judges dissented decision, for which they filed two different objections. Through these separate and dissenting opinions together with the text of the decision, it is possible to trace three different stances to the question of life before birth, that have been addressed in a line of later jurisprudence of the ECtHR.

The first line of argument is provided by the applicant when she claims in the case that “[a] child that has been conceived but not yet born was neither a cluster of cells nor an object, but a person. Otherwise, it would have to be concluded that in the instant case [the applicant] had not lost anything”.⁵¹ It is a form of *a contrario* argument whereby the applicant shows that the empirical and ethical sense of loss are not ‘nothing’ but rather something, and the fact that the French legal system failed to provide a relief for such a loss of something is a manifest violation of everyone’s right to life. That the term ‘everyone’ entailed not only those with legal personhood was, according to the applicant, shown by the fact that when providing legislation on abortion, the French law recognised a protection from the beginning of life, which was contrasted to the exceptional circumstances of an abortion. In other words, the respect of all human beings from the beginning of life was contrasted to the abortion conducted during the first ten weeks of pregnancy that formed an exception to this rule.⁵² As is somewhat controversial, this very argument by the applicant is echoed in both of the separate opinions; the majority of the judges agreed that there indeed was something to protect yet the main ruling does not provide a right to life for a foetus. Hence, a majority of judges saw life in foetus yet considered it insufficient to found a violation based on article 2 of the European Convention on Human Rights (ECHR), but such a conclusion cannot be read from the Court’s own reasoning but only from the separate and dissenting opinions filed. The right to life of a foetus can also be found from later dissenting opinions yet never as the main argument of the Court.⁵³

⁵⁰ Case of *Vo v. France*.

⁵¹ *Vo*, para. 47.

⁵² See e.g. Cour de cassation, chambre criminelle 27 November 1996, No 95-85118 (“Qu’en effet, la loi du 17 janvier 1975 n’admet qu’il soit porté atteinte au principe du *respect de tout être humain dès le commencement de la vie*, rappelé dans son article 1er, qu’en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu’elle définit;”) (italics added).

⁵³ See e.g. partly dissenting opinion of Judge de Gaetano in Case of *P. and S. v. Poland* (57375/08), §1.

The second line of argumentation is that of right to privacy of a woman, which in the *Vo* case is used negatively to preclude foetal rights, but which has had a significant importance as a positive argument supportive to a woman's right to have a lawful abortion. In the *Vo* case, the Court is supportive to the argument by the French government whereby the foetus is protected through the legal protection provided to the pregnant woman. As such, there is no demand for an expansion of rights protected in the European Convention on Human Rights to cover also foetuses. The Court disconnects potentiality of life from life, and further states that “[t]he potentiality of that being and its capacity to become a person [...] require protection in the name of human dignity, without making it a ‘person’ with the ‘right to life’ for the purposes of Article 2”.⁵⁴ A similar argument used in a positive function to grant women a right to an abortion in conditions perilous to her life, is used in the case of *A, B and C. v. Ireland*, where the Court argues that

[a] prohibition of abortion to protect unborn life is not therefore automatically justified under the Convention on the basis of unqualified deference to the protection of pre-natal life or on the basis that the expectant mother's right to respect for her private life is of a lesser stature.⁵⁵

From therein the Court concludes that such a right is sufficiently protected by the fact that the state of Ireland provided a possibility for women to travel abroad to have an abortion on health and well-being basis.⁵⁶ However, a like restriction for abortion where there was a perceived threat to the life of woman, was not justified; rather, the court found that Ireland had a positive obligation to protect the private life (and thus of physical integrity) of an expectant woman seeking to terminate her pregnancy when the woman faced a threat to her life and limb.⁵⁷

Weighing up various and, at times, conflicting rights of woman vis-à-vis unborn provides the third alternative to the argumentation.⁵⁸ There is an intrinsic admittance for independent rights of an unborn, yet their value when confronting rights of others is not absolute. Such an argumentation was also used by the Federal Constitutional Court of Germany in its, till now, only decision concerning abortion.⁵⁹ There the Court concludes that

⁵⁴ Case of *Vo v. France* (53924/00), para. 84.

⁵⁵ Case of *A, B and C v. Ireland* (25579/05), para. 238.

⁵⁶ Case of *A, B and C v. Ireland* (25579/05), para. 242.

⁵⁷ Case of *A, B and C v. Ireland* (25579/05), para. 267.

⁵⁸ Case of *Vo v. France* (53924/00), para. 80.

⁵⁹ Based on *Groth* 2013, p. 436 fn. 1. Before German unification, the West German Constitutional Court provided in 1970s a decision wherein abortion was considered forbidden.

from the vantage point of the German Basic Law, the legal protection and, thus, the legal standing of an unborn is independent of the gestational week of pregnancy.⁶⁰ This does not, however, preclude a lawful termination of a foetus, as the protection of life is not absolute; rather, there has to be a settlement between conflicting rights with regard to the need for protection and the importance of the right protected.⁶¹ A similar act of balancing of different interests was of paramount importance in the decision of the ECtHR in the case of *A, B and C v. Ireland*. There the Court was convinced by an argument by the government of Ireland whereby ethically sensitive questions were to be left to the margin of appreciation of a state. Nevertheless, such a right was not without limitations. Wherever there is no fair balance between the limitation and the interest sought to be protected by said limitation, it cannot be accepted. In the case of *A, B and C v. Ireland*, it was proportionate to limit autonomous right of a woman to physical integrity in the name of values and moral of the society writ large. However, the limits of balance were drawn to a point where life of the woman was at risk, giving primordial and superior ethical value to a woman over a pre-natal life.

There has globally been a marked legal rapprochement towards wider acceptance of abortion rights to women. Most of the South American countries, members of the American Convention on Human Rights, have legalised abortion under certain circumstances despite the wording of the ACHR, whereby life commences at conception. Also grounds for a legal abortion have been expanded to cover not only entitlement to termination of pregnancy when inducing risk to life of a woman, but also where foetus is diagnosed with a serious illness in pre-natal screenings or where pregnancy has started as a result of a crime. Moreover, there has been traditionally fairly extensive right to an abortion in Islamic countries, with the abortion being accepted up until fourth month of pregnancy.⁶² Most of these developments are argued following narratives of internalised global abortion discourse, where paradigmatically western arguments are infused to different legal orders. An example of such argumentation is e.g. decision of the Supreme Court of India in case *Suchita Srivastava & Anr. vs Chandigarh Administration*.⁶³ In a much similar case as *St*

⁶⁰ BVerfG 28 May 1993, EuGRZ 1993 229, p. 243, “Das danach verfassungsrechtlich gebotene Maß des Schutzes ist unabhängig vom Alter der Schwangerschaft.”

⁶¹ *Idem*.

⁶² See however present heterogeneity in Islamic countries with regard to the abortion, *Shapiro* 2013.

⁶³ *Suchita Srivastava & Anr. vs Chandigarh Administration*, SC, decided on 28 August, 2009. It is e.g. recognised by the Court that the abortion law from 1971 is “largely mod-

George's Hospital NHS Trust v. S. above, the question was whether a person suffering from a “mild to moderate mental retardation” could be forced to an abortion. The Court finds on the negative and argues, based on e.g. *Roe v. Wade* and UN conventions that the personal integrity and autonomous decision of a woman ought to be respected; consequently, the Court found no grounds to terminate pregnancy against the will of the woman despite her mental illness. The holistic approach suggested by the appointed expert’s board found the willingness of an individual essential to termination, not her capacity to rear a child or communities negative stance to single parenthood.

An important role in said rapprochement can be attributed to various non-governmental organisations (NGOs) promoting women’s reproductive rights. They have brought before UN based committees numerous cases challenging the restrictive abortion laws and lacking maternal health care. In the past such critique has been mainly voiced through the committee hearings of national reports either under Convention to Eliminate All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)⁶⁴ or CRC. However, in recent years individual complaints filed in accordance with the CEDAW optional protocol has provided more credence to a global right for an abortion, at least where the life of the mother is at risk.⁶⁵ In a seminal decision of *L.C. v. Peru*⁶⁶, a Peruvian woman supported by an NGO (i.e. the Center for Reproductive Rights) successfully advocated a violation of her convention rights as she was denied access to abortion where denial posed a serious threat to her health and welfare. The Peruvian law recognised a right to abortion when the continuation of pregnancy would endanger the health of the expectant mother; however, the decision was left fully to the discretion of the treating medical facility without any efficient legal remedies to challenge said decision. To support her cause, the case law of ECtHR was extensively used to define what effective and accessible procedure entails.⁶⁷ The State

elled on the Abortion Act 1967” from the United Kingdom, para 11. References to *Roe v Wade* found from paragraph 23ff. and to UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities at paragraph 26 and onwards.

⁶⁴ UN General Assembly, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 18 December 1979, United Nations, Treaty Series, vol. 1249, p. 13.

⁶⁵ Earlier decisions refused to recognise a right to abortion even when there was a grave danger to health of the mother and a lethal disease was diagnosed on the foetus (anencephaly), as in Communication No. 1153/2003, *K.N.L.H. v. Peru*, UN Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003/Rev.1 of 14 August 2006. See however the dissenting opinion by Committee Member Hipólito Solari-Yrigoyen.

⁶⁶ Communication No. 22/2009, *L.C. v. Peru*, UN Doc. CEDAW/C/50/D/22/2009 of 4 November 2011.

⁶⁷ See e.g. *Ibid.*, para 7.17.

party argued that national legislation ought to be taken into consideration, and further contended that “[i]t is not for the pregnant woman unilaterally to determine that the conditions for a therapeutic abortion have been met, but for the doctors”.⁶⁸ The Committee sided with L.C. and considered that the Peruvian state had violated its convention duties in failing to provide medical services, “[t]hose services includ[ing] [...] therapeutic abortion.”⁶⁹

Comparable to India and UN Committees, also Brazil has seen a gradual *de facto* and *de jure* expansion of abortion rights to the detriment of traditionally strong respect for foetal life. Whereas still in 2004, the Supreme Federal Court of Brazil found it criminal to conduct an abortion to an anencephalic foetus, in 2012 the Court overruled its prior decision and, thus, extended the scope of justified causes for abortion in Brazil to include at least some foetal disorders deemed particularly heinous to the quality of life.⁷⁰ Support for abortion and new abortion legislation has been mounting in Brazil, to a point where at present a law legalising abortion is under consideration by the legislator with marked support from the medical staff. In its traditional argument supporting foetal dignity, the Court had found all life, even short and painful, worth living. As Peluso J on his opinion against the preliminary injunction that authorised termination of pregnancy of anencephalic foetuses stated: “Suffering is not something that degrades human dignity; it is inherent to human life.”⁷¹ Even though there was a right to terminate pregnancy based on Court’s preliminary injunction, the Court rescinded its former decision after just four months.⁷² After eight years of discretion, there had been a change of course within the Court. For example, then President of the Court Marco Aurelio Mello, concluded that “the physical integrity of an anencephalic foetus, which, if surviving birth, will survive mere hours or days, cannot be preserved at any cost to the detriment of the fundamental rights of a woman”.⁷³ At present in Brazil a regulatory process is on-going, which would expand the scope of legal abortion to cover first trimester of pregnancy (12 weeks).⁷⁴

⁶⁸ Ibid., para 6.8.

⁶⁹ Ibid., para 8.15.

⁷⁰ The denouncement of abortion right came after an initial interim measure entitling women to conduct abortion of anencephalic foetuses passed earlier in 2004.

⁷¹ Translation and quote in *Diniz – Gonzalez Vélez* 2008.

⁷² Ibid.

⁷³ Vote of the Rapporteur, Wednesday 11 April 2012. Original “A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher”, translation TS.

⁷⁴ BBC News, Brazil doctors’ council backs abortion reform, 22 March 2013.

An entirely different answer to the question of intrauterine life is provided by another line of case law concerning the right to conduct an abortion by the woman herself. In decisions by the common law courts in Australia, England and Wales and the United States, right of a mother to terminate pregnancy with prescription drugs has been deliberated with varying outcomes. An interesting contrast to court-based deliberation is provided by the Nordic countries and their legislative approach. Both of these alternatives will be dealt briefly below. Even though widely divergent in their ultimate decision, these cases as well as acts of legislator show a common tendency to formulate the question entirely differently than what has been customary in questions of consent to treatment and termination of pregnancy. Even when a refusal from treatment has similar outcome as self-induced abortion and although medication used to terminate pregnancy are the same both in legal and illegal abortion, the very question is formulated in a different fashion. Here, rather than considering the autonomous intent of a woman decisive, much more weight is given to societal needs to protect health of mother and that of foetus. A contrast to a traditional abortionist notion is poignant: no longer is a risk to health and well-being of a woman posed by an outsider, but rather her own actions are a source of danger. With such a new factual setting, the courts and legislators have had to struggle with an entirely different balancing exercise than before.

In *R. v. Leach and Brennan*⁷⁵, the case concerned a young couple in Queensland who went on to perform abortion otherwise unavailable by means of prescription medication brought to Australia by a relative of Mr Brennan.⁷⁶ The drugs taken (Mifepristone and Misoprostol⁷⁷) by Ms Leach are commonly used by medical practitioners to conduct termination of pregnancy during its early stages. However, based on Queensland legislation dating back to late-19th century, administration and provision of a “noxious thing” to procure abortion is a felony with maximum sentence of up to seven years.⁷⁸ Queensland District Court, however, decided that even though drugs taken were noxious to foetus, they weren’t noxious to the expectant mother; rather, misoprostol can be found from the World Health Organization’s list of essential medicine.⁷⁹ Thus, self-induced abortion was not illegal even though there was no legal alternative for abortion. Decisive for the decision were likely the changed, more favourable attitudes towards

⁷⁵ *R. v. Leach and Brennan* (2010), Queensland District Court, not reported.

⁷⁶ *O’Shea* 2011.

⁷⁷ Commonly referred as RU 486. See for early debate *Porter* 1995.

⁷⁸ *O’Shea* 2011.

⁷⁹ Category 22.1. Oxytocics in WHO Model List of Essential Medicines. 18th list (April 2013).

abortion in Australia in general⁸⁰ – a fact that may have affected the jury vote –, as well as the outdated legislation which provided a legal loophole out from the sensitive question.

Factually relatively similar is the case dealt in *McCormack v. Hiedeman*⁸¹ heard before the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Plaintiff, Ms McCormack, was in the main proceedings prosecuted from conducting an abortion by herself with prescription drugs ordered online. Through her act of self-induced abortion she had violated the Idaho state legislation, by not securing the right of the provider of drugs to act as a physician within the state. Establishing its decision on *Roe v. Wade*⁸², *Planned Parenthood v. Casey*⁸³ and – as for the criminal liability of a woman conducting an abortion – *State v. Ashley*⁸⁴, the Court held that the plaintiff's exercise of her right to pre-viability abortion was subject to undue burden by the state legislation; therefore, a choice to use legally available drugs to perform abortion through medication, was an essential part of a more general doctrine of a right to conduct an abortion before foetus is deemed viable. Unlike in *R. v. Leach and Brennan*, the prescription drugs were legally available in parts of the United States and, hence, there was no need to retort to any analysis on the toxicity of substances and their impact to the health of mother. Further, the Court finds it generally accepted that under no circumstances is the woman herself to be held liable for self-conducted abortion. To this conclusion the court cites support from both statutes of states and jurisprudence of state courts.

In Nordic countries as well, the contributive agency of a woman on an illegal abortion is negated. The most recent legislative change on this field was issued in Finland, where the Criminal Code was modernised and the language of the legal definition of an illegal abortion updated in 2009.⁸⁵ The limited *travaux préparatoires* of the change provide an interesting play of dignity and autonomy, where the constitutional protection of dignity is expanded to cover foetal life. Thus, the constitution provides an impetus

⁸⁰ See e.g. Betts 2004.

⁸¹ *McCormack v. Hiedeman*, 694 F.3d 1004 (9th Cir. 2012)

⁸² Op. cit.

⁸³ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

⁸⁴ *State v. Ashley*, 701 So.2d 338 Fla., 1997.

⁸⁵ Laki rikoslain 22 luvun muuttamisesta (373/2009) [Statute changing chapter 22 of the Criminal Code], Hallituksen esitys eduskunnalle sikiön, alkion ja perimän suojaa koskevien rangaistussäännösten muuttamisesta (HE 156/2008 vp) [Government proposal to the Parliament for changing the criminal code concerning the protection of foetus, embryo and heredity] and Lakivaliokunnan mietintö 2/2009 vp [Statement of Legal Affairs Committee] are the three relevant documents outlining the change, with the latter two signifying *travaux préparatoires* for the legislative change that is codified in the former.

for the legislation to criminalise illegal abortion. An abortion is deemed illegal when it is not conducted by a physician, yet there is a general clause whereby a woman whose pregnancy is terminated may not be held criminally liable from the abortion. However, she may be subject to fines “to signal the public condemnation of the act”.⁸⁶ The justification provided for the limitation in criminal liability is the harm woman causes to herself in subjecting to the treatment of an abortionist (*puoskari* in original). Use of prescription drugs to procure a miscarriage as in two cases cited above is not considered at all. Further, the rarity of cases brought before courts is considered evidence from the rarity of illegal abortion per se, with last cited case from the Finnish databases being from 1972. However, according to medical sources in 1990 there were still 36 women treated because of complications caused by illegal abortions from which also the woman was criminally liable at time. Instead of providing further justification as of why the woman whose pregnancy is terminated is not to be held criminally liable, a mere reference to other Nordic countries (outside Iceland) is made and their similar legislation. These statutes date to 1970s when neither RU 486 nor internet was available and when medical abortion was not a genuine alternative; who is the abortionist when medication is administered by the woman herself using drugs ordered online?

A criminal sentence in the case of *R. v. Sarah Louise Catt*⁸⁷ from Leeds Crown Court presages a problem to the categorical preclusion of woman’s criminal liability shown in *McCormack v. Hiedeman* and Nordic statutes.⁸⁸ The facts of the case are very concretely related to the question of beginning of life, as in the case the pregnant woman administered misoprostol to procure her own miscarriage at 38th week of gestation using a like medicine as the ones used in McCormack’s and Leach and Brennan’s case. Ms Catt maintained that she had concealed the pregnancy from her husband and ordered the medication without his knowledge thereof. There is no identifiable ‘abortionist’ in the case, which would result to impunity of her acts in the Nordic countries like it would in the United States. There was no question whether the foetus was viable either, which would have precluded the option for a legal abortion in all of the above-mentioned countries. Cooke J held that the act was tantamount “to rob an apparently healthy child en ventre sa mere, vulnerable and defenceless, of the life which he

⁸⁶ Lakivaliokunnan mietintö 2/2009 vp, original “voidaan viestittää teon moitittavuutta sinällään”.

⁸⁷ *R v Sarah Louise Catt*, 17 September 2012, Judgment, Leeds Crown Court, not reported.

⁸⁸ An earlier, relatively similar case where the abortion is performed in a clandestine surgical fashion is *R. v. Maisha Mohammed*, 2007 unreported. There as well a woman is convicted of child destruction for terminating a viable foetus.

was about to commence”.⁸⁹ However, when comparing said decision to informed consent doctrine outlined in *St George’s Hospital NHS Trust v. S.* the controversy is apparent. A refusal from treatment which leads to death of a foetus with similar certitude as administration of medication is a right of an expectant woman, whose omission to heed medical advice falls within the ambit of her autonomy, whereas an active deed to procure a similar outcome leads to a sentence of 8 years. One can consent to termination of a viable foetus through omission; one cannot consent to termination of a viable foetus through mission. The very foundational argument supporting abortion has been the beneficial health effects as well as the protection of woman’s right to integrity even during her pregnancy. What was protected in *R. v. Sarah Louise Catt* was neither of these.⁹⁰

2.3 ...et in vitro?

Cold for all the summer beyond the panes, for all the tropical heat of the room itself, a harsh thin light glared through the windows, hungrily seeking some draped lay figure, some pallid shape of academic goose-flesh, but finding only the glass and nickel and bleakly shining porcelain of a laboratory.⁹¹

Such is the Fertilizing Room responsible for the creation of human life in Huxley’s *Brave New World* controlled by technicians “[m]aking ninety-six human beings grow where only one grew before. Progress”.⁹² The sensitivities explored in the dystopian future of Huxley that are for the

⁸⁹ Case of *R v. Sarah Louise Catt*, para. 15. See, analogically to the recent decision of the Canadian Supreme Court in the case of *R. v. Levkovic* [2013] SCC 25 of 3 May 2013 where Canadian Criminal Code s. 243 prevented one from concealing a body of a child delivered death at birth. The fact that it was uncertain when the death occurred (before, during or after the birth) was immaterial in the case and central to the question was general feasibility of a foetus to survive. The Canadian Supreme Court does not provide any strict gestational week when foetus are expected to survive, yet it suggests that such a time ought to be placed somewhere at or around seven months. Compare to French Court of Cassation’s decision no. 130 of 6 February 2008, where viability was defined based on weight and gestational weeks as well. There the Court concluded that 22 weeks and at least 500 grams of weight were indicative of viability.

⁹⁰ A line of argument following public interest could be espoused following the case of *British Pregnancy Advisor Service v. Secretary of State for Health* [2011] EWHC 235 (Admin) where administration of drugs for medical termination of pregnancy were deemed to be within regulated activity and therefore limiting administration of misoprostol and mifepristone only to medical facilities subject to care quality assessment.

⁹¹ *Huxley* 1977, p. 15.

⁹² *Ibid.*, p. 17.

most part abjured from the legal response in the evaluation of life and its commencement *in utero*, are a dominant theme for all of the discussion of life *in vitro*.⁹³ To procreate is a private matter, to do so in a laboratory is strictly public; *ordre public* and dignity are themes explored recurrently and attributed to singular germ cells and embryos as a token of respect for their essentially human origin. In discordance with an intrauterine embryo, the embryo in a laboratory is subject to detailed provisions regulating the minutiae of its treatment. However, much like the Courts concerned with the fate of intrauterine foetus, the Courts concerned with ‘life on a petri dish’ equally distance themselves from any ethical dimension their decisions might have. For example, the Court of Justice of the European Union in its judgment in the *Brüstle*⁹⁴ case merely states that “the Court is not called upon [...] to broach questions of a medical or ethical nature, but must restrict itself to a legal interpretation of the relevant provisions”.⁹⁵

For the question of the beginning of life, most of the relevant regulation and case law concerning *in vitro* technologies are of more recent origin and more congruent than in the case of intrauterine development considered above. This is mostly attributable to the fairly technical regulation of the subject matter and its global or regional origin. Further, a patent for a technology that provides a cure for a vicious disease sounds more amicable than a termination of pregnancy, albeit both involve destruction of the very same embryo. However, as the technologies like *in vitro* fertilisation (IVF) have become increasingly quotidian so have the controversies related to some of its more divisive aspects received public attention (e.g. disposal or utilisation of any unused embryos and the ownership of frozen embryos). Safety valves harnessing wanton commodification of human have been the so-called morality clauses enshrined in all international intellectual property treaties relevant to biotechnological advancement; they contain either a general prohibition for patentability (and hence of commercial exploitation) of inventions contrary to *ordre public* or a more specific list of impermissible patents, which normally includes technologies of human cloning, etc. Both of said measures are recognised in the TRIPS agreement, wherein article 27(2) provides a general prohibition clause and 27(3) a specific list of subject matters that may be excluded from

⁹³ Huxley’s imaginary has been vivid enough to inspire authors on bioethics to use it abundantly, to a point where caution over its use is necessary. See e.g. *George Annas* 2010, p. xx–xxi providing such a warning: “fantasy is not fact, [...], and (science) fiction stories can, [...], take on a destructive life of their own and overwhelm the political process.”

⁹⁴ Case C-34/10 *Oliver Brüstle v. Greenpeace e.V.* [2011], I-9821.

⁹⁵ *Brüstle*, para. 30. See above a rather similar statement by Blackmun J with regard to the question of abortion.

patentability.⁹⁶ It is important to note that whereas the TRIPS agreement leaves it to national discretion (“may exclude”) whether a patent shall be granted on these grounds, for example the European Patent Convention (EPC) precludes categorically such subject matter from the scope of patents (“shall not be granted”).⁹⁷

Cases and texts concerned are mostly those of European or American origin. Much of this bias is accountable to the simple fact that also most of the ethically sensitive research⁹⁸ as well as use of assisted reproductive technologies is centred here⁹⁹. Obviously, it does not signify that a global standard ought to be established solely on the premise of actions of a selected few nations, yet at present they constitute the only veritable source material. This does not imply that scientific, philosophical and legal questions would be solely of Occidental concern. For example, many an Eastern Asian country has a significant research in embryonic stem cells¹⁰⁰ – a sensitive topic essential for the present discussion –, but limited access to relevant source material precludes possibility of a cogent analysis of issues of particular concern of Eastern Asian origin.¹⁰¹ Moreover, much of the clinical testing of medicine has been extended to cover regions outside Europe and North America, even though the medical research and consumers for the products likely reside predominantly in those two regions. However, the increasing investments of countries like China, India and Brazil to biotechnological research are likely to alter the present Occidental and global North bias in the foreseeable future.¹⁰²

⁹⁶ For a more detailed analysis of the relationship between TRIPS and EU intellectual property rights (IPRs) legislation, see e.g. Tritton *et al.* 2008, pp. 61–135 *in passim*. See also Kur – Dreier 2013, pp. 70–83; 123–137.

⁹⁷ For an earlier survey regarding presence of morality clauses in patent law, see Thomas – Richards 2004, p. 97 and a status analysis of the European moral clause post-Brüstle in Bonadio 2012.

⁹⁸ *United Kingdom Intellectual Property Office* 2012, p. 7–8.

⁹⁹ ART Fact Sheet available at <http://www.eshre.eu/ESHRE/English/Guidelines-Legal/ART-fact-sheet/page.aspx/1061>, accessed at 30 April 2013.

¹⁰⁰ For an overview of research conducted on e.g. stem cells see internet portal <http://clinicaltrials.gov/ct2/home> for stem cell research conducted in Japan, Republic of Korea and China (total of 304 studies found in database at 30 April 2013).

¹⁰¹ There are extensive similarities, however, with the use of e.g. embryos and embryonic stem cells in research in Europe and North America and Japan. For Japan see The Guidelines for Handling of a Specified Embryo (http://www.lifescience.mext.go.jp/files/pdf/30_82.pdf) and Guidelines on the Utilization of Human Embryonic Stem Cells (http://www.lifescience.mext.go.jp/files/pdf/n503_02.pdf), both accessed at 30 April 2013.

¹⁰² For a brief synopsis of present concerns and practices, see *Presidential Commission for the Study of Bioethical Issues* 2011, pp. 20–28. For the risks of such a narrow view, see Shimazono 2009 seeking to explain vast differences in response to e.g. disability in prenatal genetic diagnosis when comparing Japan and European and American countries.

Main features of the relevant case law for the commencement of life has been related to the concept of patentability of innovations derivable from embryos and the use of assisted reproductive technologies and prenatal diagnostics. Human potential vested in an embryo has been of pivotal concern for courts' deliberation in *in vitro* questions of life; a protection of dignity of *in vitro* embryos as subjects to medical diagnostics has received notable attention, leading into rather different legal consequences from those explored above vis-à-vis embryo *in utero*. Even though biologically the subject matter – a human embryo – remains unaltered, answers are widely divergent, which is reflected also in the courts' decisions. Where the ECtHR is incapable to define neither any tangible conception for foetus or prenatal life nor any reasoned justifications for its termination, it found no trouble in deciding with unanimity that a protection of worthy potential life necessitates parents' right to have pre-implementation genetic diagnosis (PIGD), if use of assisted reproductive technologies is provided.¹⁰³ Similarly, the reluctance of Member States to define embryo was no impediment for the CJEU to define it, whereas a similar definition of a child – a concept equally vacuous in the EU law¹⁰⁴ – is hardly likely. Likewise, in the U.S. statutes and case law embryos *in vitro* are endowed with humanity early on, unlike their brethren *in utero*, with much controversy involved in research of embryonic cell lines.

Fertilisation of a human ovum “is such as to commence the process of development of a human being”,¹⁰⁵ states the Court of Justice of the European Union in *Brüstle* without a modicum of hesitation. A capacity to develop into a human being is what makes an embryo an embryo¹⁰⁶; furthermore, said capacity with concomitant human dignity is the foundational argument leading to an annulment of Mr Brüstle's patent due to it being excluded from the realm of patentability. Moreover, the very formulation of the exclusion from patentability refers to an entirely different concept of a human than what was espoused in the case law addressed above. Referring to an unpatentable subject matter, both the Biotechnology Directive¹⁰⁷ and the Court use a formulation whereby “human body at the various stages of its formation and development” cannot constitute a patentable invention.¹⁰⁸ In

¹⁰³ Arrêt *Costa et Pavan c. Italie* (No. 54270/10), para 71. The decision is an aftermath of 2004 legislation prohibiting pre-implementation diagnosis of embryo, see *Hanafin* 2008, p. 177ff.

¹⁰⁴ *Stalford* 2012, p. 20 et seq.

¹⁰⁵ *Brüstle*, para. 35.

¹⁰⁶ *Brüstle*, para 37.

¹⁰⁷ Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the Legal Protection of Biotechnological Inventions.

¹⁰⁸ Art. 5(1) of Biotechnology Directive.

other words, a human body emerges at creation of a human embryo, which, then again, comes to existence at fertilisation of a human ovum. Hence, any meddling with cells past the state of potentiality is a violation to humanity *an sich*. However, this does not extend past the area of patentability of said cells according to the ruling of the Italian Constitutional Court in the aftermath of *Brüstle*¹⁰⁹; there were no material grounds to argue that the protection provided to embryos *in vitro* ought to be expanded to cover their absolute protection *in utero*.¹¹⁰

It is not only the courts' who are willing to formulate biotechnological questions in terms of dignity and respect for the entirety of human species. For example, in the Oviedo Convention on Human Rights and Biomedicine preamble refers to a need to respect human dignity as well as to the member states' consciousness "that the misuse of biology and medicine may lead to acts endangering human dignity",¹¹¹ Similarly, Universal Declaration on Bioethics and Human Rights recognises already in its preamble "that ethical issues raised by rapid advances in science and their technological applications should be examined with due respect to the dignity of the human person",¹¹² with a special article devoted to human dignity as a synonym for human rights.¹¹³ However, whereas intergovernmental treaties and conventions provide a pivotal role for dignity, similar insistence is not to be found from international declarations by medical and scientific communities. Declaration of Helsinki emphasises the importance of risk management and good scientific practice with an isolated note on dignity in a line of other principles whose importance to medical practice are not further defined.¹¹⁴ Likewise, in International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects¹¹⁵, dignity is subservient to other concerns, and ethical concerns related to embryos and foetuses

¹⁰⁹ Corte costituzionale ref. no. 196/2012, of 20 June 2012.

¹¹⁰ Id., "del dictum della Corte di giustizia europea, non altro recante che una 'definizione dell'embrione umano ai soli specifici, e limitati fini, della individuazione di cosa costituisce invenzione biotecnologica brevettabile ai sensi della citata direttiva 98/44/CE'" ["the dictum of CJEU provides nothing more than 'a definition for human embryo within the limited and specified framework of patentability of biotechnological inventions for the purpose of the directive cited (98/44/CE)"].

¹¹¹ Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine (hereinafter Oviedo Convention), CETS 164, preamble.

¹¹² Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, preamble.

¹¹³ Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, article 3.

¹¹⁴ *World Medical Association* 2013.

¹¹⁵ *Council for International Organizations of Medical Sciences* 2002.

are unrepresented as such attempts “proved unfeasible”.¹¹⁶ There seems to be a conviction amid scientists and physicians that dignity is a useless concept¹¹⁷, devoid of any particular use in practice, whilst of central importance for governments.

The biotechnological development and consequent legal doctrines seeking to frame these questions are bereft of any cogent convergence. In the case of *Costa and Pavan v. Italy*, the ECtHR concluded that PIGD to prevent genetic anomalies of particular gravity is to be accepted if the state allows an abortion on same grounds.¹¹⁸ The Court underlines the significant difference between a child and an embryo vis-à-vis human dignity and respect¹¹⁹, which the other pan-European court had found immaterial in *Brüstle* with regard to biotechnological patenting.¹²⁰ Moreover, there are no tools provided to analyse which anomalies are of sufficient gravity to be justified and what is the relation of rights of disabled on the one hand, and that of the parents to have *droit d’avoir un enfant sain*.¹²¹ Whilst the Council of Europe urges its Member States to disallow early prenatal screenings for determination of sex and consequent sex-based abortion in order to bolster equality of sexes¹²², it seemingly embraces the idea of prenatal screenings to allow for elimination of disabilities, without addressing the question whether such motives are sympathetic to respect of people with disabilities. An aprioristic denouncement of worthiness of a certain kind of life without further qualifications is certainly not what the Court sought to do, yet it is precisely what the Court’s decision in *Costa and Pavan v. Italy* leads to; an embryo with a genetic anomaly subject to malaise without a cure presently available is subject to not be implanted or to be terminated through therapeutic abortion.¹²³

¹¹⁶ Ibid, p. 12.

¹¹⁷ Macklin 2003. International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects refers to Macklin’s earlier study whilst concluding that ethical guidelines concerning foetus and embryos proved unfeasible.

¹¹⁸ Arrêt *Costa et Pavan c. Italie* (no 54270/10).

¹¹⁹ *Costa et Pavan*, para. 62.

¹²⁰ See supra.

¹²¹ The argument for a right to have a healthy child is used by third parties supportive of the state. See *Costa et Pavan*, paras. 44 and 53.

¹²² See PACE Resolution 1829 (2011) on prenatal sex selection and PACE Recommendation 1979 (2011) on prenatal sex selection. In an accompanied report PACE clearly recognises that PIGD technology enables selection of sex, and using PIGD to pre-select children of wanted sex is deemed morally dubious with reference to UN Interagency report: *World Health Organization* 2011. See PACE Doc. 12715 of 16 September 2011, Prenatal sex selection: Report, fn 17.

¹²³ *Costa et Pavan*, paras. 25 and 54. Further, see Committee on Bioethics, Background document on preimplantation and prenatal genetic testing, CBDI/INF (2010) 6.

A further quarrel over embryos is fought within another field of modern biotechnology namely, frozen embryos. In the case of *Evans v. the United Kingdom*, the applicant sought before the ECtHR to claim sole ownership to fertilised ova after consent upon which fertilisation had been based had ceased to exist.¹²⁴ As much as there was a question of right to procreate it was a question of legal status of fertilised embryos. Where the authority in *Brüstle* found all totipotent embryos subject to respect as embodiments of inherent humanity, in the factual setting of *Evans*, similar embryos were treated as property subject to contractual obligations of consent.¹²⁵ The problem of the issue is illustrated by the applicant's claim before the Court whereby

The impact of the consent rules in the [national legislation] was such that there would be no way for a woman in the applicant's position to secure her future prospects of bearing a child, since both a known and an anonymous sperm donor could, on a whim, withdraw consent to her use of embryos created with his sperm. Part of the purpose of reproductive medicine was to provide a possible solution for those who would otherwise be infertile. That purpose was frustrated if there was no scope for exceptions in special circumstances.¹²⁶

If one was to fertilise the harvested ova before using them, it would be tantamount to taking a risk of losing the right to procreate based "on a whim" of the other party. Would the eggs have remained unfertilised and stored simply for future use, such a conflict of interest would not have emerged.¹²⁷ A right for an individual to decide whether to be a parent or not was deemed a justifiable cause to prevent childbearing from the other with whom the consent was originally given to procreate.

Similar concerns as the ones addressed in *Evans* were brought a year later before the U.S. Supreme Court in form of a writ of certiorari in the case of *Roman v. Roman*¹²⁸. The Court denied the writ, which granted further

¹²⁴ Case of *Evans v. the United Kingdom* (no. 6339/05).

¹²⁵ See case of *Parillo v. Italy* (no. 46470/11) [GC]; the case concerns property rights (Protocol 1, art. 1 of the ECHR) of genetic parents over an embryo.

¹²⁶ *Evans*, para. 63.

¹²⁷ However, such technology as to preserve fertility of unfertilized ovum was not available at the time. At present the technology of oocyte cryopreservation is deemed a viable alternative to embryo preservation (see e.g. special issue of *Fertility and Sterility*, vol. 99 (2013), issue 6). Thus, the argument supported by the ECtHR drawing analogies to a man facing cancer treatment and prospective infertility are misguided as semen even at the time preserved its fertility when frozen.

¹²⁸ *Roman v. Roman*, 193 S.W.3d 40 (Tex. App. 2006).

credence to arguments whereby individuals may sign valid disposition agreements over embryos that override whatever constitutional rights they might have had to procreate. At dispute was a rather similar scenario as the one in *Evans*, i.e., a divorced couple with a number of cryopreserved embryos for disposition of which there was a binding and an enforceable contract. Absent in *Roman v. Roman* as in *Evans* are considerations whether it was proper to control embryos through contractual means or whether they also are subject to some, even if rudimentary, constitutional protection of human rights. In *Evans* the dissenting opinion addresses the human dignity as a central value of the ECHR, yet fails to mention embryo in any other than in a technical fashion. In *Roman v. Roman* frozen embryos are considered as community property divisible between the parties through mediation or court proceedings. Where ownership of an embryo is precluded from the realm of commercial exploitation, there is nothing preventing said disposition of embryos in the realm of family law; likewise, where a traditional Kantian view prevents property in body and e.g. to germ cells, embryos seem to fall outside the scope of these provisions. They are neither property to be freely disposed for their patentability nor subjects of constitutional protection as evidenced by their free contractual disposition as community property.¹²⁹

A more technical question of embryos and their destruction is raised vis-à-vis the conduct of research on embryos with federal assets in the case of *Sherley v. Sebelius*.¹³⁰ In many ways analogical to the question set forth in *Brüstle*, the U.S. Court of Appeals considered the question in a different light. Whereas in *Brüstle* of concern was a patent given to Mr Brüstle for an invention, which necessitated destruction of an embryo in order to gain embryonic stem cells required for the actually patented innovation, in *Sherley v. Sebelius* the question was whether federal funds can be used to stem cell research even though there is a statutory prohibition for federal funding to research wherein embryos are destroyed. Where CJEU held that the entire process of acquisition of stem cells has to be reviewed to assess whether embryos were destroyed, the Court of Appeals held that what was relevant was the actual research project, albeit the embryonic stem cells were originally, at some point, created by destroying an embryo, such a prior act was inconsequential to the justification of later research using the

¹²⁹ See for argument in favour of *sui generis* nature of embryos in e.g. *Walin* 2008, p. 781 et seq., even though she argues in favour of human dignity approach precluding embryos from the realm of property. However, such a presupposition is hard to settle with the legal developments of late illustrated above. In common law context, see e.g. *Harmon – Laurie* 2010.

¹³⁰ *Sherley v. Sebelius*, 689 F.3d 776, 402 U.S.App.D.C. 178.

same stem cell lines. Where the European Union took a holistic approach, the approach condoned by the U.S. Court of Appeals was singular to the case at hand without due consideration as of what was the original source of the stem cell lines to be researched. Much of this can be accounted to the very different status of so-called morality clauses in the evaluation of patentability.¹³¹

These differences were put to the fore after the decision of Enlarged Board of Appeal (EBoA) of the European Patent Office (EPO) in *WARF/Stem Cells*¹³² decision. An earlier decision by the U.S. patent office had held stem cell patents issued by Wisconsin Alumni Research Foundation (WARF) patentable after review, whereas EBoA deemed the patent impermissible. The EBoA held in its decision that “the commercial exploitation of human embryos was [never] regarded as patentable”,¹³³ which serves “one of the essential objectives of the whole [Biotechnology] Directive to protect human dignity”.¹³⁴ In *Sherley v. Sebelius* it was held irrelevant that in order to achieve stem cell lines embryos have to be destroyed, whereas in *WARF/Stem cells* the Board merely refers to the fact that “[b]efore human embryonic stem cell cultures can be used they have to be made”.¹³⁵ All in all, the interpretation of the European courts has stretched the relevant time period to cover the entire process, whereas the courts in United States have underlined the importance of a particular act – whether of funding or creation of stem cell cultures. However, it appears that both the European and the American system take an equally negative stance towards destroying of embryos to create stem cell cultures, yet by framing the question differently the outcome is different.

Some of these framing questions relevant also to the protection of embryos are to be found from the case of *Association for Molecular Pathology, et al. v. U.S. Patent and Trademark Office, et al.*¹³⁶ (hereinafter, Myriad Genetics) when it was treated by the Courts of Appeals for Federal Circuit. At stake were patents granted to single genes used in diagnosing a heightened risk to breast and ovarian cancers. The Court found a DNA sequence, even if it can be found within the human genome, patentable as such. The Court argued that isolating a single DNA from a

¹³¹ See e.g. *Shum* 2010.

¹³² Decision of the Enlarged Board of Appeal dated 25 November 2008, G 2/06. Official Journal EPO, 5/2009 306–332.

¹³³ *WARF/Stem cells*, p. 18.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 22.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 23.

¹³⁶ *Association for Molecular Pathology, et al. v. Myriad Genetics, Inc., et al*, 689 F.3d 1303 (2012).

longer sequence of DNAs forming the chromosome is, in and of itself, markedly different from a product of nature as genes naturally appear within chromosome and never as isolated DNA.¹³⁷ The case was granted a writ of certiorari where the U.S. Supreme Court unanimously decided to limit the scope of patentability of genes from that of the Courts of Appeals' decision; only complementary DNA (cDNA) deprived of introns was patentable as it required human interference.¹³⁸ Whilst following its former precedents in preventing patenting of naturally occurring DNA, the U.S. Supreme Court does provide a criterion based on which a gene might depart from the realm of nature and become a patentable subject matter. As such, the Myriad Genetics makes it possible, following prior precedents of the Supreme Court in *Mayo Collaborative Services v. Prometheus Laboratories Inc.*¹³⁹ and *Diamond v. Chakrabarty*¹⁴⁰, to patent a special kind of embryo with a greater chance for happiness and longevity using cDNA and pronuclear microinjection.¹⁴¹ Whilst falling squarely to the realm of dystopian future proclaimed by Huxley, there is seemingly nothing preventing monetization of prospective vitality of future generations in the US patent system.¹⁴²

2.4 On pragmatic futility

“Does the present inability of ethics to reach a consensus on what is a person and who is entitled to the right to life prevent the law from defining these terms”,¹⁴³ asks Judge Costa in his separate opinion to ECtHR's decision in the case of *Vo v. France*. It seems that Costa's question is somewhat misguided. There are numerous definitions even within the instance wherein Judge Costa serves to the question who is entitled to the right to life. The question of the beginning of life gains a different answer when asked from the vantage point of what is accepted conduct of the state as it does when

¹³⁷ *Myriad Genetics*, p. 44 et seq.

¹³⁸ *Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc.*, 569 U.S. (slip. op. at 16) (2013).

¹³⁹ *Mayo Collaborative Services v. Prometheus, Inc.*, 566 U.S. 132 S. Ct. 1289 (2012).

¹⁴⁰ *Diamond v. Chakrabarty*, 477 U.S. 303 (1980).

¹⁴¹ Whilst prospects of success for the process are slim the possibility of human transgenesis is recognized in basic English course books (see e.g. *Meisenberg – Simmons* 2012, p. 178) as well as in public government sites (see e.g. <http://www.genome.gov/10004767>, last visited 28 May 2014).

¹⁴² *Rose* 2007, see e.g. p. 31–40.

¹⁴³ Case of *Vo v. France*, para. 7 of the Separate opinion of Judge Costa.

asked from the perspective of an individual. Further, if the individual seeks to tinker with life *in vitro* she is subject to much more arduous dictates with regard to the beginning of life than those meddling with a foetus *in utero*. Where in *Vo* the ECtHR found it sufficient to safeguard the life of the foetus through mother, in *Costa and Pavan* the very same court found no protection from the acts of the mother. Likewise, the CJEU has refused to provide a definition to a number of central concepts of personhood that are relevant to e.g. European citizenry relating to the unborn whereas it found no trouble in defining the embryo with utmost clarity.

When moving past regional courts to national courts, there is no additional regulatory certainty for the definition. For example, in the U.S. courts it is a constitutional right to have an abortion yet it is not unconstitutional to protect an embryo from destruction; there are no second-thoughts in recognising an additional sanction for crimes targeting an expectant mother that also likely cause damage to child-to-be, but similar sanctions for administering drugs in lethal doses are unconstitutional. Or as in Brazilian Supreme Court, one can recognise the life's commencement at conception and, yet, condone abortion of foetus diagnosed with grave disabilities. Not to mention the Nordic countries with their liberal stance on abortion as embodiment of personal integrity, yet their total negation of any female agency in questions of illegal abortion. It is an autonomous decision worthy of respect to abort, yet to do a clandestine abortion is self-harm from which the woman cannot be held liable for. Indeed, the terms are defined as in recent case of *R. v. Levkovic* or in the French Cours de Cassation decision from 2008, yet the confusion remains. References to very perennial values of human rights are commonplace, yet there seems to be no agreement what such rights essentially contain. It is with these open-ended questions that the subsequent chapters commence their quest for tentative answers.

3 THE CONSTITUTION OF LIBERTY

3.1 Introduction

The precedent chapter scanned out the legal dogmatic answer to the question of commencement of life by surveying national and international case law, yet it was able to provide scant in terms of consensus. Discordant courts, codes and conventions amount to a cacophonous global order with only few harmonious tunes. It was initially suggested that the interplay of autonomy

and dignity merit much to this legal confusion; however, the introductory notes barely scratched the surface of the purported meaning for autonomy and dignity. Moreover, thus far there has been no attempt to clarify why it is argued that there is no answer provided by the international law for the question of pivotal importance for the Convention on the Rights of the Child. Anyhow, a whole slew of legal solutions of diverse pedigree were provided above to address this very question of when life begins. It is argued that precisely the multiplicity of answers provided is illustrative of a lacking consensus and absence of even the most elementary legal solution. Arguably, any proof derived from the realm of reproductive rights or patentability of biotechnological innovations is, as such, unrepresentative as a solution to the very different question of when childhood commences in accordance to the article 1 of CRC. Thus, the purpose of the bulk of legal dogma cited above is to illustrate perennial values attached to the unborn from conception to birth, in order to assess the worth of such values for the problem at hand.

Autonomy as a self-standing legal principle cannot be found from any of the international human rights treaties.¹⁴⁴ Nonetheless, it is a perennial principle of the entire liberty narrative, so dominant in the Occidental thought globalised during the 20th and 21st centuries.¹⁴⁵ If there is a singular definition of liberty *qua* autonomy endorsed by much of the post-Washington consensus world order¹⁴⁶, it is the one provided by Friedrich Hayek. For him and much of the neoliberal thought¹⁴⁷, liberty is an exemption from coercion – an essentially negative definition, where personal predicament (i.e. lack of nutrition, funds, etc.) is of no detriment to one’s liberties. Rather they are like “a fire or a flood that destroys my house or an accident that harms my health”,¹⁴⁸ that is, acts of God past human control and as such

¹⁴⁴ Of this long-standing confusion of autonomy and its various connotations, see *Hannum – Lillich* 1980, p. 858 starting the article they argue that “[a]utonomy’ is not a term of art or a concept that has a generally accepted definition in international law”, though admittedly their focus is on governmental autonomy rather than private autonomy.

¹⁴⁵ Such connection is also commonplace in biolaw and bioethics literature, see e.g. *Annas* 2005, p. xiv (“American bioethics has principles, they are mostly drawn from American law, including liberty (autonomy)...”).

¹⁴⁶ For Washington Consensus and its aftermath and Hayek’s legacy in law critically, see *Nicol* 2010.

¹⁴⁷ Neoliberalism originates from the field of economics wherein it has expanded to cover virtually all of the social sciences. One of the earliest and most influential statements for neoliberalism is put forth by *Friedman* 1960: “The point of view from which I shall examine the role of government [...] is that of a liberal in its original sense [...] but that, in the light of changing currents of thought, I am now beginning, perhaps too hopefully, to call the ‘new liberalism.’ Such a liberal regards the market as the only means so far discovered of enabling individuals to coordinate their economic activities without coercion.” (p. 4)

¹⁴⁸ *Hayek* 2011, p. 204.

inconsequential to the realisation of a personal liberty. Thus, autonomy would signify relatively unhindered right for an individual to decide over herself and her life¹⁴⁹, although it would not entitle anyone to have her wishes or desires to be respected. Such negative definition of liberty *qua* autonomy would imply a right to abortion and a right to subject embryos and foetuses to clinical research, but the fulfilment of said aspirations would depend entirely from the material wealth of the individual and the willingness of others to accept his goals. It is this form of autonomy that is shown in *St. George's Hospital NHS Trust v. S.*¹⁵⁰, that is, an unfettered autonomy to prevent others from interfering with your personal choice irrespective of the moral condemnation of the community.

The other facet of autonomy is detailed in the seminal article of Isaiah Berlin, originally marking his inauguration.¹⁵¹ He outlines two very different concepts of liberty, one negative espoused by likes of Hayek, and another positive developed by the likes of Rousseau and Hegel. As Berlin notes “a frontier must be drawn between the area of private life and that of public authority”. In the realm of public authority, the realisation of liberties and freedoms, and, thus, of autonomy, is subject to interests of others, where in the confines of private life, all coercion would be absconded. To make the matter clear, Berlin underlines the importance of means to enjoy from freedom (and subsequent autonomy) through a rhetorical question: “What is freedom to those who cannot make use of it?” Whereas in Hayekian negative autonomy one is free from coercion by fellow men, in Berlinian positive autonomy one is free to fulfil ones fullest potential and have support from the society in achieving it. The positive dimension of liberty and of autonomy is well-illustrated in the aforementioned cases dictating a mandate for the states to provide efficient access to abortion where legislation so provides. For example, *L.C. v. Peru* and *A, B and C v. Ireland* rely to positive elements of freedom and autonomy, whilst bestowing obligations to states.

Past this very rudimentary conceptual throat clearing, the concept of autonomy appears both elusive and ephemeral. It contains elements of agency and liberty, but what else?¹⁵² Is it autonomy to have genetic make-up of an embryo verified before it is implanted to woman's uterus? Or would autonomy best describe a right to have an abortion? These and other

¹⁴⁹ A mounting critique to such a minimalist position of liberty has been an emerging theme on much of autonomy debate during the past two decades. See for such a critical stance e.g. *Flikschuh* 2012.

¹⁵⁰ See *supra*.

¹⁵¹ *Berlin* 1986.

¹⁵² *Beauchamp – Childress* 2009, p. 100.

questions where private rights and public concerns conflict are hard to settle with precise norms; rather, the evaluation of them is principle-like to follow Alexy's renowned classification. However, it says fairly little from the content of autonomy and provides scant guidance as of how future legal conundrums ought to be solved. To say one is to balance between diverging interests and fulfil the purpose and function of each principle to its utmost potential does not address the question itself: how courts are supposed to succeed in it even if they would command unlimited capacities of Dworkin's Hercules? Such a problem is recognised by Alexy outright: "if the openness of a norm combines with fundamental disagreements about its subject-matter, then the stage has been set for a major dispute",¹⁵³ for which the case-law can even add.¹⁵⁴ The cases cited above and the great diversity in the legal response globally illustrate that even if there would be an elementary agreement on the content of autonomy, there most certainly is no agreement as of its importance and scope when balanced against interests of the public.

An adjoined question to the relation of autonomy with other legal principles is the question as of who are entitled to protection of autonomy. It is but a relatively recent debate on the rights of women, disabled, elderly and children that has revealed how far-reaching limitations there are set for those who are not deemed as paradigmatic bearers of rights. For example, to Brownsword "the paradigmatic bearer of rights is one who has the developed capacity for exercising whatever rights are held",¹⁵⁵ obviously limiting the scope of those endowed with autonomous rights. It is therefore considered no travesty for a statute to provide a legal guardian with a right to decide on far-reaching violations to the physical integrity of those outside the group of "paradigmatic bearers of rights"; in Finland, for one, the termination of pregnancy can be requested by a legal guardian¹⁵⁶ on all grounds recognised by law (including e.g. lowered capacity to take care of a child)¹⁵⁷, even though there is no direct harm to the physical or mental health of the expectant mother from said pregnancy. Such a formalistic reading of the scope of autonomy *ratio personae*, either instils too great a trust to rationality of paradigmatic bearers of rights or is too eager to denounce rationality from those outside its scope. Even if one would be fully incapable of rearing a child there is no right for the public

¹⁵³ Alexy 2002, p. 2.

¹⁵⁴ Ibid., p. 3.

¹⁵⁵ Brownsword 2008, p. 18.

¹⁵⁶ Laki raskauden keskeyttämisestä (1970/239) [Act on Termination of Pregnancy], section 2.

¹⁵⁷ Ibid., section 1(6).

to interfere with a decision to have one if you are generally deemed as having the capacity to exercise discretion, yet a presumption of ineptness based on group characteristics is a sufficient and necessary condition for such a public action.¹⁵⁸ These questions are further accentuated when of concern are beings unable to formulate any response (e.g. fetuses).¹⁵⁹

The chapter is divided into three sections each exploring a particular facet of autonomy relevant to the commencement of life discussion. First, treating the doctrine of informed consent and its relation to autonomy, second, underlines predominantly technological concerns posed to autonomy debate. In the third and final section, the position of autonomy in the field of human rights is analysed based on the cases cited in the second chapter.

3.2 An autonomous consent

Procreation, reproductive rights and assisted reproductive technologies abound discussion on the importance of consent of an informed kin. A basic premise for much of this parlance is consent as a trump, overriding reasons of other sorts.¹⁶⁰ Once someone can show consent or lack thereof, the argument ends. Therefore, it is hardly surprising that questions of correct consent and its inherent qualities have garnered much attention. Also, a vast number of cases cited in the precedent chapter have a say on consent and its formation. The narrative supporting the importance of consent is twofold. On the one hand, it has a powerful emancipatory justification, in which it is considered a vessel of feminine empowerment – an instrument of control over one’s own body –¹⁶¹, on the other hand, consent is deemed to belong to the realm of private and unhindered liberty, wherein the public may not interfere.¹⁶² Both of the narratives have a common origin condemning, respectively, paternalistic interventions by the male sex or by the society writ large.

Predominantly, when we human beings procreate it is a consequence of a consensual decision made by both parties. However, it is not unheard of that a pregnancy is a result from an act that lacked either consent or

¹⁵⁸ A critique of such formalistic stance within the framework of dictates posed to Member States of UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities is provided by *Buch – Kerzner* 2010.

¹⁵⁹ See e.g. *Schmidt* 1997.

¹⁶⁰ See *Dworkin* 1984.

¹⁶¹ See e.g. *Dickenson* 2007.

¹⁶² See e.g. *Siegel* 2012.

intention to procreate. And when there is no intention or acceptance for the pregnancy, its continuation is subject to *ex post facto* consent or acceptance. If such an acceptance cannot be construed, recourse to termination of pregnancy is an obvious course of action in much of the Occident (and elsewhere). A paradigmatic example of such a scenario, recurrently encountered by the courts, is where pregnancy is an outcome of a rape or other form of sexual abuse as, e.g., in the cases of *L.C. v. Peru* and *S. and P. v. Poland* mentioned briefly above. To force a woman to proceed with the pregnancy under such circumstances would be a grave violation to her right of bodily integrity and disrespect for her right to decide.¹⁶³ Outside such clear-cut cases, the emancipatory argumentation through consent is much more strained. For example, Siegel argues – with regard to a decision of the Colombian Constitutional Court, to allow legislature to criminalize abortion in cases of consensual sex – that such an approach “presumes that for women, consent to sex *is* consent to procreation”,¹⁶⁴ without a modicum of consideration that, *ipso facto*, for men the consent to sex is under all circumstances a consent to procreation, as there are few who would argue in favour of man’s right to demand an abortion.¹⁶⁵

To underline the problem of consent as a trump argumentation with regard to abortion, it is possible to reverse the situation. What if a man is raped and, consequently, the rapist ends up being pregnant. Take a recent example from Toronto, where a young man was allegedly raped by four women.¹⁶⁶ If consent to procreate would be the sole argument, then, obviously, the raped man would have a right to demand for an abortion. After all, he cannot be anymore forced to parenthood and personal turmoil than a woman raped. Furthermore, there is no more consent here on behalf of the man raped to have sex or to procreate than had the victim been a woman. It becomes obvious, that essential to the right to have an abortion for those pregnant by rape is not the lack or presence of their consent and, hence, the

¹⁶³ An illustrative example from a philosophical point of view is provided by *Thomson* 1974 using vivid imaginary of a person attached to a machine to uphold the life of a concert violinist forced to stay connected for the next nine months to exemplify the life of a pregnant woman.

¹⁶⁴ *Siegel* 2012, p. 1074–1075, emphasis in the original.

¹⁶⁵ Men’s right to family life and through it a decisive command over women’s decisions to abort are not protected, as evidenced by the now established case law of the ECtHR, see e.g. cases *H. v. Norway* (17004/90) and *Boso v. Italy* (50490/99). In the US courts a similar ruling was given in *Planned Parenthood* case cited above.

¹⁶⁶ Vidya Kauri, Four women wanted in alleged sex assault of 19-year-old man in downtown Toronto, *National Post* of 7 April 2013, available at <http://bit.ly/143uBBY> (accessed 19 May 2013). A powerful, literary, example of past impunity of female rapist in Finland is Märta Tikkanen’s novel *Man kan inte våldtas* (“Man cannot be raped”).

right to have an abortion cannot be found solely on such claims either.¹⁶⁷ A more reasoned approach would be to argue e.g. based on restorative theory of criminal law that woman has a right to restore her life to the state it was before the heinous act. Or to use the human rights narrative of physical integrity to argue that such decisions simply belong to a woman by the very definition of them having to carry the physiological burden of pregnancy. The obvious problem with the latter alternative, in the eyes of many, is that it expands the right to abortion to all pregnancies, irrespective of their consensual or non-consensual origin and makes the decision of abortion solely a subject to deliberation of the expectant woman.

But informed consent has a much wider reach than simply questions relevant to right of a raped to have an abortion.¹⁶⁸ Its reign in medical law is revealed by decisions like *St. George's Hospital NHS Trust v. S.*, where once consent is correctly issued it trumps all counter-arguments, irrespective of their apparent qualities. From a Kantian perspective, it is purely rational for us to condone such a maxim, whereby all transgressions to our body are subject to our acceptance.¹⁶⁹ There are, however, two precise requirements for informed consent; one demands patients to understand information they are provided with, whereas other calls for a capacity to analyse granted information to formulate a decision.¹⁷⁰ Moreover, before a court or a treaty can formulate any doctrine of consent, it must first endorse a particular conception of both autonomy and consent.¹⁷¹ Thus, diverse responses to informed consent can relate to a number of factors ranging from different demands set for the medical information provided to the individual's capacity to assess the relevance of the provided information. A particular problem of inconsistency emerges, which in and of itself might be detrimental to the very idea of legitimacy of legal rule.¹⁷² An example provided by Charles Foster on the inherent inconsistency of the informed consent argumentation within the British courts is the case of *Re L (Patient: Non-consensual Treatment)*¹⁷³, where a woman suffering from

¹⁶⁷ Alternative argument would be to base rape on a property model, see *Phillips* 2013, p. 42–64.

¹⁶⁸ In general from informed consent and its limits, see e.g. *Schneider – Farrell* 2000 and *Herring* 2012, pp. 149–220.

¹⁶⁹ From Kantian rationality as a foundation of autonomy, see *Lindley* 1986, pp. 13–27,

¹⁷⁰ *Schneider – Farrell* 2000, p. 108ff.

¹⁷¹ *Maclean* 2008, p. 113. Of various conceptions of autonomy, see e.g. *Dworkin* 1988, p. 5–6.

¹⁷² Argument against inconsistency in the public answer to the margins of life questions, see *Friberg-Fernros* 2008, p. 19–27.

¹⁷³ *Re L (Patient: Non-consensual Treatment)*, [1997] 8 Med LR 217.

needle phobia was deemed to have lacked faculties to provide a consent to have a caesarean section.¹⁷⁴ The lack of capacity of the woman was, according to the court, a sufficient reason to disregard any allegations of non-consensual treatment. The court failed to provide, however, an argument how a needle phobia is sufficient to annul consent or lack thereof to a treatment where demands for a natural delivery by S. in the St George's Hospital case was not. Outcome from both decisions would have been the same, both are equally considered bad choices by the society writ large, yet both are independent decisions by wholly independent actors. If fallacy of our beliefs, emotions or sensations is to be a decisive element for the autonomous nature of our consent, whose standards are to dictate the boundaries within which said feelings are to still count as autonomous? A retort to second-order desires as truly decisive to consent renders humane aspirations more important than genuine capacity to act.¹⁷⁵ I might desire a virtuous career as an international civil servant,¹⁷⁶ yet I may in fully autonomous fashion decide to work for a multinational firm responsible from repeated violations of human, environmental and societal rights.

In order to analyse the breadth of autonomy to consent, an informative vantage point is to look for those decisions and persons who do not meet the threshold of autonomy. It has been commonly agreed upon that there are groups of people for whom we do not recognise autonomy. Traditional categories include, inter alia, children, disabled and elderly, but there are several other categories to be found the world over (most notable of which would be women and girls). For example, a refusal from a treatment by a 10-year-old because he happens to have a needle phobia, would not even be considered as a violation of autonomous consent, even though a 10-year-old most certainly is capable of recognising what he is afraid of equally well and quite as reasonably as an adult with similar fears and phobias.¹⁷⁷ The difference lies not in the content or the autonomy of the consent, rather it resides on the one showing the consent. Particularly problematic from said vantage point are categories with vast internal disaggregation; such are transgressions to the rights of disabled to autonomously decide to lead a full life, including but not limited to, a right to family life. A wide-ranging practice of forced sterilisations and forced provision of contraceptives are but some aspects of said phenomenon to control procreation of those

¹⁷⁴ For the argument, see *Foster* 2009.

¹⁷⁵ On criticism of second-order desires, see e.g. *Beauchamp – Childress* 2009, p. 100–101.

¹⁷⁶ Of virtuous musings of an international civil servant within the United Nations, see *Orford* 2011.

¹⁷⁷ Of said argument and others, see *Lindley* 1986, pp. 117–139.

deemed lacking the capacity for an autonomous informed consent.¹⁷⁸ Even though e.g. the ECtHR has underlined the importance of consent and presence of grave consequences to the health of the individual to override such consent,¹⁷⁹ the aforementioned Finnish act on termination of pregnancy shows no limits to public deliberation on the capacity of a disabled to rear a child.¹⁸⁰ Considering how Article 23(1) of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities recognises the right to family life for disabled and furthermore, the rights of disabled are recognised in the ethical guidelines of obstetrics and gynaecology¹⁸¹, it is a troubled doctrine of eugenics rather than paternalism that is shown in the Finnish practice. Furthermore, many of the classifications of mental illnesses are imprecise and decisive is the opinion of those treating the individual, rather than any objectively verifiable condition, albeit such are also entailed by definition.¹⁸² As with children, the disabled are treated as a singular category of people with innately more limited set of rights, which is reflected in their more limited control over their life, even in the walks of life where they are fully capable to provide a meaningful consent.

Value of autonomy and consent as a legal paradigm to solve the enigma of the beginning of life is further hampered by the self-induced abortion cases referred above. If autonomy is to have any meaningful content in defining the scope of consent, it has to have a foreseeable and cogent application. The self-induced abortion cases are riddled with a logical problem: if consent is a necessary condition for the acceptability of a medical operation, and consent is present in a medical operation, does that consent not constitute an integral part of said procedure. To disentangle consent from an operation makes consent meaningless. Recourse to self-harm as a

¹⁷⁸ For the forced sterilizations of mentally disabled women, see the case of *Gauer et autres c. France* (61521/08).

¹⁷⁹ See e.g. *Case of X v. Finland* (No. 34806/04) of 3 July 2012, para. 218 ff.

¹⁸⁰ To clarify the sparse definition of the Finnish law, an email correspondence was conducted with three officials of Finnish government responsible from the execution of said provisions. Communication in file with the author.

¹⁸¹ FIGO, *Ethical Issues in Obstetrics and Gynecology of October 2011*, p. 124.

¹⁸² See e.g. Wired magazine's article *Inside the Battle to Define Mental Illness* of 27 December 2010 at <http://bit.ly/dWq2Sm> (accessed 17 May 2013) by Gary Greenberg, where the author of *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM)*, Allen Frances, quips that "there is no definition of a mental disorder. It's bullshit. I mean, you just can't define it." Or a more recent article from by Lena H. Sun, "Psychiatry's revamped DSM guidebook fuels debate", *Washington Post*, 17 May 2013 at <http://wapo.st/14bHEh3> (accessed 17 May 2013). In Sun's article the debate referred to concerns new and modified categories of mental health e.g. an added category for a binge-eating disorder and more lax definition of ADHD in the new, fifth edition of DSM. From social construction of psychiatric and psychological knowledge, see *Rose 1999*.

justification for a categorical denial of an autonomous consent and agency is equally problematic; after all, there is arguable self-harm from deferral of treatment where it might lead to a permanent disability or death of the patient and, yet, such consent is not overridden but rather is cherished as a manifestation of the autonomous will of a patient. Thus, it is possible for a pregnant woman to consensually administer medication to induce a termination of pregnancy that would be unlawful not only to medical professionals but to everyone else, without any limits to her autonomy. However, the justification for this is the lack of autonomy as would she be autonomous, she would not be entitled to administer said drugs that are reserved for physicians or other medical professionals only. In other words, the autonomy is protected by defining its exercise as antithetical to autonomy, which justifies impunity. Even a materially minimal conception of autonomy necessitates logical consistency.¹⁸³

Autonomous consent, it appears, is no trump. It is a trump when it provides a paradigmatic bearer of rights the control over himself, but even then it trumps only when the community of other paradigmatic right-holders consider such an action as genuinely rational, using our culturally dictated and temporally shifting metrics for defining such rationality. For those on the fringes of autonomy, consent provides little if anything. It is “their” lesser capacity to reason, “their” inconsiderate needs and “their” argumentation that is faulty not “our” framework for defining what autonomy and consent means.¹⁸⁴ As David Hume once wrote, “’Tis not contrary to reason to prefer the destruction of the whole world to the scratching of my finger”,¹⁸⁵ thus it hardly ought to be against reason to let most anyone decide from their own life, if we bestow such right to some. A second-order desire hardly is any better guidance than a first-order one, if in reality all choices are independent of any naturalistic moral compass dictating the correct sentiments and desires.

3.3 Autonomy and scientific knowledge

The general lack of content for autonomy *qua* informed consent has not stifled its extensive use as a justification for virtually all biomedical treatments, albeit “[i]t is not as if doctors offer patients a smorgasbord

¹⁸³ See e.g. *Dworkin* 1988, p. 7.

¹⁸⁴ Of these insights of theirness and ourness I am indebted to *MacIntyre* 1999. See with relation to disabled e.g. p. 2.

¹⁸⁵ *Hume* 1739–40, T.2.3.3.6.

of possible treatments and interventions, a variegated menu of care and cure”.¹⁸⁶ Whereas traditional means of procreation entail an autonomous decision to choose how many, when and with whom to have children,¹⁸⁷ a person subject to assisted means of procreation only has a choice of do’s-or-don’ts. Likewise, there are no grades or shades of autonomous choice with regard to prenatal diagnosis; either you participate on diagnosis or you don’t, either you terminate the pregnancy or you don’t, etc. Even though autonomy is portrayed as a principle, it functions as a norm.¹⁸⁸ The greater the requirements of information, the more strained the relationship of autonomy and consent becomes.

An integral element of medical ethics is the doctrine of informed consent, providing a strong credo to wills and wants of the patient. To be informed, however, is a quagmire of its own, even though recurrently tagged along with consent and autonomy. Novel challenges posed by new technologies of reproduction are multifarious. The most underscored challenge is related to disparity of information between patient and those providing treatments, as information paired with individual autonomy “may increase the autonomy of those in positions of power”,¹⁸⁹ enabling them to act behind the veneer of manifest autonomy that reflects more the desires of those providing treatments than desires of patients. Other particular concerns evoked by new technologies were already briefly referred to above with the case law: legal status of frozen embryos, prenatal genetic diagnosis and prenatal screenings. Even though they are unique legal problems, they enshrine much the same values in conflict, i.e., autonomy of the parents to dictate when to bear and beget a child vis-à-vis those of the human tissue to enjoy particular dignity as a member of human species.

Regulating risks – environmental, genetic, biological, etc. – is a cornerstone for much of modern society and regulatory agency.¹⁹⁰ Public acts are, however, not the sole province of risk parlance; rather, consciousness of risks has been transposed to the wider circles of society, therein entailed individual decision-making in realms of health. A risk to health may be introduced in positive terms (e.g. eat tomatoes to stay healthy) or in negative terms (e.g. eat animal fats and risk a cardio-vascular disease). In the realm

¹⁸⁶ O’Neill 2002, p. 38.

¹⁸⁷ See, however, above vis-à-vis rights of disabled to family life (see supra) and the notable exception of Chinese one-child policy and a recent development in Myanmar (née Burma) where Muslim Rohingya minority is limited to two children.

¹⁸⁸ See for an authoritative account, *Beauchamp – Childress* 2009, pp. 99–148.

¹⁸⁹ O’Neill 2002, p. 3.

¹⁹⁰ *Locus classicus* for risk society at large is *Beck* 1992. For regulation of risks, see *Hood – Rothstein – Baldwin* 2001.

of biomedicine, risks are purely negative and unavoidable: there is a 1:80 chance for a child with a disability, not a 79:80 chance for a healthy child. An autonomous choice, as depicted by the courts and legislators, requires an individual concerned to solicit her personal desires when encountered with such information and, consequently, to act according to these predilections. Yet, an introspection of desires might prove futile when there is no information on which to found these desires. Edwards syndrome, Huntington's disease or Gaucher's disease might not reveal much to any of us, but they are genetic disorders that could be traced in diagnosis before birth. Further, they all mark a deviation from the ephemeral standard of health¹⁹¹, causing ailments of varying degree for which the presence can be diagnosed with some certainty. As such, diagnosis can be perceived as a means to abolish uncertainties and, thus, allowing an autonomous choice. But the diagnosis to abolish these uncertainties itself, at least during pregnancy, poses a notable risk, in the common parlance of riskiness (i.e. ½ to 1 per cent lead to miscarriage). An illustrative case in point is a Finnish information leaflet on prenatal screening for expectant parents. Use of risk factors starts on the very first page (e.g. "three in hundred [...] are found to have a structural or chromosomal abnormality") and continues throughout the leaflet.¹⁹²

To assess uncertainties framed in risks, it is customary to place trust on those deemed to possess best faculties to evaluate the information provided. With regard to the genetic disorders or the purpose of prenatal screenings, it is prevalently the medical professionals whom we trust.¹⁹³ It leads to a paradox whereby the amount of information provided by prenatal screening essentially diminishes the role of autonomy, as the additional information is assessed in medical terms. Whereas with questions of consent explored above, where refusal from treatment was understandable and concrete to the patient and his desires, in prenatal screenings overlapping risks are highly abstract. A risk of personal ailment and distress of parents and a possible torment of a yet unborn child is compared to an imperilment of the same unborn child to miscarriage. In other words, "technical experts are given pole position to define agendas and impose bounding premises

¹⁹¹ On the fleeting notion of health and its definitions, see e.g. *Herring* 2012, pp. 5–7. The authoritative notion of health for many legal scholars is provided by the World Health Organization. For WHO "[h]ealth is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity". (Preamble to WHO Constitution). See also a welfare account to health and human enhancement espoused by *Savulescu – Sandberg – Kahane* 2011.

¹⁹² *National Institute for Health and Welfare*, Prenatal screening: A guide for expectant parents.

¹⁹³ *Clark* 2002; *O'Neill* 2002.

a priori on risk discourses.¹⁹⁴ And as shown by e.g. Mianna Meskus, the trust amounts to a fairly uncritical acceptance of medical information as a foundation for moral choices,¹⁹⁵ though the amount of so-called false positives (i.e. diagnose of a disease although there is no disease) is not non-negligible even for the genetic disorders best known.¹⁹⁶

The problem with the use of medical information and medical expertise is not limited to abortion decisions, but is a more generic trait of different moral frameworks. For many scientists and physicians, decisions are evaluated based on their foreseeable outcome and its positive consequences for the society or a segment thereof, whereas for parents not only the framework of analysis might differ but also the innate worth given to an act. The latter, commonly called deontological stance provides actions with innate moral value, whereas the former, referred to as consequentialist, places importance to likeable results of a decision. Therefore, it is entirely rational from the vantage point of a public health care provider to support an abortion of a foetus diagnosed with a genetic disorder leading to significant savings for the public health care in times of austerity, and it is equally rational for the parents to oppose it. Thus, transferral of decisive autonomy to those commanding medical expertise not only changes the locus of agency, it can also alter the modus of evaluation. In biotechnological discussion, these arguments are commonly advocated with relation to stem cell research. It is readily available also in much of the public debate, as reporting of a recent discovery of a novel technology of stem cell cloning¹⁹⁷ shows, “[o]ther researchers agree with [Shoukhrat Mitalipov] and argue that the possible benefits of the research outweigh the [ethical] concerns.”¹⁹⁸

Even though accentuated in individual decision-making, pole position the technical experts have is firmly established at courts and legislators.¹⁹⁹ Legislators regulate on un-founded premises and courts decide in absence of accurate information. For example, during the national proceedings of *Evans v. the United Kingdom*, an analogy was drawn between an infertile man and an infertile woman.²⁰⁰ It is accurate to state that the biological and medical fact of infertility might be the same for both sexes, but at the

¹⁹⁴ Lash – Wynne 1992, p. 5.

¹⁹⁵ Meskus 2009, p. 185. An earlier account from the American experiences on amniocentesis Rapp 1999, chap. 9 pp. 220–262.

¹⁹⁶ See e.g. Ekelund, et al. 2008 reporting a 5.2% false positive rate for Down syndrome.

¹⁹⁷ Tachibana et al. 2013.

¹⁹⁸ Rob Stein – Michaeleen Doucleff, “Scientists Clone Human Embryos to Make Stem Cells”, NPR News 15 May 2013, <http://goo.gl/JEpgp> (accessed 16 May 2013).

¹⁹⁹ In more general terms with regard to expert knowledge, see e.g. Kennedy 2005.

²⁰⁰ *Evans*, para. 23.

time of the legal proceedings, prospects of storing an ovum were vastly different from that of storing sperm.²⁰¹ Ms. Evans had no genuine alternative to fertilising her ova to enable further procreation, whereas purported Mr. Smith with testicular cancer could have equally well stored his sperm for later use. It is accurate to say that the law *de jure* was the same for man and for woman (i.e. use of a fertilised embryo was subject to partner's consent), but *de facto* there were no similar avenues to pursue (i.e. it was not a feasible alternative to retort to oocyte cryopreservation, whereas cryopreservation of sperm was commonplace and efficient). Therefore, an analogy of legal facts was not backed by medical facts, which led to application of law that was entirely dissonant from the medical facts. Alternatively, there is ample evidence of scenarios wherein the opposite has held true: an influx of medical knowledge trumps other concerns, as with innovative treatments.²⁰² The legal response to innovative treatments has been diffuse, and any transgressions on the rights of practitioners to perform novel treatments are often met with disdain and critique.²⁰³ In other words, when traditional clinical practice is insufficient for provision of cure and care, the subsequent acts of medical practitioners are mostly intentionally unregulated because of the mounting criticism of the medical experts. A novel treatment is heralded always as a saviour of human kind, and a failure in treatment leads to the "natural outcome", which medicine for the time being was, sadly, unable to avert – there is but a narrative of success surrounding these technicians of human.²⁰⁴

Albeit transgressions to individual autonomy are the most far-reaching with regard to informational disparity, there are other notable concerns to

²⁰¹ For history of cryopreservation of sperm, see *Walters et al.* 2009, p. 4. With regard to oocyte (egg) cryopreservation, see *Gook* 2011. Essentially, sperm has been stored successfully from 1950s onwards whereas preservation of eggs was still very much experimental in late 1990s and early 2000s, when Evans together with her partner decided on storage of embryos. *Sheldon* 2010, p. 62 states that "At the time Evans was treated, however, no successful pregnancy had ever resulted from stored eggs".

²⁰² *Chan* 2013.

²⁰³ For example, Summary of the responses to the public consultation on Regulation (EC) No. 1394/2007 on advanced therapy medicinal products, SANCO/D5/RSR/iv(2013)ddg1.d5, p. 3: "The high requirements of the Regulation were blamed for the disappearance of some innovative products from the market."

²⁰⁴ A narrative of success is well-illustrated in e.g. recent news of two-year-old receiving new trachea made from her stem cells. Carl Franzen, Two-year-old girl receives new trachea made from her own stem cells", *The Verge* on 30 April 2013, <http://bit.ly/15X-PGNW> (accessed 11 June 2013). Even a death of patient is a success for this narrative, John Lichfield, Face and hand transplant patient dies, *The Independent* on 16 June 2009, <http://ind.pn/11cNN9D> (accessed 11 June 2013). The physician conducting the operation is quoted saying in the news reporting death of a patient how "operation [...] had taken transplant surgery into important new territory".

autonomy created by new technologies. It has been over thirty years from the birth of the first human born with the help of technology, yet many of the questions relevant to these technologies are still left unanswered. As was shown with cases like *Evans v. the United Kingdom*²⁰⁵ and *Roman v. Roman*²⁰⁶ above, the doctrine of consent serves an important function also on technological domain of autonomy. It is here that whimsical wishes of paradigmatic right-holders reign supreme; rather than considering consent as a singular act, taking place at the moment of fertilisation of the embryo – as is the case with the more traditional means of procreation –, consent in the past was considered immaterial to the consent in the present. The doctrine of consent shown in *Evans* and *Roman v. Roman* is hard to settle with the more recent decision of the CJEU in *Brüstle*: if a fertilised embryo is a member of human species worthy of our respect, how can withdrawal of consent dehumanise said subject to a level of being a mere object disposable through contract? As the margins of life have become tangible because of the advanced technology, the autonomy has had an *effet pervers* of extending right of transaction to cover human species, albeit such transactions in the past have been deemed tantamount to treating humans as means rather than as ends to follow the Kantian dicta.

Expansion of diagnostics to cover fetuses and embryos has amounted to variegated issues of conflict between dignity and autonomy. In *Costa and Pavan v. Italy*²⁰⁷ the aforementioned self-fulfilling prophecy of medical knowledge is illustrated, even though the argument employed by the ECtHR seeks to found its legal reasoning as the sole logical conclusion from the premises. In *Costa and Pavan*, the Court justified pre-implementation genetic diagnosis of an embryo for genetic disorders if an abortion would be possible on same grounds. Thus, if abortion is justified on eugenic merits (i.e. due to a foreseeable disability or a condition deemed undesirable), the expansion of genetic knowledge leads to expansion of these merits. Further, health and its definition are constantly re-negotiated and what today is considered healthy might tomorrow be deemed inhumane suffering and *vice versa*. Also, as argued by many a philosopher, if we had technological capacity to improve our human condition it would not only be advisable but imperative to act in such a fashion.²⁰⁸ Arguably, *Costa and Pavan* paves a way to not only voluntary but also mandatory human enhancement; when in possession of information that might be detrimental

²⁰⁵ See *supra*.

²⁰⁶ See *supra*.

²⁰⁷ See *supra*.

²⁰⁸ See e.g. *Savulescu* 2007.

to the health and happiness of a child-to-be, it indeed would be immoral not to improve such condition. With all likelihood parents would embrace the idea of healthier, fitter, more intelligent and well-behaving child in similar all-embracing fashion as they have embraced medical opinion on Down syndrome.²⁰⁹

A growing sentiment of risk and its aversion has been the most tangible outcome from the instrumental rationality of science becoming the informant of individual and public choice in the actions concerning the unborn.²¹⁰ To suppress the risks, ever greater concessions are made to quell abnormalities; in a systematic fashion of Foucauldian biopolitics, we learn to control our own hereditary, as any deviations from the standard of health is a detriment to genuine happiness.²¹¹ Our second-order desires are moulded to avoid risk and eradicate sources of it, despite our better knowledge that risks cannot be removed from our life, no matter how closely we are surveying ourselves. A presence of risk signals a moment of termination. An autonomous agent no longer can function without the information that enslaves him to act in its accordance; cornerstones of autonomy – liberty and agency – are devalued to merit but to simplistic utilitarian calculations.²¹² If a child is healthy, it and I or we as parent(s) will be happier, on the contrary, if it is a bearer of genetic disorder life will be but misery for it and me or us. Therefore, it is but rational to terminate pregnancy or destroy the embryo for it is the harbinger of misery. Even though a valid and important argument, its encroachment to cover all of debate on the status of unborn is unnerving. Life, even a good life, amounts to much more than a simple state of being healthy.

3.4 Human rights, autonomy and biotechnology

Narrative of human rights promotes non-interference of states and agency of individuals; human rights are a discourse of personal freedom, of choice

²⁰⁹ Skotko 2009.

²¹⁰ Instrumental rationality as an embodiment of Enlightenment mission is illuminated and explored by *Horkheimer – Adorno* 1973. They argue that such rationality has no place for emotions or metaphysics; rather, everything ought to be subject to exact calculations.

²¹¹ See e.g. *Armstrong* 1995 and *Meskus* 2009.

²¹² From an instrumental value of medical knowledge, see e.g. *Tammela – Nuutila* 2008. They argue that disregard of medical knowledge is tantamount to negligence and alleviated only with more relevant information, i.e., medical information. As such, their argument is much akin to what has been proposed by Žižek 2008, pp. 18–19 with regard to globalisation: the sole remedy to correct failures in globalisation (or in medical knowledge) is to adhere to its doctrine with an ever greater vigour.

and faculty to make reasoned choices. Biotechnology is totalitarian. There are no choices to be made, agency to respect or freedom to cherish: it is a narrative of probabilities and facts, devoid of humane interference. Humanity is a condition cured by biotechnology. As such it is why there has been but limited interest to marry human rights and biotechnology, even though bioethicists consider the present state of non-communication deplorable.²¹³ Could the human rights narrative redeem autonomy from the jaws of biotechnological discourse? It is argued that precisely through marrying autonomy with human rights, autonomy has become *conditio sine qua non* for much of bioethical and biotechnological parlance. By alluding the foremost value of autonomy as a rudimentary human right – essential for the felicitous enjoyment of a number of human rights as freedoms – biotechnological narrative may lean heavily on justification of consent for virtually all transgressions of human rights as understood within the traditional human rights narrative. Dialectic emerges where both sides argue for the promotion of human rights with autonomy at the epicentres of them both; the one side has human rights as a core concept with independent value, the other as an instrument to shadow criticism towards its practices.

The parlance of choice as a fundamental human right is the foremost tool for the vast bioethical debate initiated by those leaning more towards natural sciences (e.g. physicians, medical researchers, biologists, etc.), whereas more traditional human rights narrative relies on metaphors and ephemeral notions of balance and private or public interest. Richard Ashcroft notes that morally fundamental role of rights is nigh universally denounced by bioethicists; therefore, rights are necessarily embodiments of other, more fundamental moral concepts “be that autonomy, or interests, or community membership”.²¹⁴ Such concept is antithetical to traditional concept of human rights espoused in legal academia, where human rights are morally imperative as they are rights belonging to everyone because of humanity, not some additional condition that needs to be fulfilled. Alternatively, human rights can be treated as simple dictates of power systems devoid of any moral significance: as a mere issuance of positive law with no connection or attempt to answer the question what would be desirable. Further, there are those who reject the entire concept of human rights. Thus, it is hardly surprising that marriage of concepts with either having no agreed upon core meaning leads to a most unruly couple. Beyleveld and Brownsword illustrate a similar dichotomy with regard to bioethics

²¹³ See e.g. Freeman 2008.

²¹⁴ Ashcroft 2008, p. 39.

and dignity, by referring it on the one hand as empowerment, on the other as constraint.²¹⁵ For a bioethicist rights narrative is a constraint, for a traditional human rights scholars, an empowerment. Both parties, however, use the narrative of autonomy to justify either constraints to domain of human rights or enlarge its dominion.

The bifurcation of autonomy to serve two masters, both hailing at times from common origins (i.e. Kantian philosophy), is discernible also in courts' argumentation. Most apparent this dualistic nature of autonomy is when juxtaposing courts' arguments in matters of assisted reproduction and stem cell research. In *Roman v. Roman*, the Texas court of appeals reiterates relevant U.S. case law from *Davis v. Davis* to *re Marriage of Witten*, concluding that agreements on status of cryopreserved embryos are enforceable. These agreements, when signalling autonomous consent are binding and their impact for the embryo are immaterial. Autonomy functions in role of empowerment: it empowers progenitors to enjoy their civil rights to beget children through the exercise of their autonomous will. As a corollary of such rights, autonomy cannot be withhold from leading to inimical outcome, i.e., to not have children. The right is to have children and to have that private decision respected, not a right to implant fertilised embryos; thus, the right to unabridged liberty to decide on private life would be the fundamental or human right (e.g. in U.S. context it would be the fourteenth amendment, in the ECtHR jurisprudence it is art. 8). In strictly private sphere, autonomy is endowment in its pristine form, with constraints not being constraints to the right, but manifestations of its exercise.

The tables are turned when dealing with stem cells and their use as part of medical research and medication. In *Sherley v. Sebelius*, the statutory provision in Dickey-Wicker Amendment – a budget provision preventing U.S. federal funding to research wherein embryos are destroyed for creating stem cell lines – did not prohibit funding research projects where stem cells were merely used. The seemingly unambiguous decision by the courts on the matter, departs, however, greatly from what has become the law of the land with regard to cryopreserved embryos. It is precisely here that autonomy serves as a constraint. Science is public as is federal funding; consequently, it is the autonomy of *demos* dictating, rather than that of an individual agent. Public is, by definition, a limitation to unhindered actions of private, even though from any cogent moral or legal stance, there might be no distinction. If the vantage point to *Sherley v. Sebelius* is an embryo and its destruction, it cannot possibly be settled with the contractual model embraced by the same jurisdiction with regard

²¹⁵ *Beyleveld – Brownsword* 2001, p. 11.

to destruction of cryopreserved embryos. The American argument has no place for dignity parlance and the recent attempts to impregnate embryo with personhood is paradigmatic of this;²¹⁶ after all, would an embryo be a person it would be entitled to respect of its privacy and life through constitution by virtue of innate autonomy of every person, not innate dignity of every person.

Autonomy comes, thus, to explain some of the disarray within responses to commencement of life. It is pivotal most notably in informed consent discourse carried over to virtually all areas of the beginning of life discussion. Nevertheless, there are important short-comings inherent in autonomy, rendering its application arbitrary at best. Autonomy in and of itself, particularly in medical decision-making, is often handed to professionals, whose instrumental evaluations and subsequent decisions of risks and their impact might be inimical to desires of those whose purported autonomy is in question. Moreover, there are significant limitations to those endowed with autonomy, preventing inclusion of embryos or foetuses within its conceptual boundaries. To stretch these boundaries to accommodate entities without mental capacities commonly attached to consciousness (at early pregnancy) and agency (at late pregnancy) would call for a revision of many of the categories of old, including but not limited to those of children, disabled, people in vegetative state, etc. As Friberg-Fenros argues, a more coherent legislature towards the life at its margins is endorsed by societies with more stringent regulation covering embryos.²¹⁷ But how much from the actual autonomy we are willing to sacrifice in name of some consistency?

A problematic tension lies at the heart of the debate on the legal question of life's beginning. It is a tension between the women's rights, parental rights and foetal rights. Price of bright-line rule in these questions at national, and even more so at international level, would be degrading some of these rights as they have been gradually established. If procreation is fully a female business, as some of the women's right advocates illustrate it, only thing achieved is replacement of a patriarchal rule with a matriarchal one. Where parental rights are the centrepiece of legal response to the

²¹⁶ A personhood debate has evidenced a number of state legislatures voting on amendments to existing statutes with an effect that right to life belongs to every human being at any stage of development, essentially expanding right to life and personhood to embryos. At least in North Dakota such an amendment is proposed for vote in November 2014, see Laura Basset, *North Dakota Personhood Measure Passes State House*, Huffington Post 22 March 2013, at <http://huff.to/11qtkPF>. See e.g. Maya Manian, *Lessons from Personhood's Defeat* and website of PersonhoodUSA actively promoting personhood amendments to multiple states at <http://www.personhoodusa.com>.

²¹⁷ *Friberg-Fenros* 2008, pp. 52–59; 267–289.

question, it might undermine rights of both women and foetus; for example, a strong reliance to right of a father to become a parent, prevents abortion from women based solely on the wishes of their partner.²¹⁸ Yet, it is without a doubt the most controversial topic in current Occidental debate to rely on protection of foetal rights; recognition of such rights would amount to a denouncement of the very purpose of the feminist emancipation and the women's right movement. To grant a foetus even a rudimentary set of rights is always going to limit rights of a pregnant woman.

Foetus has gained, however, gradual support for its rights within the realm of technology. As an ever-increasing percentage of couples in the Global North encounter infertility, they also encounter constraints to their autonomy that have been established to protect foetal rights. These constraints include e.g. the prevention to clone a human being or to create life through ectogenesis (i.e. growth of human being in entirely artificial environment) found in a number of biotechnology treaties, declarations and conventions. But even less categorical limitations are placing a strain on parental rights to decide when and with whom to beget children. When the Court of Justice of the European Union provided its *Brüstle* decision, it became apparent that a fertilised embryo would have protection as a legal subject of a special kind – not yet a person, but certainly not goods either. For women's and parental rights it meant that their sphere of application had become more limited as the realm of foetal rights had expanded; although the Italian Constitutional Court is likely right in interpreting the decision as having application only within the realm of patents and technology, it is with aid of that very same technology that many procreate. Even if biotechnological innovations had been but of marginal interest to human rights narrative before, with *Brüstle*, totipotent and pluripotent cells ought to be treated with similar reverence as the Latin adages of old.

4 REASONABLY DIGNIFIED

4.1 Introduction

It is customary to start a treatment of dignity by listing its demerits.²¹⁹ Alternatively, a voice of a great Edwardian era author is adapted with which dignity is proclaimed to belong to all members of human species. It

²¹⁸ Obviously, this also applies to same-sex couples with assisted fertilisation.

²¹⁹ For a particularly poignant critique, see *Brownsword* 2008.

is as if dignity could not be approached with reason alone but recourse to emotions would be essential to fully understand its moral value. Whereas autonomy (and law in general) is portrayed in terms of logical conclusions and moral imperatives, dignity is depicted with fluffy bunnies and lofty ideals. Predilection to essentially subjective character of dignity is – from the perspective of beginning of life debate – both misleading and unfortunate. First, it is misleading because dignity has garnered a notable support from numerous courts and treaties, transforming dignity more towards a precise norm with a well-framed focal core than an exalted ideal. Second, it is unfortunate as it debases much reasoned debate to a mere sectarian babble of fiendishly outdated biblical ideals. Yet, through this subjective confusion dignity has resisted attempts of classification within the international legal community for long, with but recent interest shown to its promise by what could be described only as an avalanche of scholarship.²²⁰

Quite unlike autonomy, dignity has a solid foothold on a number of, formal and informal, international and regional legal treaties. In the post-World War II era it has been recognised in numerous national constitutions as well as in the basic constellation of international human rights regime.²²¹ Further, there are countless court decisions seeking to define dignity. With the traditionally cosmopolitan musings of international law, the moral fragments of international legal order, such as dignity, are, however, problematic. Were dignity to have a precise meaning outside strictly normative framework, there would have to be a common global value community, which has proved out to be a nigh impossible goal even at a national level.²²² Therefore, dignity is either something truly Gewirthian it being found on the fact that one belongs to human kin or, alternatively, it ought to be defined collectively in an international public deliberation that even champions of deliberation do not consider a feasible alternative. Such a pessimistic stance to the promise of dignity leads, logically, to its revocation; there is no need for dignity which either everyone has by definition or everyone has a right to provide a definition for. The species argument is staunchly criticised by many advocates of human rights and proponents of consequentialist views of technology, and considered ethically unfounded.²²³ Whilst a philosophically sound argument that “attempt to

²²⁰ See e.g. *Griffin* 2008, *Rosen* 2012, *Kateb* 2011, *Capps* 2010 and *Waldron* 2013a.

²²¹ *Mahlmann* 2012, p. 371 for a non-exhaustive list of nation states with a constitutional reference to dignity. The list includes inter alia Finland, Germany, Mexico and South Africa. As for international treaties, see *Beylveled – Brownsword* 2001, p. 12 ff.

²²² See in general, *Brownsword* 2009.

²²³ E.g. *Waldron* 2013b, *Brownsword* 2009, p. 30 ff. and *O'Neill* 2002, p. 6–7.

privilege the members of particular species” are arbitrary at best, it seems pragmatically rational;²²⁴ courts and tribunals are mostly for human beings and by the very fact that conventions and legislations are written by humans, we as members of a singular species are being privileged however arbitrary it might be philosophically.

Whereas autonomy found no shelter from the international treaties, it was served with a laundry list of definitions;²²⁵ *au contraire* dignity is omnipresent in international human rights and bioethical treaties, yet there are no definitions for it outside strictly relativistic ones derived from (mostly) Western philosophy or all-encompassing categorisations of humanity *qua* dignity. It is following this dichotomy (relativity v. humanity) that the present chapter is divided. In a third concluding section of the present chapter, what is revealed by this Sisyphean task of relative humanity is reflected with a focus on both the black letter law and the case law cited in the second chapter.

4.2 Dignitarian crusade

“Dignitarianism, it cannot be emphasized too strongly, is a red light not an amber light ethic”;²²⁶ that is, for those supporting protection of dignity, there can be but a total condemnation of actions undermining dignity according to Roger Brownsword. It appears, however, that courts do not agree with Brownsword whilst using dignity in their bioethical argumentation. From the German *Bundesverfassungsgericht* to the Brazilian *Supremo Tribunal Federal*, numerous courts have been able to accommodate dignity as a constraint whilst regarding it as “an amber light”, leaving it for the court to dictate whether the consequences of actions violating dignity ought to be withheld. The German abortion decision is a prime example of such balancing of interests whilst undoubtedly establishing inalienable dignity to a foetus. The courts have been equally unsympathetic to Brownsword’s formulation of dignitarianism in questions of biotechnology. In *Costa and Pavan v. Italy*, the European Court of Human Rights shows utmost respect for embryos, but finds their human dignity secondary to dictates of reasonableness and coherence, as it does in *Evans v. the United Kingdom*.

²²⁴ Brownsword 2009, p. 27.

²²⁵ See e.g. Dworkin 1988.

²²⁶ Brownsword 2009, p. 39.

The examples Brownsword provides as well as numerous other cases, however, show dignity in a different light;²²⁷ these cases speak of dignity as a simple means to reach a wanted outcome – a legal safety valve. Yet, when everything is dignity, nothing is.²²⁸ Such use of dignity is, indeed, commonplace: dignity is violated by surveillance, same sex marriages, dwarf-tossing, video games, taxation, etc.²²⁹ Moreover, there are decisions by courts where dignity is used in a cogent fashion, but with an outcome which depicts more a smokescreen hiding the essential problem than a genuine argument. For example, in *Gonzales v. Carhart*²³⁰ the U.S. Supreme Federal Court articulated with human dignity to prevent physicians from using so-called partial birth abortion to terminate pregnancy.²³¹ Whilst true that mutilation of a foetus certainly violates every conception of dignity, the fact that the Court fails to recognise possible reasons related to the health of the mother to use said procedure, makes dignity a simple constraint here with no apparent gains but many probable losses.²³² If termination of a foetus is the outcome of the procedure in all instances, ought not the foremost concern lie on the health and safety of an expectant mother, rather than on ephemeral dignity of a foetus? In *Gonzales v. Carhart*, the Court condones dismemberment of a foetus, but denies decapitation of one.²³³ How respect for human dignity justifies one while vilifying the other merely comes to show the strength of Brownsword's classification of dignity as a simple red light constraint in certain instances.²³⁴

²²⁷ E.g. the recent case of *N.K.M. v. Hungary* (application no. 66529) of ECtHR shows fairly well to what extent concept of "dignity" can be expanded. During the national proceedings, the Hungarian Constitutional Court argued that particularly high taxation having effect *ex nunc* would be a violation of human dignity, as unconstitutionality of an act could be attested only when the act was in violation of dignity. As such, dignity serves as safety valve for the courts to argue that virtually all transgressions of private sphere are violations of dignity.

²²⁸ This is also argument put forth in *Frankenberg* 2003, pp. 283–295.

²²⁹ For a fascinating list of what dignity means in its everyday use is provided by *Rosen* 2012, pp. 3–4.

²³⁰ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).

²³¹ See *Annas* 2010, pp. 129–142 for a fuller (critical) analysis of the case. A different take is provided by *Arkes* 2007.

²³² All life does have similar respect, thus, even when foetus is denied of personhood and human life, it exists as an organism. As mutilation of animals is not justified, so is not of foetuses.

²³³ *Gonzales v. Carhart*, U.S. 550 124 (2007), p. 151.

²³⁴ *Ibid.*, p. 157, "The [challenged] Act expresses respect for the dignity of human life", as it proscribes "a method of abortion in which a fetus is killed just inches before completion of birth process". Thus, dignity does not protect a foetus from killing, but from killing at a certain location deemed closer to life.

A relative dignity shown in *Gonzales v. Carhart* is much akin to the criticism directed towards “modern liberal autonomy” by (Catholic) natural law scholars. If dignity does not have a specified content, but rather is defined *in casu*, there is no authority to claim dignity in the first place. To state that something is dignity entails its non-relative nature, which runs counter to the very relativity of dignity argued in multifarious courts and treaties.²³⁵ Either tossing all people is wrong, or dwarf-tossing is not wrong, as there is no different dignity of a person of smaller posture than there is one of somewhat larger. This seemingly inherent quality of dignity is noted also in the recent landslide of dignity literature. For example, Michael Rosen notes how “[t]he interesting question, then, is not: are the uses of ‘dignity’ variable? – who could deny it? – but why is this so?”²³⁶ To the legal question of life’s beginning said conundrum is also apparent: the courts endorse mother’s human dignity through showing respect to her personal integrity and personal choice and, simultaneously, they argue in favour of human dignity provided to the foetus.²³⁷ Whilst conducting an abortion, both cannot have their dignity thus defined respected.

In the international treaties this dual character of dignity can be traced to the fundamental constellation of the post-Second World War international legal order. Whereas in the Universal Declaration dignity is perceived within the kernel of humanity (“all human beings are born free and equal in dignity and rights”), the Geneva Conventions depict a different dignity based on a respectful treatment of everyone. In the Common Article 3 of the Geneva Conventions following acts are condemned even within an internal conflict:

- a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;
- [...]
- c) outrages upon personal dignity, in particular, humiliating and degrading treatment.

In the purpose of the Geneva Conventions, a violent death does not signify violation of dignity, but rather, personal dignity is called for when sheltering prisoners of war from humiliating and degrading treatment.²³⁸ It gives

²³⁵ For critique of modern liberal autonomy and its inherent incoherence from the (Catholic) natural law perspective, see e.g. *Laing* 2004.

²³⁶ *Rosen* 2012, p. 7.

²³⁷ Such notion of dignity as used by Brownsword is staunchly criticized by *Foster* 2011, pp. 62–66.

²³⁸ For this I am much indebted to *Rosen* 2012, p. 59 ff.

support to the view that merely by depriving a foetus from its life – even whilst admitting it has a life and a dignity – does not imply that there would have been a violation of dignity. The strained causal nexus between life and dignity entertained by many and evidenced in Brownsword’s “dignity as a red light” metaphor, is found on a particular reading of dignity exemplified in the Universal Declaration, rather than in the plethora of other documents embodying dignity in a formulation calling for respectful treatment. *Gonzales v. Carhart* supports the latter reading of dignity, even though there the U.S. Supreme Court’s interpretation of what amounts to dignified treatment is curious. It is not the life of a foetus that is protected with dignity, but rather the community’s sentiments of what is a dignified fashion of terminating its life.

In the international fora such a relativistic concept of dignity is problematic to say the least. A good illustration of the slippery-slope of the argument based on dignity is the Groningen protocol when compared to preconceptions of worthy life elsewhere. Following the Groningen protocol, medical professionals in the city of Groningen in the Netherlands are entitled to perform euthanasia on neonates diagnosed with severe abnormalities.²³⁹ What is defined as severe abnormality and how it ought to hinder the life of a neonate is decided *in casu* by the medical professionals and parents. A medical condition deemed as an antinomy to human flourishing amounts to termination of such a vicious life. Another interpretation of human flourishing and its realisation is provided by examples wherein neonates are subject to a “ritual murder” due to their perceived condition. For example, in the concluding observations of the Committee on the Rights of the Child to Guinea-Bissau’s 2nd to 4th periodic reports such acts are targeted to “albinos, children with disabilities, twins and other children who were accused of practising witchcraft”.²⁴⁰ In the relativistic conception of dignity where dignity is a quality of both an individual and a community, the prospects of individual thriving may be equally hindered by accusations of witchcraft as it is by diagnosis of *spina bifida*.

From my own, Occidental perspective, ending a life of a neonate because of her being an albino is barbaric. However, if an albino child is to live a short, painful life of misery outside community shelter and nutrition, how is maintaining such life about to increase human flourishing. Is it not a greater act of humanity and dignity, thus, to terminate such life? Albeit a seemingly abhorrent outcome, it is identical to the conclusion drawn from

²³⁹ Verhagen – Sauer 2005.

²⁴⁰ Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Guinea-Bissau, adopted by the Committee at its sixty-third session (27 May–14 June 2013). UN Doc. CRC/C/GNB/CO/2-4, paras 28–29.

the past experiences with the Groningen protocol. One of the authors of the protocol, A A Verhagen, concludes his survey of the past years of the application of the protocol with a following remark:

The outcome in such a situation is clear: the baby will die soon; If the parents wish to shorten that course, and organise their child's death more in the way they have envisioned it, shouldn't euthanasia be available for them?²⁴¹

The first step is the same in both instances – the baby will die soon; either as an outcast or due to failure in his life-supporting organs. For the second step, the willingness of parents to organise the death of a child, the difference might be more readily available, yet there is no doubt that as Finns have internalised the biopolitical control over their genetic heritage,²⁴² a similar internalised control could be in place in other communities with regard to other perceived deviations from a standard neonate. Surveillance and eradication of Down syndrome is no more reasonable than similar surveillance and eradication of albinos. Following the argument of Verhagen whereby the moment of termination of life has no moral bearing,²⁴³ the simple fact that the capacity to perform prenatal diagnostics differ ought not to result in a moral and legal condemnation of practices that equally seek to improve human condition. For example, an abortion of one of the twins or that of a disabled child could easily be conducted in many a developed country, transferring the ethical question to an earlier date and seemingly concealing it from the gaze of international legal community.

²⁴¹ *Verhagen* 2013, p. 295.

²⁴² See *supra*.

²⁴³ *Verhagen* 2013, p. 295 concluding that if second trimester termination is permissible why should not an euthanasia on parents request be equally permissible. Verhagen's article appeared on a special issue of *Journal of Medical Ethics* (vol 29, issue 5) titled Abortion, infanticide and allowing babies to die, forty years on, including numerous arguments both supporting and condemning the infanticide. As Julian Savulescu points out in his editorial to the special issue, there was much public controversy from the content of the issue even before its publication as an article by Alberto Giubilini and Francesca Minerva, *After-birth abortion: why should the baby live?* was published freely online prior to publication of the whole issue. Giubilini and Minerva are in favour of similar point of view as Verhagen, i.e., that there should be no distinction made between an abortion and an infanticide.

4.3 Samsaian metamorphosis

“As Gregor Samsa awoke one morning from uneasy dreams he found himself transformed in his bed into a gigantic insect.”²⁴⁴ Quite alike, human dignity was for the latter half of the 20th century merely a catch-phrase and sloppy moral justification for human rights.²⁴⁵ At the turn of the millennia and with the raise of biotechnology, human dignity has found an entirely new purpose in defending that which was deemed non-human in prior abortion trials, but which in a petri dish evinced a metamorphosis.²⁴⁶ An embryo representing all of humanity, and what better way to represent humanity than through dignity – a value attested to every member of human species. Certainly, a totipotent human embryo holds the potential to develop into a full grown human, yet such potential is as present in a zygote as there is a kernel of magnificent statue in a lump of bronze it could be argued. Did the metamorphosis of dignity from peripheral, second-grade ethical dogma of mild moral philosophical intrigue to a full-fledged norm-like principle of international law change anything, or whether the rest of the international legal regime refuses to change to accommodate the metamorphosed dignity?

Charles Foster advocates for a novel, more stringent interpretation of human dignity in medical law, seeking to dethrone Beauchamp and Childress’s four principles. For Foster, dignity is a more fundamental moral notion than autonomy or benevolence, lurking in the background simply waiting to be unearthed. An essential element of Foster’s reading of dignity is its tristratal structure embodying dignity of human species, of communities and of individual. Thus, rather than acting as a trump (or a red light), dignity would seek to balance diverse justified interests of these different stratum. As such, Foster’s account is reminiscent of Michael Rosen’s two-level classification of dignity that Rosen finds indispensable for explaining why dignity of deceased ought to be respected. For Foster e.g. decision on allocation of funds in public health care (communal inter-

²⁴⁴ *Kafka* 2002, p. 5.

²⁴⁵ One can date such a sea-change to Vienna Declaration and Programme of Action, UN Doc. A/CONF.157/23. Dignity occurs in the document numerous times and is specially annexed to biotechnological advancement at para. 11.

²⁴⁶ An interesting analysis of the change of narrative within the particular debate of abortion in the United States is provided by *Siegel* 2008. She finds that the original choice argument is transformed to support antiabortion discourse rather than its original abode in pro-abortion group. A rather similar development is noted in Italy by *Hanafin* 2008 with regard to assisted reproduction legislation.

est) can trump an individual's dignity interest;²⁴⁷ therefore, the maximal human flourishing deemed as the ultimate goal of Foster's formulation leads to rather similar outcomes as utilitarian models, with the difference that there are deontological prohibitions to a range of acts.²⁴⁸ In essence, Foster's formulation of dignity refocuses the calculus from maximizing autonomy to maximizing dignity. Obviously, even though he seeks to downplay innate problems of his formulation, the balancing act between diverse interests remains as central for Foster as it has been previously for example to conflicts of various human rights.²⁴⁹

Even though Foster considers dignity as a foundational or perennial value of all bioethical thinking, it could be argued that his formulation reflects the same as utilitarianism–human rights–dignity triangle does for Brownsword²⁵⁰ or health law–bioethics–human rights web for Annas²⁵¹. Whereas for Brownsword and Annas the act of balancing takes place between different fields of inquiry or philosophical frameworks, for Foster everything is tucked under a single nomenclature of dignity. According to Foster, there is mounting evidence that whenever a court encounters a “hard case” in bioethics, the sole possible solution resides in dignity; whether it is ECtHR's article 8 jurisdiction or sadomasochist cases akin to *R v Brown*²⁵² a dignity argument is put to the fore.²⁵³ Yet, the value of dignity is relative to the individual and even where recognised as of central importance by all of the justices or judges, they can well establish a different valuation of dignity's worth. To come to explain such disparity within dignity, the different tiers or strata of dignity are needed. Even where individual's dignity would not be violated (e.g. in death), the community could feel offended. An example of such a dignity argument was the vehement outcry

²⁴⁷ Foster provides an example of providing life support to a young person in persistent vegetative state (PVS) with no hope of recovery versus another with incurable cancer. Whereas the allocation of funds for the PVS patient would provide more life-years, the value of a month to a person with a cancer with family and relatives to say goodbye to would outweigh these years, according to Foster.

²⁴⁸ Here Foster uses an example of a young girl “with profound learning disabilities” lying naked before the eyes of young boys. The girl enjoys the attention and the boys enjoy the view. However, for Foster there is a diminishment of dignity for the society as a whole and, thus, it ought to be considered reprehensible even though it has a positive utilitarian function. *Foster* 2011, p. 2.

²⁴⁹ For example, *Foster* 2011, p. 155; “[t]he fact that dignity does not provide a definitive answer does not begin to suggest that it is not useful.”

²⁵⁰ *Brownsword* 2008a, p. 21 and *Brownsword* 2008b.

²⁵¹ *Annas* 2010, p. xxi.

²⁵² *R v Brown* [1994] 1 AC 212.

²⁵³ *Foster* 2011, pp. 85–110.

by numerous human rights organisations after an internet video showed a Syrian rebel leader eating the heart of a fallen enemy soldier.²⁵⁴ It was certainly not an outrage created by the family of deceased nor even his compatriots but the (Occidental) humanitarian community – our collective sentiments for dignity were violated.²⁵⁵ These are the sort of arguments Foster – and Rosen to a lesser extent – seek to extend to cover dignity dialogue in bioethical decision-making, question of commencement of life therein included.

Outcome of dignity's metamorphosis are still not readily available. There are decisions by courts the world over referring to dignity. Some of those decisions use dignity as the centrepiece. Dignity is, indeed, prevalent in biomedical parlance within the courts (e.g. *Brüstle*) and treaties (e.g. UN and CoE treaties on biotechnology).²⁵⁶ However, whether dignity remains mere lip service to lofty ideals embodied in it or a genuine commitment to human flourishing cannot be deduced from the scattered remarks and a few court decisions. A concession to relativity of human dignity is, obviously, a concession undermining the fundamental importance of dignity. Balancing divergent interests of not only individuals but of communities and humanity itself is a truly Herculean task. Where in here locates an embryo, foetus or a small child is clouded. As case law cited above comes to show, there can be dignity in pain and aversion of it; dignity in death and dignity in birth. Even though Foster and Rosen come some way to explain these peculiarities, they leave a norm-seeking lawyer or judge with little concrete to rely on. A calculation of flourishing with numerous competing interests is equally impossible as a utilitarian attempt to count human happiness. Embracing utility together with deontology and virtue provides novel insights but leaves same old riddles unresolved.

The cases Foster and other advocates of dignity refer to for a normative account of dignity are the same ones referred by antagonists of dignity as prime examples of its relativistic credentials. Fundamentals of dignity in the European human rights regime are founded on *Pretty v. the United Kingdom*.²⁵⁷ There the Court concludes that “[t]he very essence of the Convention

²⁵⁴ Human Rights Watch, Syria: Brigade Fighting in Homs Implicated in Atrocities, 13 May 2013 available at <http://bit.ly/17IYopD> (accessed 18 July 2013). Therein a reference is made to the Rome Statute of ICC and respect for personal dignity, whereupon is included, according to Human Rights Watch, “humiliating, degrading, or otherwise violating the dignity of a dead body”.

²⁵⁵ Such a violation was already recognised by Grotius in his *De Jure Belli ac Pacis*, Bk II, chap. 19. Reference from *McCrudden* 2008, p. 658–659.

²⁵⁶ A remarkable survey from the presence of dignity is *McCrudden* 2008.

²⁵⁷ Case of *Pretty v. the United Kingdom* (2346/02).

is respect for human dignity and human freedom”,²⁵⁸ whilst maintaining that no violation for said dignity manifests from the fact that state does not provide an individual with a possibility to an active euthanasia. Within the realm of biolaw similar status is granted to dissenting opinions in likes of *Evans*. There the dissenting judges find formal contractual approaches adopted by the majority wanting, and rather than respecting a contract and state’s margin of appreciation, more attention should be given to the special circumstances of the case. According to the dissenting judges, this would better reflect “the very purposes of the Convention protecting human dignity and autonomy”.²⁵⁹ However, recognition of dignity as a core value of human rights in the ECHR and even one for core bioethical questions (i.e. significance of consent of competent adults) does not imply that it would be used as a decisional tool by the Court; rather, it appears a mere window-dressing when other arguments fail. Nonetheless, it does not imply failure of dignity as e.g. its primordial importance in *Brüstle* indicates. Curiously enough, human dignity seems to have more credence in the intellectual property law than on the human rights law.

A rather similar role for dignity as purported by Foster with regards to biolaw in general (in England and Wales) is suggested by Reva B. Siegel for the U.S. abortion debate in particular.²⁶⁰ She deems dignity a value that bridges communities divided in the heated abortion debate of the United States.²⁶¹ Her argument – based on U.S. Supreme Court’s *Casey* and *Carhart* decisions – is that undue burden test introduced in *Casey* uses dignity as a measurement for the scope of an acceptable abortion law. For Siegel, as for Foster, dignity is the underlying supernotion that can come to explain the vastly divergent conclusions drawn from a singular source. Where Foster uses concepts of communal and species dignity alongside individual dignity, Siegel attaches dignity to various rights-narratives: dignity in valuing life, liberty and equality. Even though analytically more confused a set of notions, Siegel provides for dignity-theory that which Foster fails to – a concrete formulation of dignity in action. Yet, neither of them can escape Robert Alexy’s remark vis-à-vis German dignity jurisprudence that there is “a single concept and varying conceptions of human dignity”, with different conceptions bundling different conditions.²⁶² Thus, Alexy’s remark

²⁵⁸ *Ibid.*, para. 65.

²⁵⁹ *Case of Evans v. the United Kingdom* (6339/05), para. 13 of the dissenting opinion.

²⁶⁰ Siegel 2008.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 1702.

²⁶² Alexy 2002, p. 233.

on two norms of dignity,²⁶³ as an absolute rule and as a relative principle, might shed some light to what both Siegel and Foster indicate with their dignity notions, i.e., that (bio)law is to respect dignity at all instances (rule), yet there are different venues to find significant kind of dignity at hand (principle). Individual, community and humanity (or life, liberty and equality) are principles of dignity, each guiding to a particular reading of the absolute dignity rule. Dignity, once recognised, then, indeed, becomes a trump (or a red light) with an important caveat necessitating a prior negotiation on the frontiers of dignity.

4.4 What is left is but little worth

According to Christopher McCrudden “the idea of dignity has become a central organizing principle in the idea of universal human rights”,²⁶⁴ albeit one with a plethora of different readings. As suggested in chapter two above, there is a significant difference in the legal response to the beginning of life between the traditional human rights on the one hand and the medical law or biotechnological law on the other hand. It is argued that much of this difference is to be accredited to different readings of dignity on these related fields of legal inquiry. Whereas in a global context the human rights reading might be a preferable outcome for defining the commencement of life and finding an acceptable balance between various, conflicting interests, in the specific realm of developed countries with extensive access to healthcare and means of assisted reproductive technologies, such a narrative will be hopelessly insufficient to account for the enigma that is posed by the advancement of medicine. Moreover, a two-tiered solution whereby traditional human rights conflicts are solved using a given formula whilst biotechnological questions are solved through means of contractual autonomy of individuals is lacking.

If, as argued by e.g. Foster, Siegel, Rosen and numerous others, both human rights and biolaw share a common concept of human dignity, which is deemed essential as an “organizing principle” to the human rights and as recognition of human genus of even the most primordial of human genetic material for the biolaw. Although in all judicial decisions analysed by McCrudden, dignity serves not as an independent claim but as a support to other constitutional rights claims, it can be seen to have a special function

²⁶³ *Ibid.*, p. 64.

²⁶⁴ *McCrudden* 2008, p. 675.

particularly in the beginning of life context;²⁶⁵ that of recognising something as a member of human species and thus subject to protection of not only moral decency but one endowed with protection of human rights. It extends the ontological notion of human being. Precisely this function of dignity is illuminated by respect for deceased²⁶⁶ or by the CJEU in its *Brüstle* decision. The dignity narrative expands the realm of personhood to cover those no longer persons equally well as it encompasses those not yet persons. Precluding pregnant women from execution of capital punishment and allowing them a special status of protection in warfare are but some means of the traditional human rights and humanitarian law narrative to extend protection of humanity towards the unborn without recognising unborn with a specific set of rights. As a particularly modern condition, humanity's technological prowess has provided means to monitor and diagnose an unborn in unparalleled fashion. By attesting human characteristics to a foetus (inter alia pain, sex, chromosomal constitution), a decision targeted to a foetus is humanised whilst simultaneously the humanity of a foetus is denounced e.g. through its termination, as noted by Martin Scheinin.²⁶⁷

The relative as well as absolute dignity arguments explored above both stem from a common origin, namely that of human flourishing. Even a close reading of the numerous court cases referring to dignity as foundational does little to resolve the dispute between those advocating dignity as a red light and those supporting it as a more or less approach. It is argued, following Alexy, that both arguments for dignity are materially the same, simply laying emphasis on a different phase of court's argumentation. A multi-pronged balancing account of *Foster et al.* is temporally prior to red light dignity identified by Brownsword. For the beginning of life argumentation, dignity provides a simple narrative tool with which to establish foetal rights in the liberal rights narrative. Autonomy of paradigmatic bearers of rights, most notably that of a pregnant woman, is limited to accommodate the emergent humanity of an embryo titled dignity. Therefore, reasonably dignity argument ought to have greater value in cases where there are no opposing rights of autonomous right bearers. However, as the extensive jurisprudence on storage of frozen embryos come to show, this is not universally true. On the other hand, in stem cell cases the dignity argument has been effective, whether as a limitation to funding or as a block on patentability.

²⁶⁵ *McCrudden* 2008 p. 681 ff.

²⁶⁶ To follow a long line of international law scholars, I feel obliged to refer to Sophocles' *Antigone*, an illuminating story from the inherent conflicts of rule of law and traditional values.

²⁶⁷ *Scheinin* 1998.

The different impact of dignity in these biotechnological cases, it is argued, can be explained by the different narrative structure or framing of the questions in stem cell and cryopreservation cases. The embryo storage questions are first and foremost about begetting a child, forming a family – private life of individuals. The wider community interest identified by numerous dignity authors of late is absent from the cryopreservation debate even though the subject matter, totipotent embryo is the same as in the stem cell cases. Biotechnological research and employment of novel technologies for advanced medical use, on the other hand, is strictly public. Same public-mindedness is deployed also in the recurrent example of the literature with respect for deceased. For example, in the *travaux préparatoires* of the Finnish act regulating burial,²⁶⁸ the importance of opinions of the family as well as general convictions of the society towards respect of human bodies are central.²⁶⁹ Transfer of focus from private to public puts to the fore the more general sentiments of the public writ large; positing embryo, rather than individual decision, at the centre of attention protects the kernel of humanity stored in an embryo. Reasons for such a reading of dignity are varied, yet they seem to echo relatively well Foster's classification, where individual dignity is, to a great extent, equivalent to personal autonomy, whereas more communitarian modes of dignity stress importance of humanity *an sich*.

Like in the realm of biotechnological jurisprudence, also in the matters of abortion, woman's responsibilities, etc. with regard to the beginning of life, a similar distinction can be drawn. Framing questions public-first results in a condemnation of acts of expectant women. In *R v. Levkovic* the public desire for information from children dying at birth and the protection of life born babies was the ground for constitutionality of an informing duty; in *R v. Sarah Louise Catt*, damage to a viable yet unborn baby was contrasted to damage to a born child and a member of the society. On the flipside are cases like *St George's Hospital NHS Trust v. S.*, where narrative is that of an individual choice, partly due to the harm caused to mother herself from abstention of treatment. Similarly, most of the high courts' providing their first ruling on abortion, whether in 1970s (e.g. *Roe v. Wade*) or in 2010s (e.g. the anencephalic foetus decision by the Brazilian Federal Supreme Court), frame the question of abortion as predominantly personal, thus avoiding much of the debate on-going in public. From the vantage point of subject matter, these decisions are therefore exceedingly incoherent,

²⁶⁸ Hautaustoimilaki, 2003/457.

²⁶⁹ Hallituksen esitys Eduskunnalle hautaustoimilaiksi, HE 204/2002 vp. Yleisperustelut, 1. Johdanto: ”on otettava huomioon [...] vainajalle läheisten ihmisten tunteet sekä yleensäkin ihmisten peruskäsitys siitä, miten kuolemaan, vainajiin ja hautaamiseen tulee suhtautua.”

but framing them as narrative games of private and public and, thus, as subject to different principles of dignity reveal their inherent coherence for an Occidental liberal reading. A constant struggle to re-negotiate the frontier of public and private, then, is decisive for the dignity's role in the legal response to the beginning of life question.²⁷⁰

5 CONCLUSION

“It was supposed to be so easy”, are the words starting the Streets album, *A Grand Don't Come for Free*, telling a tumultuous life journey of a young man losing a thousand pounds. Likewise, it was supposed to be so easy to provide a legal definition of a child, when I initially pondered the possible ramifications of the third optional protocol for the Convention on the Rights of the Child. Like the protagonist of the Streets, little did I know that the answer would not be found from the faults of others, but from my own acts and omissions. When a rewinding sound plays and everything clicks into its proper place at the end of the album, it is much like my own inquiry. My apologies are no less sincere at the end than they were at the beginning, nor am I more capable to provide a meaningful explanation to my counterinstincts. Yet, I know where to look for the answers, even if there would be none to be found.

The initial assumption on centrality of autonomy and dignity indeed did prove out to be fruitful beyond my wildest expectations. It might be a distortion caused by the flawed hypothesis that now, when concluding my work, it seems that every meaningful explanation of the beginning of life has to evolve from these concepts. They are the source of answers and precisely there resides their main flaw: the answer is in plural, not in singular. I had hoped to find coherence amid all the legal cacophony surrounding these questions – a pristine Kelsenian Grundnorm – that would have provided not only solace but understanding of my own counter-intuitive choices. Looking from where I am now, it is not surprising that there is no coherence or a monolithic legal truth; rather, what I have found is a genuine confusion not because we are unable to know, but because we are unwilling to acknowledge. The reluctance shown towards the instrumental rationality

²⁷⁰ Such arguments from the importance of balancing of different interests are commonplace. For example, *Arellano* 2010 provides one for Mexico, Siegel discusses such in US context when comparing Casey and Carhart case law. In biotechnological debate, similar tactics are in use, as exemplified by Hanafin's take on discursive changes in Italy prior to regulating assisted techniques of reproduction.

of science as the sole source of true knowledge and guidance is not to be relinquished but cherished as a truly human achievement, however frustrating and unsystematic such an achievement might appear.

My foray to the legal response (Chapter 2, Of pragmatic utility) ought to have prepared me for the, now, obvious conclusion. When within the boundaries of a single jurisdiction, a court may value autonomy of a woman to choose not to conduct a medical operation to save a foetus in late pregnancy and condemn a woman from terminating a pregnancy as in the United Kingdom, it is not entirely surprising to figure out that there is no global answer to the question. Further, the case law and legislation led to one of my earliest lessons of the debate: under no circumstances the protected subject is the foetus, even where the narrative structure of justification might appear such. A more meaningful classification for analysing the legal discourse has been the one drawn between the private and the public, rather than one between the mother and the foetus. Although at first glance damning to the very prospects of my endeavour of positing the foetus within the framework of CRC, the lack of independent standing of a foetus merely comes to enforce the status of any underlying values, i.e., autonomy and dignity in the present study.

Moreover, the analysis of precedents and legislation revealed that whilst a foetus might not have an independent standing, an embryo most certainly does. It is a curious *coup d'état* through biotechnology, which has re-positioned also the foetus at the centre of attention. The prevalence of assisted reproductive technologies in the Europe and US has made the use of fertilised embryos essential for countless pregnancies and simultaneously made regulation of embryos essential not only for science but to some of the most intimate family decisions. The result has been an interesting amalgam of private and public interests governing the same subject matter. Whereas in situations where mother's and foetus's rights conflict, the balance tips predominantly in favour of the mother, a like conflict-ridden relationship is lacking for embryo questions. This is best exemplified in limited yet significant stem cell jurisdiction. In essence, the question appears to be a relatively simple if portrayed in the context of beginning of life debate writ large: there is nothing remotely life-like in a two-day-old human embryo. And still, recognition of membership in community of human is the answer provided by e.g. the Court of Justice of the European Union. It follows from the premise of an embryo being member of human species that also a foetus is.²⁷¹ Similar narrative methods are employed by those who seek to

²⁷¹ After finalizing these thoughts I have come to familiarize myself with the arguments of Roberto Esposito whose *Bios* and *Third Person* start their journey from heights where

enhance protection of human foetuses whether through legislation or courts.

It was insights akin to these, which provided the raw material for analysis in chapters 3 (The Constitution of Liberty) and 4 (Reasonably dignified) respectively. Using arguments stemming from the vast literature and reflecting those arguments with what I had seen on the case law made some of the most popular arguments appear strenuous at best. Significance of autonomy touted in most of bioethical and biolegal literature could not come to explain many of the decisions. Also, an adherence to the rule of autonomy would have led to outcomes not supported by any of the courts and legislatures visited. Nonetheless, the very core of the autonomy argument, i.e., advocacy of personal liberty, is impossible to set aside as it is foundational not only to the commencement of life question but to the whole western concept of human rights. The problem is deeply embedded to the very Newspeak of human rights that have come to dominate much of the post-Second World War international legal debate.²⁷² For example, the consent doctrine – the usual suspect for autonomy in medical law and ethics – cannot be extended to cover all bioethical decisions. When abortion rights are construed as lack of consent to beget a child (as with cases of rape), the corollary of such arguments is utter nonsense as I sought to demonstrate with examples such as man being the victim of the rape leading to pregnancy.

Like consent, also other embodiments of autonomy lead to legal outcomes that are not supported by a single jurisdiction, when autonomy's explanatory power is put to a test. Recklessness and outright destructive behaviour is rarely provided a shelter from law, yet strong autonomy argument together with non-existent counter-faction (i.e. not recognising a legal personhood to a foetus as is the case with most jurisdictions and legal systems the world over) results to such a behaviour. A call for balance or moderation with regard to some but not other facets of autonomy is what renders its sole dominion over matters of primordial life unsatisfactory. It is due to these apparent flaws in autonomy arguments that dignity is retorted to. Dignity is perceived by its advocates as that vessel of moderation and balancing autonomy calls for, whilst its critics suggest that it is nothing more than relativity in shady guise of moderation. Be it as it may, dignity has become prominent as a safety valve for both traditional beginning of life debate (i.e. abortion, harm during pregnancy, etc.) as well as its bio-tainted brethren. The independent worth of dignity, however, has remained dubious for

I never reached in my own work.

²⁷² Only after finishing my conclusions Samuel Moyn's book *Last Utopia: human rights in history* has come to my attention. Thus, it might be better to date the emergence of human rights narrative to 1970's than to the post-war era.

most jurisdictions and legislatures. In a word, dignity is often called for but seldom used. It might be promoted to value of utmost importance and yet recourse to it will prove little in terms of results as was seen in *Vo* and *Pretty* cases of the European Court of Human Rights.

To have something worth calling conclusions for, it has to be admitted that the Committee sitting and deciding on a complaint filed under the Third optional protocol of the CRC will face an unresolved riddle. There are a few clear guidelines, but those were obvious even without much of a study: Some form of an abortion right exists nigh universally and is also endorsed by other UN bodies, wherefore life of a foetus can under no interpretation be absolute. Any further conclusions are muddled by the present day pluralism, which cannot be superseded by any amount of new scientific data. All arguments of foetal pain or consciousness are merely novel ways to seek support for old moral philosophical dilemmas dressed in the fanciful garments of science. The amount of neural connections a foetus has is immaterial to most people's moral commitment to foetal life and, moreover, to suggest such an arbitrary number as a foundation for ethical decision-making would be the worst form of speciesism, as it naturally leads to respect of only human foetuses. Even if these allegations of speciesism and instrumental use of scientific data are omitted, there remains a further question whether the legal remedies are possible or effective to settle such issues.

To answer these questions is, obviously, past anything I can possibly construe here in form of conclusions. I tend to agree, however, with Judge Costa who clearly demarcated law from ethics and medicine. Although there is no consensus what a person, life or humanity entails does not mean that courts ought to preclude legal answer and merely refer to some form of margin of appreciation doctrine. Moreover, if authors, who proclaim that it is impossible to reconcile divergent value judgments of vastly different cultures, are right, law remains the last guardian capable of reconciliation. After some two hundred years of triumph of evolution theory there are still many who believe we are all God's creation, it is, thus, quite unlikely that any future medical or biological advances would resolve an equally fundamental value problem and lead to moral consensus. With regard to evolution, significant and persistent opposition has not prevented states, courts and international community from embracing it. Where Darwin was able to provide to multitude of species with a natural explanation, it is not outlandish to expect that the international legal community would be able to deduce a sound legal explanation, even if instable, for what the concept of child means within the framework of a treaty.

“But in this twilight our choices seal our fate” whispers Marcus Mumford at the end of Mumford & Sons’ *Broken Crown*, a track – fittingly – laden with biblical references. It is in the eternal twilight of moral and medical uncertainty that the question of beginning of life will eventually be settled by the Committee founded by the Third optional protocol for CRC. It can decide not to answer the question like so many judicial instances before it and simply leave it to national discretion, though such a decision would be uncharacteristic for the Committees monitoring core human rights treaties. After all, they are more known from their judicial activism than moderate and careful interpretation of global legal zeitgeist. Further, any decision the Committee will eventually make will be activism for some as the present debate places life all over the human existential continuum, from fertilised embryo, through ephemeral viability to birth and beyond. Even the most mundane of all choices, that of embracing “somewhere there in the middle” is bound to be interpreted as embracing abortion, destruction of life and diminishment of women’s rights. The twilight reigning over the margins of life is populated with countless bright lights, each drawing more or less convincing explanations for life like moths.

Midst all the uncertainty and vagueness, some of these bright lights have become more alluring to me than others. I already announced my affair with autonomy and dignity and trust to the capacity of international legal regime, all of which are likely ill-found to many. If anything, I have sought to underline the importance of dignity that I was personally first to discard without hesitation. It is not a form of dignity as espoused by the Catholic or any other faith, neither one synonymous to personal liberty and choice. It is reminiscent of Alexy’s two-tiered solution, with Foster’s categories to guide recognition of the dignity principle. Its promise to beginning of life debate is, to me, expansion of consideration where the limits of my own autonomy towards a non-subject lies. If someone were to challenge my decisions, I would hope they would employ some of the arguments I have grown fond of. My contempt was not towards life’s sanctity or a foetus being an image of god, but towards the community of my family I am willingly a member of. Of my guilt, I am not entirely certain, but it should not free me from consideration as there are categories past right and wrong. After all, I like everyone around me, respect my autonomy to make decisions I find reasoned, but the child of mine is a living testament that I might make lousy use of my autonomy every now and then.

You can never fail at start with a quote from a Nobel laureate, but for the end I should find something of my own to say. I have already re-iterated countless times my perplexity *qua* anger *qua* resentment. Those are still

present, even more than at the beginning as I have come to understand that much of my decision was dictated by something I had not even considered. I was domiciled to think and act like a proper hereditary-conscious citizen of Finland. My precious autonomy was worth nothing as I failed to exercise it. To figure out that much is a reward in itself. It is a sad state to find oneself wrong, a state I have become all too familiar during the writing process. Rather than managing to dethrone the vile king and saving the princess, I find myself in the same state of bewilderment and awe as I was when my counterinstincts took control over me. Therefore, there is but one way to end. I am sorry. I am so sorry.

BIBLIOGRAPHY

- Andorno, Roberto*: Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics. *Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 34 (2009), pp. 223–240.
- Annas, George J.*: *American Bioethics: Crossing Human Rights and Health Law Boundaries*. Oxford University Press, Oxford 2005.
- Annas, George J.*: *Worst Case Bioethics: Death, Disaster, and Public Health*. Oxford University Press, Oxford 2010.
- Alexy, Robert*: *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford University Press, Oxford 2002.
- Alston, Philip*: The Unborn Child and Abortion under the Draft Convention on the Rights of the Child. *Human Rights Quarterly*, vol. 12 (1990), pp. 156–178.
- Arellano, María de Jesús Medina*: The need for balancing the reproductive rights of women and the unborn in the Mexican courtroom. *Medical Law Review*, vol 18 (2010), pp. 427–433.
- Arkes, Hadley*: *Gonzales v. Carhart*: What Hath Kennedy Wrought? *Engage: The Journal of the Federalist Society Practice Group*, vol. 8, issue 3 (2007), pp. 22–24.
- Armstrong, David*: The rise of surveillance medicine. *Sociology of Health and Illness*, vol 17 (1995), pp. 393–404.
- Ashcroft, Richard*: The Troubled Relationship Between Bioethics and Human Rights, in Michael Freeman (ed.), *Law and Bioethics: Current Legal Issues Volume 11*. Oxford University Press, Oxford 2008, pp. 31–52.
- Bannor-Kristensen, Ditte*: Danske kvinder rejser til Sverige som abort-turister. 20 October 2012. Accessible at <http://bit.ly/TFzVzZ> (last read 28 July 2013).
- Beauchamp, Tom L. – Childress, James F.*: *Principles of Biomedical Ethics*. 6th edition. Oxford University Press, Oxford 2009.
- Beck, Ulrich*: *Risk Society: Towards a New Modernity*. Translated by Mark Ritter. Sage Publications, London 1992.
- Berlin, Isaiah*: Two Concepts of Liberty, in *Four Essays on Liberty*. Oxford University Press, Oxford 1986.

- Betts, Katharine*: Attitudes to Abortion in Australia: 1972 to 2003. *People and Place*, vol 12, no. 4 (2004), pp. 22–28.
- Beyleveld, Deryck – Brownsword, Roger*: *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*. Oxford University Press, Oxford 2001.
- van Boom, Willem H. – Ogus, Anthony*: Introducing, Defining and Balancing ‘Autonomy versus Paternalism’ in Anthony Ogus – Willem H van Boom (eds), *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*. Hart Publishing, Oxford 2011, pp. 1–8.
- Bonadio, Enrico*: Biotech patents and morality after Brüstle. *European Intellectual Property Review*, vol. 34 (2012), pp. 433–442.
- Brownsword, Roger*: Bioethics: Bridging from Morality to Law?, in Michael Freeman (ed.), *Law and Bioethics: Current Legal Issues* vol. 11. Oxford University Press, Oxford 2008, pp. 12–30. (*Brownsword 2008a*)
- Brownsword, Roger*: Rights, Regulation, and the Technological Revolution. Oxford University Press, Oxford 2008. (*Brownsword 2008b*)
- Brownsword, Roger*: Human Dignity, Ethical Pluralism, and the Regulation of Modern Biotechnologies, in Thérèse Murphy (ed.), *New Technologies and Human Rights*. Oxford University Press, Oxford 2009, pp. 19–84.
- Buch, Michael – Kerzner, Lana*: A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity, October 2010. Available at <http://www.lco-cdo.org/disabilities/bach-kerzner.pdf> (accessed 17 May 2013).
- Burrell, Riitta*: Naisia ja sikiöitä. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Helsinki 2003.
- Capps, Patrick*: *Human Dignity and the Foundations of International Law*. Hart Publishing, Oxford 2010.
- Chan, Tracey Evans*: Legal and regulatory responses to innovative treatment. *Medical Law Review*, vol 21 (Winter 2013), pp. 92–130.
- Clark, Chalmers C.*: Trust in Medicine. *Journal of Medicine and Philosophy*, vol 27 (2002), pp. 11–29.
- Collins, Sally – Arulkumaran, Sabaratnam – Hayes, Kevin – Jackson, Simon – Impey, Lawrence*: *Oxford Handbook of Obstetrics and Gynaecology*. 2nd edition. Oxford University Press, Oxford 2008.
- Council for International Organizations of Medical Sciences*: *International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects*. Geneva, 2002.
- Dickenson, Donna*: *Property in the Body: Feminist Perspectives*. Cambridge University Press, Cambridge 2007.
- Diniz, Debora – Gonzalez Vélez, Ana Cristina*: Abortion at the Supreme Court: the anencephaly case in Brazil. Translated by Regina Camargo. *Estudos Feministas*, vol 4 (2008). Available at http://socialsciences.scielo.org/pdf/s_ref/v4nse/scs_a04.pdf (accessed 18 August 2013).
- Dworkin, Gerald*: *Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge University Press, Cambridge 1988.
- Dworkin, Ronald*: Rights as trumps, in Jeremy Waldron (ed.), *Theories of rights*. Oxford University Press, Oxford 1984, pp. 153–167.

- Ekelund, Charlotte K. – Jørgensen Stener, Finn – Petersen, Olav Bjørn – Sundberg, Karin – Tabor, Ann*: Impact of a new national screening policy for Down's syndrome in Denmark: population based cohort study. *British Medical Journal*, vol 337 (2008), a2547.
- Economist*: Abortion in Latin America: Miscarriages of justice. 8 June 2013, *The Economist*.
- Flikschuh, Katrin*: Personal Autonomy and Public Authority, in Oliver Sensen (ed.), *Kant on moral autonomy*. Cambridge University Press, Cambridge 2012, pp. 169–190.
- Fortin, Jane E. S.*: Legal Protection for the Unborn Child. *Modern Law Review*, vol. 51 (1988), pp. 54–83.
- Foster, Charles*: *Choosing Life, Choosing Death: The Tyranny of Autonomy in Medical Ethics and Law*. Hart Publishing, Oxford 2009.
- Foster, Charles*: *Human Dignity in Bioethics and Law*. Hart Publishing, Oxford 2011.
- Frankenberg, Günter*: *Autorität und Integration: zur Grammatik von Recht und Verfassung*. Suhrkamp, Baden-Baden 2003.
- Freeman, Michael*: Law, Human Rights, and the Bioethical Discourse, in Michael Freeman (ed.), *Law and Bioethics: Current Legal Issues Volume 11*. Oxford University Press, Oxford 2008, pp. 101–110.
- Friberg-Fernros, Henrik*: *I gränslandet till liv och död: om människovärdet och den offentliga maktens koherens*. Department of Political Science, Göteborg University, Göteborg 2008.
- Friedman, Milton*: *A Program for Monetary Stability*. Fordham University Press, New York, NY 1960.
- Gook, Debra A.*: History of oocyte cryopreservation. *Reproductive BioMedicine Online*, vol 23 (2011), pp. 281–289.
- Griffin, James*: *On Human Rights*. Oxford University Press, Oxford 2008.
- Groth, Lena*: Bioethics, Biolaw, Biopolitics: Conference Report on a Contextualization. *German Law Journal*, vol. 14 (2013), pp. 434–439.
- Hanafin, Patrick*: Cultures of Life: Embryo Protection and the Pluralist State, in Michael Freeman (ed.), *Law and Bioethics: Current Legal Issues Volume 11*. Oxford University Press, Oxford 2008, pp. 177–196.
- Hannum, Hurst – Lillich, Richard B.*: The Concept of Autonomy in International Law. *American Journal of International Law*, vol 74 (1980), pp. 858–889.
- Harmon, Shawn H. E. – Laurie, Graeme T.*: *Yearworth v. North Bristol NHS Trust: Property, Principles, Precedents and Paradigms*. *Cambridge Law Journal*, vol. 69 (2010), pp. 476–493.
- Hayek, F. A.*: *The Constitution of Liberty* edited by Ronald Homawy, Routledge, London 2011.
- Hennette-Vauchez, Stephanie*: Reasonableness and Biolaw, in Giorgio Bongiovanni – Giovanni Sartor – Chiara Valentini (eds), *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, pp. 351–362.
- Herring, Jonathan*: *Medical Law and Ethics*. Oxford University Press, Oxford 2012.
- Hood, Christopher – Rothstein, Henry – Baldwin, Robert*: *The government of risk: understanding risk regulation regimes*. Oxford University Press, Oxford 2001.
- Horkheimer, Max – Adorno, Theodor W.*: *Dialectic of Enlightenment*, translated by John Cumming. Allan Lane, London 1973.

- Hume, David*: A Treatise of Human Nature (1739–1740), accessed on 16 May 2013 at <http://www.davidhume.org/texts/thn.html>.
- Hume, David*: An Enquiry into the Principles of Morals, accessed on 17 May 2013 at <http://ebooks.adelaide.edu.au/h/hume/david/h92pm/contents.html>.
- Huxley, Aldous*: Brave New World. Granada, London 1977.
- Janoff-Bulman, Sheila*: Designs on Nature: Science and Democracy in Europe and the United States. Princeton University Press, Princeton 2005.
- Joseph, Rita*: Human Rights and the Unborn Child. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2009.
- Kafka, Franz*: The Metamorphosis. Scriptor Press, Seattle, WA 2002.
- Kanckos, Lise*: Barnets bästa i politikens främsta rum: Finlands riksdags debatt om assisterad befruktning. Åbo Akademis förslag, Turku 2012.
- Kateb, George*: Human Dignity. Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA 2011.
- Kennedy, David*: International Legal Structures. Nomos, Baden-Baden 1987.
- Kennedy, David*: Challenging Expert Rule: The Politics of Global Governance. Sydney Law Review, vol. 27 (2005), pp. 5–28.
- Kertész, Imre*: Kaddish for an Unborn Child. Vintage, London 2010.
- Korhonen, Outi*: New International Law: Silence, Defence or Deliverance? European Journal of International Law, vol. 7 (1996), pp. 1–28.
- Koskenniemi, Martti*: From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1989.
- Kur, Annette – Dreier, Thomas*: European Intellectual Property Law: Text, Cases & Materials. Edward Elgar, Cheltenham 2013.
- Lahti, Raimo*: Life's Beginnings: Law and Moral Dilemmas. Finnish Yearbook of International Law, vol. 2 (1991), pp. 438–468.
- Laing, Jacqueline A.*: Law, Liberalism, and the Common Good, in David S. Oderberg – Timothy Chappell (eds), Human Values: New Essays on Ethics and Natural Law. Palgrave Macmillan, Basingstoke 2004, pp. 184–216.
- Langford, Malcolm – Clark, Sevda*: The New Kid on the Block: A Complaints Procedure for the Convention on the Rights of the Child. Working Paper No. 1, Socio-Economic Rights Programme, Norwegian Centre for Human Rights, January 2010.
- Lash, Scott – Wynne, Brian*: Introduction, in Ulrich Beck, Risk Society: Towards a New Modernity. Translated by Mark Ritter. Sage Publications, London 1992, pp. 1–8.
- Lindley, Richard*: Autonomy. Macmillan, London 1986.
- MacIntyre, Alasdair*: Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues. Duckworth, London 1999.
- Macklin, Ruth*: Dignity is a useless concept. British Medical Journal, vol. 327 (2003), pp. 1419–1420.
- Maclean, Alasdair R.*: Magic, Myths, and Fairy Tales: Consent and the Relationship Between Law and Ethics, in Michael Freeman (ed.), Law and Bioethics: Current Legal Issues Volume 11. Oxford University Press, Oxford 2008, pp. 111–135.
- Mahlmann, Matthias*: Human dignity and autonomy in modern constitutional orders, in Michel Rosenfeld – András Sajó (eds), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford University Press, Oxford 2012 pp. 370–396.

- Manian, Maya*: Lessons from Personhood's Defeat: Abortion Restrictions and Side Effects on Women's Health. *Ohio State Law Journal*, vol. 74 (2013), pp. 1–47.
- Marquis, Don*: Why Abortion is Immoral. *Journal of Philosophy*, vol. 86 (1989), pp. 183–202.
- Meisenberg, Gerhard – Simmons, William H.*: *Principles of Medical Biochemistry*. 3rd edition. Saunders, Philadelphia 2012.
- McCrudden, Christopher*: Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *European Journal of International Law*, vol. 19 (2008), pp. 655–724.
- McMahan, Jeff*: *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life*. Oxford University Press, Oxford 2002.
- Meskus, Mianna*: *Elämän tiede*. Vastapaino, Tampere 2009.
- Müller, Wolfgang P.*: *Criminalization of Abortion in the West: Its Origins in Medieval Law*. Cornell University Press, Ithaca, NY 2012.
- Mungiu, Christian*. *4 Months, 3 Weeks and 2 Days*. Paris, BAC Films 2007.
- Nicol, Danny*: *The Constitutional Protection of Capitalism*. Hart Publishing, Oxford 2010.
- Norrie, Kenneth*: Protecting the unborn child from its drug or alcohol abusing mother, in Michael Freeman – Andrew D. E. Lewis (eds), *Law and Medicine. Current Legal Issues* vol. 3 (2000). Oxford University Press, Oxford 2000, pp. 223–244.
- Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin*: Suomen valtiosäännön perusperiaatteet (PL 1 §), in Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Tuomas Ojanen – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-Pekka Viljanen (eds), *Perusoikeudet*. 2nd edition. WSOYpro, Helsinki 2011, pp. 217–226.
- O'Neill, Onora*: *Autonomy and Trust in Bioethics*. Cambridge University Press, Cambridge 2002.
- Orford, Anne*: *International Authority and the Responsibility to Protect*. Cambridge University Press, Cambridge 2011.
- O'Shea, Elizabeth*: Making Law and Making Social Change. Right Now – Human Rights in Australia, 10 March 2011. Available at <http://bit.ly/14apOg8> (accessed 18 August 2013).
- Phillips, Anne*: *Our Bodies, Whose Property?* Princeton University Press, Princeton 2013.
- Polat, Necati*: International Law, the Inherent Instability of the International System, and International Violence. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19 (1999), pp. 51–70.
- Porter, Amy D.*: International Reproductive Rights: The RU 486 Question. *Boston College International and Comparative Law*, vol. 18 (1995), pp. 179–219.
- Presidential Commission for the Study of Bioethical Issues*: *Research across Borders: Proceedings of the International Research Panel of the Presidential Commission for the Study of Bioethical Issues*. September 2011. Available at <http://1.usa.gov/1dJCqVD> (accessed 18 August 2013).
- Rapp, Rayna*: *Testing Women, Testing the Fetus: The Social Impact of Amniocentesis in America*. Routledge, New York, NY 1999.
- Riddle, John M.*: *Contraception and abortion from the ancient world to the Renaissance*. Harvard University Press, Cambridge, Mass 1992.
- Rose, Nikolas*: *Governing the Soul: The Shaping of the Private Self*. 2nd edition. Free Association Books, London 1999.
- Rose, Nikolas*: *The Politics of Life Itself: Biomedicine, Power, and Subjectivity in the Twenty-First Century*. Princeton University Press, Princeton 2007.

- Rosen, Michael*: Dignity: Its History and Meaning. Harvard University Press, Cambridge, MA 2012.
- Sadler, T. W.*: Langman's Medical Embryology. 12th edition. Lippincott William & Wilkins, Philadelphia, Pa 2012.
- Savulescu, Julian*: Genetic Interventions and the Ethics of Enhancement of Human Beings, in Bonnie Steinbock (ed.), The Oxford Handbook of Bioethics. Oxford University Press, Oxford 2007, pp. 516–535.
- Savulescu, Julian – Sandberg, Anders – Kahane, Guy*: Well-Being and Enhancement, in Julian Savulescu – Ruud ter Meulen – Guy Kahane (eds), Enhancing Human Capacities. Wiley-Blackwell, Chichester 2011, pp. 3–18.
- Sedgwick, Mark*: Islam and Muslims: A Guide to Diverse Experience in a Modern World. Intercultural Press, London 2006.
- Scheinin, Martin*: Ihmisarvon loukkaamattomuus valtiosääntöperiaatteena, in Paul van Aerschot – Paula Ilveskivi – Kirsi Piispanen (eds), Juhlakirja Kaarlo Tuori 50 vuotta. Hakapaino, Helsinki 1998, pp. 57–69.
- Schmidt, Volker H.*: Zur Ambivalenz zugeschriebener Personenhaftigkeit in der Medizin: Autonomiegewinne und soziale Ausschließungseffekte. Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, vol 73 (1997), pp. 117–127.
- Schneider, Carl E. – Farrell, Michael H.*: Information, Decisions, and the Limits of Informed Consent, in Michael Freeman and Andrew Lewis (eds.), Law and Medicine: Current Legal Issues Volume 3. Oxford University Press, Oxford 2000, pp. 108–126.
- Shapiro, Gilla K.*: Abortion law in Muslim-majority countries: an overview of the Islamic discourse with policy implications. Health Policy and Planning (2013), pp. 1–12, doi:10.1093/heapol/czt040.
- Sheldon, Sally*: Commentary on Evans v. Amicus Healthcare Ltd, in Rosemary Hunter – Clare McGlynn – Erika Rackley (eds), Feminist Judgments: From Theory to Practice. Hart Publishing, Oxford 2010, pp. 59–63.
- Shimazono, Susumu*: Reasons against the Selection of Life: From Japan's Experience of Prenatal Genetic Diagnosis, in Julian Savulescu – Nick Bostrom (eds), Human Enhancement. Oxford University Press, Oxford 2009, pp. 291–314.
- Shum, Jenny*: Moral Disharmony: Human Embryonic Stem Cell Patent Laws, Warf, and Public Policy. Boston College International and Comparative Law Review, vol. 33 (2010), pp. 153–178.
- Siegel, Reva B.*: Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions under *Casey/Carhart*. Yale Law Journal, vol. 117 (2008), pp. 1694–1800.
- Siegel, Reva B.*: The Constitutionalization of Abortion, in Michel Rosenfeld – András Sajó (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford University Press, Oxford 2012, pp. 1057–1078.
- Singer, Anna*: Barnets bästa: om barns rättsliga ställning i familj och samhälle. 6. uppl. Norstedts juridik, Stockholm 2012.
- Skotko, Brian G.*: With new prenatal testing, will babies with Down syndrome slowly disappear. Archives of Disease in Childhood, vol 94 (2009), pp. 823–826.
- Stalford, Helen*: Children and the European Union: rights, welfare and accountability. Hart Publishing, Oxford 2012.

- Tachibana, Masahito, et al.*: Human Embryonic Stem Cells Derived by Somatic Cell Nuclear Transfer. *Cell*, vol 153, issue 6 (2013), pp. 1228–1238.
- Tammela, Outi – Nuutila, Mika*: Onko sikiöllä oikeuksia? *Duodecim*, vol. 124 (2008), pp. 356–357.
- Thomas, David – Richards, Georgiana A.*: The importance of the morality exception under the European Patent Convention: the Oncomouse case continues... *European Intellectual Property Review*, vol. 26 (2004), pp. 97–104.
- Thomson, Judith Jarvis*: A Defense of Abortion, in Marshall Cohen – Thomas Nagel – Thomas Scanlon (eds), *The Rights and Wrongs of Abortion*. Princeton University Press, Princeton 1974, pp. 3–22.
- Tritton, Guy et al.*: *Intellectual Property in Europe*, 3rd edition. Sweet & Maxwell, London 2008.
- United Kingdom Intellectual Property Office*: Stem Cells: UKNSCN patent watch landscape, June 2012. Available at <http://www.ipo.gov.uk/informatic-stemcells.pdf> (accessed 18 August 2013)
- Waldron, Jeremy*: Is Dignity the Foundation of Human Rights? New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper No. 12-73. January 2013. (Waldron 2013a)
- Waldron, Jeremy*: Human Rights: A Critique of the Raz/Rawls Approach. New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper No. 13-32. June 2013. (Waldron 2013b)
- Walsh, Laura*: Kun suostumus ei riitä – kudosnäytteen ja alkion luovuttajan oikeusaseman tarkastelua. *Lakimies*, vol. 106 (2008), pp. 773–798.
- Walters, Eric M. – Benson, James D. – Woods, Eric J. – Critser, John K.*: The history of sperm cryopreservation, in Allan A. Pacey and Mathew J. Tomlinson (eds.), *Sperm Banking: Theory and Practice*. Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 1–17.
- Verhagen, Eduard A. A. – Sauer, Pieter J. J.*: The Groningen Protocol – Euthanasia in Severely Ill Newborns. *New England Journal of Medicine*, vol 352 (2005), pp. 959–962.
- Verhagen, A. A. Eduard*: The Groningen Protocol for newborn euthanasia; which way did the slippery slope tilt? *Journal of Medical Ethics*, vol 39 (2013), pp. 293–295.
- Wicks, Elizabeth*: *The Right to Life and Conflicting Interests*. Oxford University Press, Oxford 2010.
- Williams, Jeremy*: Sex-selective Abortion: A Matter of Choice. *Law and Philosophy*, vol. 31 (2012), pp. 125–159.
- World Health Organization*: Preventing gender-biased sex selection: an interagency statement OHCHR, UNFPA, UNICEF, UN Women and WHO. World Health Organization, 2011.
- World Medical Association*: Declaration of Helsinki – Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects. Seventh Revision done in October 2013. Available at <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/> (accessed 18 June 2014).
- Žižek, Slavoj*: *Violence: Six Sideways Reflections*. Profile books, London 2008.

LIST OF OFFICIAL DOCUMENTS

- Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Guinea-Bissau, adopted by the Committee at its sixty-third session (27 May–14 June 2013), United Nations, UN Doc. CRC/C/GNB/CO/2-4.
- Constitutional Law Committee, Perustuslakivaliokunnan lausunto 16/2006 vp. 16 May 2006, Parliament of Finland, available at <http://bit.ly/1dcr3ig> [accessed 16 August 2013].
- European Commission, Full EU ban on animal testing for cosmetics enters into force, 11 March 2013, European Union, available at http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-210_en.htm [accessed 16 August 2013].
- Government proposal, Hallituksen esitys Eduskunnalle hautaustoimilaiksi (HE 204/2002 vp.), 18 October 2002, Parliament of Finland, available at <http://www.edilex.fi/he/20020204> [accessed 20 August 2013].
- Government proposal, Hallituksen esitys Eduskunnalle sikiön, alkion ja perimän suoja koskevien rangaistussäännösten muuttamisesta (HE 156/2008 vp.), 10 October 2008, Government of Finland, available at <http://bit.ly/14TAYII> [accessed 18 August 2013].
- Human Rights Council, Joint Submission presented by International Catholic Child Bureau, et al. to the Open-Ended Working Group on an Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure, 11 December 2009, United Nations, UN Doc. A/HRC/WG.7/1/CRP.5.
- Human Rights Council, Open-ended Working Group on an optional protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure, 17 June 2009, United Nations, available at http://ap.ohchr.org/Documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_11_1.pdf [accessed 16 August 2013].
- Legal Affairs Committee, Lakivaliokunnan mietintö 2/2009 vp, 3 April 2009, Parliament of Finland, available at http://www.eduskunta.fi/faktatmp/utatmp/akxtmp/lavm_2_2009_p.shtml [accessed 18 August 2013].
- Parliamentary Assembly, Prenatal sex selection, 3 October 2011, Resolution 1829 (2011), Council of Europe, available at <http://bit.ly/12g8NzS> [accessed 18 August 2013].
- Parliamentary Assembly, Prenatal sex selection, 3 October 2011, Recommendation 1979 (2011), Council of Europe, available at <http://bit.ly/1eURgjq> [accessed 18 August 2013].
- Parliamentary Assembly, Prenatal sex selection, 16 September 2011, Report Doc. 12715, Council of Europe, available at <http://bit.ly/14rqOJh> [accessed 18 August 2013].
- Steering Committee on Bioethics, Background document on preimplantation and prenatal genetic testing: Clinical and Legal situation, 20 October 2011 [last updated], CBDI/INF (2010) 6, available at <http://bit.ly/16mFlcj> [accessed 18 August 2013].
- UN General Assembly, Vienna Declaration and Programme of Action, 12 July 1993, A/CONF.157/23, available at <http://www.refworld.org/docid/3ae6b39ec.html> [accessed 20 August 2013].
- World Health Organization, WHO Model List of Essential Medicines, 18th list, April 2013, United Nations, available at <http://bit.ly/18aLAQZ> [accessed 18 August 2013].

LIST OF CASES AND COMMUNICATIONS

Australia

Queensland District Court, *R v. Leach and Brennan*, Judgment, 15 October 2010, not reported

Brazil

Supremo Tribunal Federal, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54*, Judgment, 11 April 2012

Canada

R. v. Levkovic [2013] SCC 25, Judgment, 3 May 2013

European commission of Human rights

R.H. v. Norway, Application No. 17004/90, Judgment, 19 May 1992

European Court of Human Rights

A, B and C v. Ireland, Application No. 25579/05, Grand Chamber, Judgment, 16 December 2010

Boso v. Italy, Application No. 50490/99, Judgment, 5 September 2002

Costa et Pavan c. Italie, Application No. 54270/10, Judgment, 28 August 2012

Evans v. the United Kingdom, Application No. 6339/05, Grand Chamber, Judgment, 10 April 2007

Gauer et autres c. France, Application No. 61521/08, Judgment, 23 October 2012

P. and S. v. Poland, Application No. 57375/08, Judgment, 30 October 2012

Pretty v. the United Kingdom, Application No. 2346/02, Judgment, 29 April 2002

Vo v. France, Application No. 53924/00, Grand Chamber, Judgment, 8 July 2004

X v. Finland, Application No. 34806/04, Judgment, 3 July 2012

European Patent Office

Enlarged Board of Appeal, *WARF/Stem cells*, Decision G 2/06, 25 November 2008, Official Journal EPO, 5/2009 306–332.

European Union

Case C-34/10 *Oliver Brüstle v. Greenpeace e.V.*, Grand Chamber, Judgment, 18 October 2011

France

Ministere Public c. Golfier François, Cour d'Appel de Lyon, Judgment, 13 March 1997

Cour de cassation, chambre criminelle, Application No. 95-85118, Judgment, 27 November 1996

Cour de cassation, chambre criminelle, Application No. 97-8235, Judgment, 30 June 1999

Cour de cassation, première chambre civile, decisions nos. 128–130, Judgment, 6 February 2008

Germany

Bundesverfassungsgericht, Judgment, 28 May 1993, EuGRZ (1993) 229

India

Supreme Court of India, *Suchita Srivastava & Anr. vs Chandigarh Administration*, Judgment, 28 August, 2009

Italy

Corte costituzionale, ref. no. 196/2012, Judgment, 20 June 2012

United Kingdom

British Pregnancy Advisor Service v. Secretary of State for Health [2011] EWHC 235 (Admin)

R v Brown [1994] 1 AC 212

R v Maisha Mohammed, Judgment, May 2007, Manchester Crown Court, not reported

R v Sarah Louise Catt, Judgment, September 2012, Leeds Crown Court, not reported

Re L (Patient: Non-consensual Treatment), [1997] 8 Med LR 217

St George's Hospital NHS Trust v. S. [1998] 3 W.L.R. 936

United nations

Human Rights Committee, K.N.L.H. v. Peru, UN Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003/Rev.1, Communication, 14 August 2006

Human Rights Committee, L.C. v. Peru, UN Doc. CEDAW/C/50/D/22/2009, Communication, 4 November 2011

United States of America

Association for Molecular Pathology, et al. v. Myriad Genetics, Inc., et al, 689 F.3d 1303 (2012)

Gonzales v. Carhart, 550 U.S. 124 (2007)

Mayo Collaborative Services v. Prometheus, Inc., 566 U.S. 132 S. Ct. 1289 (2012)

McCormack v. Hiedeman, 694 F.3d 1004 (9th Cir. 2012)

Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992)

Roe v Wade, 410 U.S. 113 (1973)

Roman v. Roman, 193 S.W.3d 40 (Tex. App. 2006)

Sherley v. Sebelius, 689 F.3d 776, 402 U.S.App.D.C. 178 (2012)

State v. Ashley, 701 So.2d 338 Fla., 1997

HÄMÄRÄN RAJAMAILLA: KANSAINVÄLISOIKEUDELLISIA POHDINTOJA YKSILÖAUTONOMIASTA JA IHMISARVOSTA SEKÄ NIIDEN MERKITYKSESTÄ ELÄMÄN ALULLE

Artikkeli käsittelee kansainvälisen oikeuden kysymystä elämän alkamisesta ja elämän alkamisen ajankohdasta. Lähtökohtana tarkastelulle toimii vastikään voimaan tullut Yhdistyneiden kansakuntien lasten oikeuksien sopimuksen kolmas lisäpöytäkirja, joka mahdollistaa yksilövalitusten käsittelyn lapsen oikeuksien komiteassa. Koska lasten oikeuksien sopimus jättää määrittelemättä elämän alkamisen ajankohdan, artikkelin perushypoteesina toimii kysymys siitä, miten komitea tulee ratkaisemaan lasten oikeuksien sopimukseen jääneen sisäisen käsitteellisen jännitteen. Tämän perushypoteesin ohella artikkeli arvioi oikeusperiaatteisiin rinnastuvien yksilöautonomian ja ihmisarvon kykyä jäsentää ja selventää kansainvälisen oikeuden elämän alulle antamaa määritelmää.

Artikkelissa aihetta lähestytään niin oikeuskäytännön kuin -kirjallisuudenkin valossa, kuitenkin sitoutumatta sen tarkemmin mihinkään yksittäiseen oikeudelliseen tutkimusmetodologiaan. Oikeuskäytännön kohdalla tarkastelu perustuu pääosin länsimaisten ylimpien oikeuksien antamille tuomioille kysymyksissä, jotka liittyvät elämän alkamisen tematiikkaan. Tämän ohella käsitellään rajatummin pohjoismaista elämän alun sääntelyä. Oikeuskäytännön sekä säädösten tarkastelun keskiössä on ennen kaikkea oikeudellinen argumentaatio sekä esiintuodun argumentaation jännitteisyys. Oikeuskäytännön pohjalta muotoutuu moniääninen ja usein kontekstisidonnainen kuva elämän alusta. Tämän oikeudellisen moniäänisyyden analyysi muodostaa artikkelin keskeisen sisällön.

Yksilöautonomian ja ihmisarvon käsitteiden merkitystä oikeuskäytännön ja säädösten arvioinnille perustellaan artikkelissa yhtäältä niiden merkityksellä tuomioistuinten argumentaatiossa, ja toisaalta näiden periaatteiden saamalla tuella oikeuskirjallisuudessa. Artikkelissa yksilöautonomian ja ihmisarvon sisältöä ja määritelmiä tarkastellaan kriittisesti. Tämän kriittisen luennan tarkoituksena on paljastaa oikeudellisen argumentaation sumeus ja sumeuden oikeudelliselle tulkinnalle aiheuttama epävarmuus. Tulkinnan epävarmuuden seurauksena myös oikeuden tarjoama vastaus elämän alulle vaikuttaa ristiriitaiselta ja osin perustelemattomalta.

Artikkelin keskeinen tulos on ennen kaikkea oikeuden jännitteiden tunnistamisessa, mitkä nousevat esiin oikeuden pyrkiessä selventämään niitä oikeudellisesti merkityksellisiä tosiasioita, joiden avulla elämän alku tulisi määritellä. Artikkeli ei siten tarjoa oikeaa sen paremmin kuin muutakaan

tulkintaa siitä, miten lapsen määritelmä, sellaisena kuin se lasten oikeuksien sopimuksessa esiintyy, tulisi ymmärtää. Sen sijaan artikkeli pyrkii tunnistamiensa perusjännitteiden pohjalta osoittamaan, minkälaiset tekijät vaikuttavat kansainvälisen oikeuden tarjoamassa tulkinnassa elämän alulle. Tuon vastauksen vakaus, perusteltavuus ja pysyvyys riippuvat siitä, miten onnistuneesti oikeudellinen argumentaatio kykenee yhdistämään yksilön autonomisen oikeuden päättää elämästään kollektiivin intressiin ylläpitää elämää.

Veli-Markus Tapio

TEKIJÄNOIKEUSLAIN 57 §:N
KORVAUSJÄRJESTELMÄ
MUSIIKIN INTERNETPIRATISMIN
TORJUNTAKEINONA

Sisällys

1 JOHDANTO	339
2 KORVAUS	343
2.1 Korvauksen funktio ja korvausteoriat	343
2.2 Korvauksen yleiset periaatteet ja edellytykset	345
3 KORVAUS TEKIJÄNOIKEUDEN LOUKKAUKSEN JOHDOSTA	347
3.1 Oikeusperusta	347
3.2 Vastuuperusteet tekijänoikeudessa	350
3.3 Syy-yhteys ja ennakoitavuus	351
4 TEKIJÄNOIKEUDEN LOUKKAUS MUSIIKISSA	353
5 KORVAUS DIGITAALIYMPÄRISTÖSSÄ	357
5.1 Klassinen ja digitaalinen tekijänoikeuden loukkaus	357
5.2 Korvausvastuun rajaaminen digitaaliympäristössä	360
6 HYVITYS	364
6.1 Hyvityksen määräytyminen	364
6.2 Hyvitys ja vahinko	367
7 VAHINGONKORVAUS	371
7.1 Tekijänoikeuslain vahingonkorvaussäännös	371
7.2 Tekijänoikeuden loukkaus ja vahingonkorvauslaki	375
8 KORVAUS MORAALISTEN OIKEUKSIEN LOUKKAUKSEN JOHDOSTA	377
9 MUUT KORVAUKSESSA HUOMIOON OTETTAVAT ERÄT	380
10 KORVAUKSEN SOVITTELU	385
11 ANALYYSIÄ, JOHTOPÄÄTÖKSIÄ, KEHITYSTRENDEJÄ	389
11.1 Tekijänoikeuden muuttuva toimintaympäristö	389
11.2 Korvauksen muuttuva funktio digitaaliympäristössä	392
11.3 Korvaus ja palvelun tarjoajien oikeusasema	398

12 YHTEENVETOA	402
LÄHTEET	406
OIKEUSTAPAUKSET	410
SECTION 57 OF THE FINNISH COPYRIGHT CODE – FINANCIAL LIABILITY AS A MEANS OF PREVENTING MUSIC PIRACY	412

Tekijänoikeuslain 57 §:n korvausjärjestelmä musiikin internetpiratismiin torjuntakeinona

1 JOHDANTO

Internetin merkitys immateriaalioikeudella suojattujen hyödykkeiden vaihdannassa on keskeinen. Sähköisen kaupankäynnin tehostumisen kääntöpuolena ovat kuitenkin samanaikaisesti voimakkaasti lisääntyneet tietoverkkoa hyväksi käyttäen tehdyt oikeudenloukkaukset. Tämä ilmenee erityisesti tekijänoikeuden alalla oikeudenhaltijan luvatta tapahtuvana tiedostojen välittämisenä. Ilmiöön viitataan yleisesti termillä piratismi.¹

Pääasiallisuudessa annettavalla tuomiolla tekijänoikeuden loukkaajaan kohdistettavia seuraamuksia ovat kielto, rangaistus, korvaus ja hävittämis-seuraamus. Rahallista korvausta on pidetty tämän seuraamusjärjestelmän keskeisimpänä elementtinä.² Sen merkitystä korostaa rikosoikeudellisten sanktioiden rajaaminen ainoastaan kaikkein vakaviin loukkauksiin. Vahingonkorvaus, sanan yleiskielisessä merkityksessä, on myös yksi tekijänoikeuden eniten kriittistä julkisuutta saavista ulottuvuuksista, joten sillä on oikeuspoliittisessa tarkastelussa keskeinen merkitys yleisen mielikuvan muokkaajana. Huomattava osa niistä epäoikeudenmukaisuuden

¹ Hallituksen esityksessä rikoslainsäädännön kokonaisuudistukseksi piratismi määritellään tekijänoikeudellisesti suojattujen teoskappaleiden ansiotarkoituksessa ja ilman oikeudenhaltijoiden suostumusta tapahtuvaksi valmistamiseksi, maahantuonniksi ja levittämiseksi (HE 94/1993 vp). Nähdäkseni ansiotarkoituksen liittäminen piratismiin määritelmään ei ole tarkoituksenmukaista. Teosten luvaton välittäminen internetissä voi olla hyvinkin laajamittaista ja vahingollista ilman, että se tuottaa harjoittajalleen välitöntä taloudellista hyötyä.

Kansainvälisellä tasolla käsitettä piratismi käytetään TRIPS-sopimuksen 61 artiklassa, jossa jäsenvaltioille asetetaan velvollisuus säätää rikosprosessista ja rangaistuksista sovellettavaksi ainakin niihin tapauksiin, joissa on kysymys kaupallisessa laajuudessa tapahtuvasta harkitusta tekijänoikeuspiratismista. WIPO:n tekijänoikeussopimuksessa (WCT) ja WIPO:n esitys- ja äänitesopimuksessa (WPPT) ei piratismia nimenomaisesti mainita, mutta EU:n tietoyhteiskuntadirektiivin (2001/29/EY) 15 johdantokappaleen mukaan em. sopimusten keskeinen tavoite on parantaa keinoja torjua piratismia maailmanlaajuisesti.

² Nordell 1994, s. 313.

kokemuksista, jotka vähentävät tekijänoikeuden yleistä legitimaatiota, liittyy nimenomaan korvaustilanteisiin.

Tekijänoikeudenloukkauksen johdosta suoritettava korvaus voi perustua joko sopimusrikkomukseen tai sopimuksenulkoiseen perusteeseen. Tämän tutkimuksen aiheena on jälkimmäinen tilanne, toisin sanoen tapahtuneen tekijänoikeuden loukkauksen johdosta tuomioistuimen lain nojalla oikeudenloukkaajalle määräämä maksuvelvoite. Tutkimuksen ulkopuolelle rajataan rikosoikeudelliset seuraamukset sekä – loukkauksedellytyksen puuttuessa – yksityisen kopioinnin hyvitysmaksu (ns. kasettimaksu). Tarkastelu rajoittuu tekijän yksinoikeuden alaan kohdistuviin loukkauksiin, joten laitonta maahantuontia tai kauttakulkua ei käsitellä. Tutkimusekonomisista syistä tarkastelun ulkopuolelle jäävät myös tilanteet, joissa korvausvelvollisuus perustuu lakiin sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa (22.12.1978/1061) tai vastuun kanavointiin vahingonkorvauslain (31.5.1974/412) nojalla. Tutkimus painottuu Suomen kansalliseen tekijänoikeuteen, joskin yhteisestä lainvalmisteluhistoriasta johtuen tulen viittaamaan rajoitetusti myös pohjoismaisiin lähteisiin.

Viime vuosina on alettu käyttää termiä korvausoikeus kuvaamaan pelkkää vahingonkorvausta laajasisältöisempää ilmiötä viitaten kaikkiin niihin normistoihin, joiden perusteella vahingonkärsijä voi saada hyvityksen vahingostaan.³ Tässä tutkimuksessa termillä korvaus tarkoitetaan yläkäsitettä, joka kattaa kaikki tekijänoikeuden loukkauksen johdosta määrättävät siviilioikeudelliset maksuvelvoitteet. Näitä ovat ennen kaikkea tekijänoikeuslain (8.7.1961/404) tai vahingonkorvauslain nojalla maksettava vahingonkorvaus, tekijänoikeuslain mukainen hyvitys luvattomasta käytöstä, perusteettoman edun palautus sekä moraalisten oikeuksien loukkauksen johdosta maksettava korvaus. Valittu käytäntö poikkeaa tekijänoikeuslain systematiikasta, jossa termiä korvaus käytetään jossain määrin epäjohdonmukaisesti kuvaamaan paitsi vahingon johdosta määrättävää korvausta myös käyttökorvausta.⁴

Aiheen ajankohtaisuudesta huolimatta tekijänoikeuskorvausta on käsitelty kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa sangen rajallisesti. Alan kattavin perusteos on Martti Castrénin monografia vuodelta 1979. Teos on monilta osin vanhentunut, mutta tulen jatkossa viittamaan siihen keskeisenä historiallista kontekstia tarjoavana referenssinä.⁵ Korvausta sivutaan myös

³ *Hemmo* 2005, s. 1.

⁴ Terminologian yleistä epäjohdonmukaisuutta ilmentää myös ruotsalainen lainvalmisteluaineisto, jossa käsite *skadestånd* (vahingonkorvaus) kattaa myös hyvityksen (*verderlag*). SOU 1956:25, s. 431–434.

⁵ *Castrén* 1979.

tekijänoikeutta käsittelevissä monografioissa.⁶ Lisäksi aiheesta on kirjoitettu ainakin kaksi pro gradu -työtä.⁷ Yhteistä edellä mainituille tutkimuksille on, että niissä tekijänoikeuden loukkauksen johdosta määrättävää korvausta lähestytään perinteisestä oikeusdogmaattisesta näkökulmasta käsin ilman, että digitalisoitumisen myötä muuttuneille olosuhteille tai muille reaalille näkökohdille annettaisiin korvauksen perusperiaatteita kyseenalaistavaa vaikutusta.

Tämän tutkimuksen taustaoletuksena on, että viimeisen vuosikymmenen aikana internet on muuttanut musiikin markkinoita ja jakelua perustavaa laatua olevalla tavalla. Myös tekijänoikeuden funktio ja soveltamisala ovat nykyään toiset kuin säädettäessä tekijänoikeuslakia puoli vuosisataa sitten. Alun perin taiteilijan henkistä perintöä vaalimaan luotu järjestelmä on kehittynyt globaalin suurteollisuuden toimintaa ohjaavaksi normistoksi, joka toteuttaa pitkälti teollisoikeudellisia tavoitteita.⁸ Sen suojan piiriin on hakeutunut tietokoneohjelmistojen kaltaisia uusia aloja, joiden suhde mannermaisen tekijänoikeuden alkuperäiseen taiteilijakeskeiseen eetokseen on etäinen.⁹ Kaikki tämä on johtanut siihen, että tekijänoikeuden varallisuus oikeudellinen luonne on vahvistunut.

Edellä esitetystä huolimatta yleisen varallisuus oikeuden alalla tapahtunut hyvinvointivaltioistumiseen liittyvä kehitys on välittynyt heikosti tekijänoikeudelliseen keskusteluun. Yhtenä syynä tähän lienee immateriaalioikeuden yleisten oppien kehittymättömyys ja korostuneen oikeudenalakohtainen tarkastelutapa.¹⁰ Digitalisoitumisen aikaansaama muutos markkinaympäristössä puoltaa kuitenkin tutkimuksellisen näkökulman säilyttämistä riittävän laavana. Loukkauksen redusoiminen oikeudenhaltijan ja loukkaajan väliseen kaksiasiansaissausteeseen kuvaa puutteellisesti tilannetta, jossa loukkaus edellyttää tietoverkon teknistä infrastruktuuria ylläpitävien välittäjä tahojen myötävaikutusta. Varallisuus oikeuden sosiaalisten tavoitteiden merkitys korostuu digitaaliympäristössä tapahtuvan loukkauksen tyyppitilanteessa, jossa osapuolina ovat elinkeinotoimintaa harjoittava yritys ja yksityinen kuluttaja.

Käsittelen seuraavassa tekijänoikeuslain 57 §:n korvausjärjestelmää ja sen merkitystä musiikin internetvaihdantaa turvaavana oikeussuojakeinona. Tutkimus sisältää kahdenlaista metodista ainesta: ensinnäkin tarkastelen tekijänoikeuden loukkauksen johdosta määrättäviä maksuvelvoitteita

⁶ Ks. esim. *Haarman* 2005 ja *Sorvari* 2007.

⁷ *Haimi* 2002, *Hatanmaa* 2011.

⁸ Ks. esim. *Pihlajarinne* 2013, s. 1226–1228.

⁹ Tietokoneohjelmia alettiin suojata Bernin konvention mukaisina kirjallisina teoksina TRIPS-sopimuksella vuonna 1995.

¹⁰ Ks. esim. *Pihlajarinne* 2012b, s. 392–396.

lainopillisesta näkökulmasta, mutta tekijänoikeuslakia laajemmassa korvausoikeudellisessa kontekstissa. Tekijänoikeuden loukkauksen johdosta määrättävää korvausta käsitellään siis yleisen korvausoikeuden erityistilanteena. Tutkimuksen tulokulmasta johtuen lähdän liikkeelle korvausoikeuden yleisten periaatteiden esittelystä. Toisaalta pyrin antamaan merkitystä teknologian kehittymisen seurauksena musiikin markkinaympäristössä tapahtuneille muutoksille. Tämä edellyttää oikeudellisten ilmiöiden peilaamista oikeusjärjestyksen ulkopuolisiin tosiasioihin.

Tavoitteeni ei niinkään ole esittää verifioitavia väitelauseita oikeuden sisällöstä, vaan avata *de lege ferenda* mahdollisia uusia näkökulmia tekijänoikeuslain korvausjärjestelmän kehittämiseksi siten, että se paremmin vastaisi digitalisoituneen ja markkinaistuneen yhteiskunnan sille asettamaan tehtävään. Tekijänoikeuden legitimaatio perustuu pitkälti sen oletetulle kannustinfunktiolle: tunnustamalla tekijöille oikeuden määrätä teostensa hyväksikäytöstä yhteiskunta kannustaa luovaa toimintaa.¹¹ Lain tavoiteltujen oikeuspoliittisten vaikutusten toteutuminen edellyttää oikeuksien tehokasta täytäntöönpanoa.¹² Tekijänoikeudessa korvausta on pidetty eräänä keskeisimmistä täytäntöönpanokeinoista.¹³ Näin ollen tekijänoikeuslain kyky toteuttaa sille asetettuja tavoitteita on vahvasti sidoksissa korvausinstituution vaikuttavuuteen.¹⁴ Sen todentaminen on pitkälti empiirinen kysymys.¹⁵

Tutkimuksen eniten viitatut oikeustapaukset ovat KKO 2010:47 (Finreactor), RoHO R 10/1126, 29 (Finnish Fast Speed) sekä THO R 11/720, 1528 (Sarah's Secret Chamber). Niissä kaikissa oli kysymys vertaisverkkoa ylläpitäneiden henkilöiden vastuusta oikeudenloukkauksissa, jotka oli toteutettu verkkoa hyväksikäyttäen. Tapauksessa KKO 2010:47 (Finreactor) korkein oikeus vahvisti, että pelkkien torrent-kuvaustiedostojen välittäminen vertaisverkossa voi olla tekijänoikeudellisesti merkityksellistä. On väitetty, että kyseessä olisi ensimmäinen piraattipalvelun tarjoajaa koskeva korkeimman oikeusasteen vahvistama tuomio Euroopassa.¹⁶ Edellä mainitut kaksi muuta tuomiota perustuvat pitkälti tapauksen KKO 2010:47 (Finreactor) asettamalle prejedikaatille.

¹¹ HE 111/2005 vp, s. 1.

¹² Tekijänoikeuspolitiikan peruspilareina voidaan pitää a) oikeuden perustavia normeja b) oikeuksien sopimusperusteista lisensointia sekä c) oikeuksien täytäntöönpanoa. *Liedes* 2013, s. 1338.

¹³ Ks. alaviite 2.

¹⁴ Käsitteellä vaikuttavuus tarkoitetaan vakiintuneesti ennalta asetettujen ja tavoiteltavien vaikutusten toteutumista.

¹⁵ *Määttä* 2009, s. 11–13.

¹⁶ Piraattipalvelimelle kova tuomio KKO:sta. YLE 4.6.2012.

Kaikissa kolmessa edellä mainitussa oikeustapauksessa kantajina ja asianomistajina oli joukko tekijänoikeuden luovutuksensaajia sekä heitä edustavia järjestöjä. Vastaaajina ja syytettyinä oli yksityishenkilöitä, jotka kiistivät syytteet ja yksityisoikeudelliset vaatimukset ensisijaisesti sillä perusteella, että he eivät itse olleet välittömästi osallistuneet oikeudenhaltijan luvatta tapahtuvaan teoskappaleiden valmistamiseen tai yleisön saataville saattamiseen. Kaikissa tapauksissa vastaaajille määrättiin sekä rikosoikeudellisia että tekijänoikeuslain 57 §:ään perustuvia yksityisoikeudellisia maksuseuraamuksia. Seuraavassa käsittelen tapauksia ainoastaan viimeksi mainitun kysymyksen osalta.

2 KORVAUS

2.1 Korvauksen funktio ja korvausteoriat

Yleinen varallisuus oikeus koostuu omistusta, sopimusta ja vahingonkorvausta koskevista normistoista. Nämä kolme varallisuus oikeuden perusinstituutiota välittävät ja jäsentävät ihmisten välisiä taloudellissosiaalisia suhteita muodostaen markkinatalouden oikeudelliset perusteet.¹⁷ Korvausvastuun edellytyksenä on pääsääntöisesti vahinko, jolla tarkoitetaan vahingonkärsijän kannalta epäedullista ulkoisen seikan aiheuttamaa odottamatonta muutosta.¹⁸ Vahinkotilanteessa ensimmäinen askel on selvittää vastuumuoto. Toisin sanoen, tuleeko tilannetta arvioida sopimusperusteisen vai sopimuksenulkoisen vastuun nojalla. Yleinen kehitys on kulkenut kohti sopimusperusteisen vastuun käyttöalan laajentumista.¹⁹ On oletettavissa, että näin tulee tapahtumaan myös tekijänoikeuden alalla, joskin toistaiseksi sopimuksenulkoisen vastuu kattaa tyypillisimmät digitaaliympäristössä tapahtuvat oikeudenloukkaukset.

Sopimuksenulkoisen vastuu eli ns. deliktivastuu voi perustua joko vahingonkorvauslakiin tai erityissäätelyyn. Tekijänoikeuden loukkauksissa jälkimmäinen vaihtoehto on pääsääntö, sillä tekijänoikeuslain 57 §:ään sisältyvät yksityiskohtaiset ja oikeudenhaltijan kannalta vahingonkorvauslakia edullisemmat korvaussäännökset. Varallisuus oikeudellisina perusinstituutioina vahingonkorvaus ja sopimus toimivat läheisessä vuoro-vaikutussuhteessa ja niiden välinen rajankäynti ei ole aina yksiselitteistä.

¹⁷ Pöyhönen 2003, s. XI.

¹⁸ Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006, s. 30.

¹⁹ Hemmo 2005, s. 5.

Digitaaliympäristössä tapahtuvaan tekijänoikeuden loukkaukseen sisältyy usein myös kuluttajan ja oikeudenhaltijan väliseen teoksen käyttöoikeuden luovutukseen liittyvä sopimusoikeudellinen komponentti.

Korvausinstituution funktioita koskevassa keskustelussa on painotettu kahta päätavoitetta: vahingonkärsijän saattamista vahinkoa edeltäneeseen taloudelliseen asemaan (reparaatio) ja vahinkojen ennaltaehkäisyä (preventio). Korvaus reparatiivisena toimenpiteenä kohdistuu jo tapahtuneeseen vahinkoon painottaen talouslähtöistä ajattelua. Castrén pitää reparaatiota korvausoikeuden keskeisimpänä funktiona myös immateriaalioikeuslainsäädännössä.²⁰ Vastaavasti preventiivisen funktion korostaminen siirtää tarkastelun painopistettä tulevaisuuteen ja moraalisiin tavoitteisiin. Yhteys rikosoikeudelliseen estävyyteen on ilmeinen.

Vakuutusperusteiden järjestelmien yleistymisen on johtanut siihen, että henkilökohtaisen vahingonkorvausvastuun käyttöala on kaventunut. Vahingonkorvaukseen verrattuna sopimukseen perustuva, vakuutuksen kautta saatava kompensatio on vahingonkärsijän kannalta edullisempi, sillä korvausvastuun syntyminen jäsentyy täsmällisesti ja kysymys korvausvelvollisuuden maksukyvyistä voidaan sivuuttaa. On väitetty, että nykyaikaisessa taloudessa vakuutuspuolelta priorisointi on johtanut korvauksen reparatiivisen merkityksen kaventumiseen.²¹ Tämä ei ehkä sellaisenaan päde immateriaalioikeuden alalla, jossa oikeudenloukkauksilta suojautuminen vakuusoikeudellisin keinoin on toistaiseksi harvinaista.

Korvausinstituution perusteita on mahdollista jäsentää monin tavoin antaen erilaisia painotuksia taloudellisille ja moraalisille argumenteille. Asteikon ääripäitä voidaan kuvata myös käsiteparilla tavoiterationaalinen ja arvorationaalinen.²² Korvausta koskevat teoriat ollut tapana jakaa joko yksiarvoisiin tai pluralistisiin riippuen siitä, asetetaanko tietty arvo tai tavoite johtavaksi jäsenysperiaatteeksi, vai onko verraten tasavahvoja arvo- ja tavoitepäämääriä mahdollisesti useampia ja vaihtelevatko niiden painoarvot eri korvaustilanteissa.²³ Yksiarvoinen korvausteoria voidaan perustaa esimerkiksi oikeustaloustieteelliseen ajatteluun, jolloin johtavana tavoiterationaalisenä periaatteena on vaihdannan tehokkuus ja transaktiokustannusten minimointi. Vahinko nähdään tällöin optimaalisen tehokkuuden häiriötilana ja korvaus vastaavasti keinona tehokkuuden palauttamiseksi.²⁴

²⁰ Castrén 1979, s. 4–5. Hallituksen esityksessä HE 23/1960 vp ei kysymykseen oteta kantaa.

²¹ Hemmo 1996, s. 305.

²² Tuori 2000, s. 39–40.

²³ Hemmo 1996, s. 21.

²⁴ Termiä markkinahäiriövahinko on käytetty aiemmassa oikeuskirjallisuudessa toisessa merkityksessä kuvaamaan yksittäisen oikeussubjektin kärsimää goodwill-haittaa. Ks. esim. Castrén 1979, s. 116.

Perinteisempää arvorationaalista ajattelua edustavat puolestaan teorit, joissa korostetaan korvauksen asemaa tuottamuksellisen toiminnan sanktioluonteisena seurauksena – puhutaan myös syyllisyysperusteisista sanktiteorioista.²⁵ Tarkastelu painottuu tällöin vahingonaiheuttajan ja vahingonkärsijän suhteeseen utilitarististen tavoitteiden jäädessä syrjään. Tässä tutkimuksessa aihetta pyritään lähestymään pluralistisesta näkökulmasta. Lähtöoletuksena on, että etsittäessä ratkaisuja korvausoikeudellisiin ongelmiin uudenaikaisessa nopeasti muuttuvassa markkinaympäristössä tarkastelua ei tule rajata redusoiviin ja muuttumattomiin kokonaisselityksiin. Korvausnormiston konkreettisenä yhteiskunnallisena tavoitteena on vahinkohaittojen minimointi sekä reparaation että prevention keinoin.

2.2 Korvauksen yleiset periaatteet ja edellytykset

Vahingonkorvauksen lähtökohta on, että jokainen joutuu kantamaan kärsimänsä vahingon itse, ellei jokin erityinen oikeusperuste perusta oikeutta korvauksen saamiseen toiselta, esimerkiksi vahingon aiheuttajalta.²⁶ Suomessa lakiperustan vahingonaiheuttajan korvausvelvollisuudelle luo vahingonkorvauslaki, joskin sen käyttöala tekijänoikeudessa on kapea johtuen tekijänoikeuslain omista korvaussäännöksistä. Korvausvastuun peruste on pääsääntöisesti vahingonaiheuttajan tuottamus. Siviilioikeudessa tähän käsitteeseen on tapana sisällyttää sekä tahallisuus (*dolus*) että huolimattomuus (*culpa*). Näiden kahden syyksiluettavuusmuodon välinen rajankäynti ei yleensä ole vahingonkorvausoikeudellisesti merkityksellinen, ellei erityislainsäädännöstä muuta johdu.

Tuottamuksen ohella tapausta saatetaan joutua arvioimaan ankaran vastuun nojalla erityisesti sellaisessa toiminnassa, josta aiheutuu vaaraa muillekin kuin toiminnanharjoittajalle itselleen. Pääsääntöisesti vastuuperusteen määrittely tapahtuu lainsäädäntöteitse. Ankaran vastuun perustavia säännöksiä on esimerkiksi tuotevastuulain (17.8.1990/694) 3–5 §:ssä, ympäristövahinkolain (19.8.1994/737) 1 §:ssä sekä ydinvastuulain (8.6.1972/484) 6 §:ssä. On kuitenkin toimintamuotoja, jotka ovat tulleet ankaran vastuun piiriin oikeuskäytännön kautta. Ankaran vastuun soveltamisalan laajentuminen lienee 1900-luvun kenties merkittävin korvausoikeudellinen kehitystrendi.²⁷

²⁵ Hemmo 1996, s. 32.

²⁶ Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006, s. 81.

²⁷ Hemmo 1996, s. 268.

Vahingon korvaaminen tuottamuksesta riippumatta voidaan toteuttaa kahdella tavalla. Edellä mainitussa ankarassa vahingonkorvausvastuussa korvausvelvollisuus asetetaan vahingonaiheuttajalle itselleen. Toisen vaihtoehdon tarjoavat vakuutukseen pohjautuvat järjestelmät. Vahinkolajien välisessä tarkastelussa eri korvausjärjestelmien käyttöalat vaihtelevat. Pakolliset vakuutukset ja sosiaalivakuutusjärjestelmät liittyvät yleensä henkilövahinkojen korvaamiseen. Esinevahingot korvataan tyypillisesti vapaaehtoisen vakuutuksen perusteella. Heikoin sosiaalinen intressi kohdistuu puhtaisiin varallisuusvahinkoihin. Niiden vakuuttamiskelpoisuutta on rajoitettu ja korvaaminen lakiperusteista järjestelmistä on poikkeuksellista.²⁸ Tekijänoikeuslain 57 §:n korvausjärjestelmä muodostaa yhden tällaisen poikkeuksen.

Vastuuperusteen ohessa toinen ratkaistava kysymys liittyy siihen, mikä on korvattavaa vahinkoa. Korvausvastuun yleisenä edellytyksenä on, että teolla ja vahingolla on oltava syy-yhteys, toisin sanoen teko on vaikuttanut epäedullisesti tapahtumien kulkuun. Tapoja syy-yhteyden eli kausaliteetin arvioimiseen on lukuisia. Yksinkertaisimmissa tapauksissa vahinkoa ei olisi lainkaan aiheutunut ilman tekoa, eli teko on vahingon välttämätön ehto (*conditio sine qua non*). On kuitenkin tilanteita, joissa vahinko saattaa olla seurausta monista eri teoista, joista jokainen voisi aiheuttaa vahingon. Yksittäinen teko on tällöin riittävä, joskaan ei välttämätön ehto vahingon syntymiselle. Digitaalisympäristössä tapahtuvissa tekijänoikeudenloukkauksissa konkretisoituu kysymys, mikä on yksittäisen loukkaajan toiminnan vaikutus oikeudenhaltijan tulonmenetykseen.

Toiminnan ja seurauksen välinen kausaaliketju ei voi muodostua loputtoman pitkäksi, joten välillisten vahinkojen korvattavuutta pyritään rajoittamaan. Korvattavuuden edellytykseksi asetetaan yleensä vahingon ennakoitavuus eli adekvaattisuus. Vaikka syy-yhteysedellytys täytyisi, vahingonaiheuttaja ei joudu korvaamaan vahinkoa, jota hän ei olisi voinut ennakoita toiminnastaan seuraavan. Castrénin mukaan tämä tarkoittaa immateriaalioikeustilanteisiin sovellettuna sitä, että tullakseen korvatuksi vahingon on oltava seurausta toiminnasta, joka asioiden normaalin kulun mukaan on omiaan vaarantamaan oikeudenhaltijan etuja ja sitä kautta aikaansaamaan tyypillisimmillään saamatta jäänen voiton muodossa ilmenevää vahinkoa.²⁹ Epätavallisten vahinkojen korvattavuuden arviointiin voidaan myös käyttää oppia normin suojatarkoituksesta. Korvausvastuu syntyy, jos loukatulla normilla on pyritty juuri kyseisen vahingon välttämiseen.³⁰

²⁸ Hemmo 2005, s. 2.

²⁹ Castrén 1979, s. 137.

³⁰ Ks. esim. KKO 1997:49.

Korvauksen määrään sovelletaan täyden korvauksen periaatetta. Kompensoiduksi tulee siis vahingonkärsijälle aiheutunut menetys kokonaisuudessaan. Käytännön lainsoveltamistilanteessa tämän pääsäännön vaikutusta heikentää korvausvelvollisen oikeussuojan tarve sekä vahingonkärsijälle asetettu velvollisuus rajoittaa vahinkoa. Toinen korvauksen määrään vaikuttava keskeinen korvausoikeudellinen periaate on rikastumiskielto.³¹ Korvaus ei siis saa olla ylikompensatorinen, jottei kukaan pääse hyötymään vahinkotapahtumasta. Hyvitettävän vahingon määrän arviointi tapahtuu yleisesti ns. differenssivertailulla. Tällä tarkoitetaan sitä, että toteutunutta tapahtumakulkua verrataan hypoteettiseen norminmukaiseen tapahtumakulkuun ja korvaus määritellään näiden erotuksena.³²

3 KORVAUS TEKIJÄNOIKEUDEN LOUKKAUKSEN JOHDOSTA

3.1 Oikeusperusta

Teollis- ja tekijänoikeuksien klassiset yleissopimukset, Pariisin ja Bernin konventiot, eivät juurikaan käsittele kysymystä oikeuksien tehokkaasta täytäntöönpanosta.³³ Vuonna 1994 laadittu Maailman kauppajärjestön perustamissopimuksen (SopS 5/1995) liitteessä 1 C oleva teollis- ja tekijänoikeuksien kauppaan liittyvistä näkökohdista tehty sopimus (TRIPS-sopimus) on ensimmäinen merkittävä askel kohti yleismaailmallista teollis- ja tekijänoikeuksien täytäntöönpanon vähimmäisstandardia. Sopimuksella ei kuitenkaan pyritä kansallisten täytäntöönpanomenettelyjen yhdenmukaistamiseen.

TRIPS-sopimuksen 41 artiklan mukaan jäsenvaltioiden lainsäädännön tulee mahdollistaa tehokkaat toimet teollis- ja tekijänoikeuksien loukkauksia vastaan, mukaan lukien joutuisat oikeuskeinot loukkausten torjumiseksi samoin kuin oikeuskeinot vastaisten loukkausten ehkäisemiseksi. Korvauksesta säädetään sopimuksen 45 artiklassa. Oikeusviranomaisilla tulee olla oikeus määrätä oikeudenloukkaaja maksamaan oikeudenhaltijalle korvaus, joka riittää hyvittämään oikeudenhaltijan kärsimän vahingon. Edellytyksenä on, että loukkaaja tiesi tai hänellä oli riittävät perusteet tietää, että hän oli

³¹ SOU 1956:25, s. 433.

³² *Hemmo* 2005, s. 144.

³³ Poikkeuksina mainittakoon Bernin konvention 16(1) artikla sekä Pariisin konvention 9(1) artikla.

ryhtynyt loukkaavaan tekoon. TRIPS-sopimus asettaa siis korvausvastuun perusteeksi loukkaajan tuottamuksen.

Ajallisesti TRIPS-sopimus sijoittuu hetkeen juuri internetin vallankumouksen kynnyksellä. Näin ollen digitaaliympäristön erityiskysymykset ovat jääneet sopimuksessa huomiotta, ja pian sopimuksen laatimisen jälkeen esitettiinkin arvioita, että se on vanha jo syntyessään.³⁴ Ensimmäiset ja toistaiseksi ainoat kansainväliset sopimukset, jotka sisältävät sääntelyä immateriaalioikeuksien täytäntöönpanosta digitaaliympäristössä, ovat WIPO:n tekijänoikeussopimus (WCT) ja esitys- ja äänitesopimus (WPPT) vuodelta 1996. Sopimusmääräysten soveltamisalan laajennus digitaaliympäristöön on toteutettu sopimukseen liittyvissä selventävissä julkilausumissa (*agreed statements*).³⁵ WIPO:n sopimukset eivät asiallisesti muuta TRIPS-sopimuksessa asetettua tuottamukseen perustuvaa korvausvastuun kynnystä. WIPO:n sopimukset on saatettu voimaan USA:ssa säätämällä *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA)³⁶ ja Euroopan unionissa direktiivillä 2001/29/EY tekijänoikeuden ja lähioikeuksien tiettyjen piirteiden yhdenmukaistamisesta tietoyhteiskunnassa (tietoyhteiskuntadirektiivi).³⁷

Tietoyhteiskuntadirektiivin 8 artikla edellyttää, että jäsenvaltiot säätävät oikeudenloukkauksia koskevista asianmukaisista seuraamuksista ja oikeussuojakeinoista. Seuraamusten on oltava tehokkaita, oikeasuhteisia ja vakuuttavia. Saman artiklan 2 kohdan mukaan oikeudenloukkauksen kohteeksi joutuneella on oltava oikeussuojakeinona käytettävissään mahdollisuus vahingonkorvauskanteen nostamiseen. Sanamuodoltaan identtinen vaatimus seuraamusten laadusta sisältyy direktiivin 2004/48/EY teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamisesta (enforcement-direktiivi) 3 artiklaan.³⁸ Sen mukaan toimenpiteiden, menettelyjen ja oikeussuojakeinojen on oltava lisäksi oikeudenmukaisia ja tasapuolisia, eivätkä saa olla liian monimutkaisia tai kalliita.

³⁴ *Hamilton* 1996, s. 614–615. Materiaalisessa tarkastelussa TRIPS-sopimuksen 10 artiklassa laajennetaan tekijänoikeuden alaa merkittävästi edellyttämällä, että jäsenvaltiot suojaavat tietokoneohjelmat Bernin konvention mukaisina kirjallisina teoksina.

³⁵ WCT 14 art., WPPT 23 art. WCT viite 1: Agreed statement concerning Article 1(4); WCT viite 9: Agreed statement concerning Article 10. WPPT viitteet 6, 9, 14, 15: Agreed statement concerning Articles 7, 11 and 16. WIPO:n sopimukset tulivat voimaan vuonna 2002.

³⁶ 17 U.S.C.

³⁷ *Sorvari* 2007, s. 121. *Lüder* 2007, s. 10.

³⁸ Suomalaisissa säädösteksteissä englannin ja ranskan kielen sana *dissuasive* on käännetty eri tavoin: tietoyhteiskuntadirektiivissä puhtaasti vakuuttavuudesta ja enforcement-direktiivissä varoittavuudesta. Jälkimmäistä käännöstä voitaneen pitää onnistuneempana. Kysymys on preventiosta, ts. seuraamusten vaikuttavuudesta tulevien oikeudenloukkauksien estäjänä.

Vahingonkorvauksesta säädetään yksityiskohtaisemmin enforcement-direktiivin 13 artiklassa. Oikeudenhaltijalle maksettavan vahingonkorvauksen on vastattava loukkauksen johdosta koitunutta toisiasiallista vahinkoa (täyden korvauksen periaate). Korvaukseen sisältyvät vahingon kärsineelle osapuolelle aiheutuneet kielteiset taloudelliset seuraukset mukaan lukien saamatta jäänyt voitto sekä loukkaajaan saama perusteeton etu.³⁹ Tekijänoikeuden loukkauksen johdosta maksettavan korvauksen osalta direktiivin implementointi ei edellyttänyt muutoksia Suomen lainsäädäntöön.⁴⁰

Korvausoikeudellinen pääsääntö on, että puhtaana varallisuusvahingon korvaaminen sopimuksenulkoisessa suhteessa edellyttää erityisiä olosuhteita tai erityislainsäädäntöä.⁴¹ Kansallisessa oikeudessa tällainen vahingonkorvaussäännös on sisällynyt jo varhaisimpaan ”tekijänoikeuslakiimme” eli keisarilliseen asetuksen kirjailijan ja taiteilijan oikeudesta työnsä tuotteisiin (1.1.1881). Sen 19 §:n mukaan tekijänoikeuden loukkaaja ”palkitkoon kaiken vahingon”.⁴² Vuoden 1927 tekijänoikeuslaissa korvausvastuun edellytystä täsmennettiin aiemmasta siten, että sen edellytyksenä oli rangaistava teko. Ensimmäistä kertaa immateriaalioikeuslainsäädännössämme taloudellisen vahingon ohessa korvattavaksi tuli nimenomaisesti myös aineeton vahinko.⁴³

Voimassa olevan tekijänoikeuslakimme (L 8.7.1961/404) korvaussäännös on sen 57 §:ssä. Teon rangaistavuus ei ole enää korvausvastuun edellytys. Tämän tutkimuksen kattaman alan osalta säännös on pysynyt vuodesta 1961 saakka asiallisesti muuttumattomana.⁴⁴

57 §

Joka vastoin tätä lakia tai 41 §:n 2 momentin nojalla annettua määräystä käyttää teosta taikka tuo maahan tai Suomen alueelle edelleen kolmanteen maahan kuljetettavaksi teoksen kappaleen, on velvollinen suorittamaan tekijälle kohtuullisen hyvityksen. Vastoin lakia tapahtuvasta teoksen kappaleen valmistamisesta yksityistä käyttöä varten on hyvitysvelvollisuus vain siinä tapauksessa, että kappaleen valmistaja on tiennyt tai hänen olisi pitänyt tietää, että kopioitava aineisto on saatettu yleisön saataviin vastoin tätä lakia.

³⁹ Enforcement-direktiivistä ja sen kansallisesta implementoinnista yleisesti ks. *Cumming – Freudenthal – Janal* 2008.

⁴⁰ HE 26/2006 vp, s. 14.

⁴¹ VahL 5:1. Periaate on ilmaistu myös eurooppalaisen vahingonkorvausoikeuden periaatekokoelman Principles of European Tort Law (PETL) 2:102 (4) artiklassa.

⁴² *Castrén* 1979, s. 24.

⁴³ Laki tekijänoikeudesta henkisiin tuotteisiin (3.6.1927/174) 31 §. *Castrén* 1979, s. 27.

⁴⁴ Vuoden 2005 tekijänoikeusuudistuksessa (14.10.2005/821) korvausvastuu laajennettiin koskemaan myös luvatonta maahantuontia ja kauttakulkua.

Jos teosta käytetään tahallisesti tai tuottamuksesta, hyvityksen lisäksi on suoritettava korvaus kaikesta muustakin menetyksestä, myös kärsimyksestä ja muusta haitasta.

Joka muutoin kuin teosta käyttämällä syyllistyy rikoslain 49 luvun 1, 3 tai 5 §:n taikka tämän lain 56 a §:n, 56 e §:n 1 kohdan tai 56 f §:n mukaan rangaistavaan tekoon, on velvollinen suorittamaan tekijälle korvauksen rikoksesta aiheutuneesta menetyksestä, kärsimyksestä ja muusta haitasta.

Edellä 2 ja 3 momentissa tarkoitettusta korvauksesta on lisäksi voimassa, mitä vahingonkorvauslaissa (412/1974) säädetään.

3.2 Vastuuperusteet tekijänoikeudessa

Yleinen korvausoikeudellinen sopimuksenulkoisen vastuun peruste on vahingonaiheuttajan tuottamus. Enforcement-direktiivin 13 artiklan 2 kohdassa säädetään kuitenkin mahdollisuudesta määrätä korvaus myös tilanteessa, jossa tekijänoikeuden loukkaaja ei ole tietoisesti ryhtynyt loukkaavaan tekoon tai ryhtyi loukkaavaan tekoon ilman, että hänellä oli riittävät perusteet tietää ryhtyvänsä siihen. Vaikka jäsenvaltiolla ei ole velvollisuutta säätää seuraamuksesta tuottamuksettoman tekijänloukkauksen yhteydessä, direktiivi sallii vähimmäistasoa ankarammat toimenpiteet.⁴⁵ Näin ollen osassa EU:n jäsenvaltioita myös ilman tuottamusta tapahtuva tekijänoikeuden loukkaus voi johtaa korvausvastuuseen.⁴⁶

Suomen ja muiden Pohjoismaiden tekijänoikeuslakien korvausjärjestelmien erityispiirre on vastuun jakautuminen tuottamusvastuuseen ja tuottamuksesta riippumattomaan vastuuseen.⁴⁷ Norjassa tuottamuksen puuttumisen ehdoksi on asetettu lisäksi loukkaajan vilpittön mieli. Asiallisesti tämä ei kuitenkaan eronne Suomen ja Ruotsin tilanteesta.⁴⁸ Suomen tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentin mukaan jokainen, joka käyttää teosta tekijänoikeuslain tai testamenttimääräyksen vastaisesti, on velvollinen suorittamaan tekijälle kohtuullisen hyvityksen. Teoksen lainvastaisella

⁴⁵ Enforcement-direktiivin implementointia koskevassa hallituksen esityksessä direktiivin 13 artiklan 2 kohtaa on tulkittu toisin ja nähdäkseni jossain määrin harhaanjohtavasti. Esityksen mukaan säännöksen katsotaan ainoastaan tarjoavan mahdollisuuden säätää lievemmistä korvauksista tilanteissa, joissa tekijän viaksi ei voida lukea tuottamusta tai tahallisuutta. HE 26/2006 vp, s. 14. OKM 2012:2, s. 38.

⁴⁶ SEC(2010) 1589, 2.7.2 kohta.

⁴⁷ Ruotsi: lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 54 §, Tanska: lov om ophavsret (LBK nr 202 af 27/02/2010) § 83, Norja: Lov om opphavsrett til åndsverk (LOV-1961-05-12-2) § 55.

⁴⁸ Korkein oikeus on rinnastanut tuottamuksen puuttumisen vilpittömään mieleen ratkaisussa KKO 1997:63.

käyttämällä tarkoitetaan menettelyä, jolla loukataan lain 2§:ssä määriteltyjä tekijän taloudellisia yksinoikeuksia.⁴⁹

Tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentin mukainen hyvitysvelvollisuus ei kohdistu tekijän yksinoikeuden “toisen puolen” eli moraalisten oikeuksien loukkaustilanteisiin, joissa on kysymys teoksen hyödyntämisestä “muutoin kuin käyttämällä”. Näissä tilanteissa korvausvastuu perustetaan saman pykälän 3 momenttiin (ks. luku 8). Teoksen käyttämällä ei myöskään tarkoiteta tekijälle kuuluvasta yksinoikeudesta päättämistä, siis esimerkiksi oikeuden edelleen luovutusta.⁵⁰ Hyvitysvelvollisuuden ulkopuolelle on rajattu laittomasta lähteestä yksityiseen käyttöön tapahtunut kappaleen valmistaminen, jos se tapahtuu perustellussa vilpittömässä mielessä (TekijäL 57.1 § i.f.).

Tuottamusperusteisesta vahingonkorvausvastuusta säädetään tekijänoikeuslain 57 §:n 2 momentissa. Jos teosta käytetään tahallisesti tai tuottamuksesta, on hyvityksen lisäksi suoritettava korvaus kaikesta muustakin menetyksestä, myös kärsimyksestä ja muusta haitasta. Termi tuottamus kattaa tuottamuksen eri asteet, joten lieväkin tuottamus riittää 2 momentin mukaisen vahingonkorvausvastuun perusteeksi. Tuottamusvastuun osalta tekijänoikeuslain korvausjärjestelmä on vahingonkorvauslakia kattavampi. Tämän seurauksena tilanteet, joissa vahingonkorvauslaki tulee sovellettavaksi tekijänoikeuslain täydentäjänä, ovat rajalliset (ks. luku 7.2).

3.3 Syy-yhteys ja ennakoitavuus

Yleisenä korvausoikeudellisena kysymyksenä tulee myös tekijänoikeuden loukkauksen yhteydessä arvioitavaksi, mikä on teon sekä aiheutuneen tai oletetun vahingon välinen syy-yhteys. Jo vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa on kiinnitetty huomiota siihen, ettei immateriaalioikeuden loukkausten yhteydessä tule näyttökynnystä syy-yhteyden osoittamiseksi asettaa liian korkealle. Castrénin mukaan tuomioistuimet ovat Pohjoismaissa ja Manner-Euroopassa voineet perustaa päätöksensä sille yleiselle tiedolle, että immateriaalioikeuden loukkauksista kokemukseräisesti aiheutuu vahinkoa. Castrén pitääkin tätä perusteena näyttötaakan kääntämiselle: sen, joka

⁴⁹ KKO 2001:42: ”Verrattaessa mainitun 57§:n 1 ja 2 momentin säännöksiä 3 momenttiin on perusteltua katsoa, että 1 momentissa tarkoitetaan teoksen lainvastaisella käyttämällä sellaista menettelyä, jolla loukataan lain 2§:ssä tarkoitettuja tekijän oikeuksia.”

⁵⁰ KKO 2011:92: ”Tekijänoikeuslain 28 §:ssä tarkoitettujen tekijänoikeuksien edelleenluovutuskiellon rikkominen ei sitä vastoin ole sellaista teoksen käyttämistä, josta seuraisi WSOY:lle tekijänoikeuslain 57 §:ssä tarkoitettu hyvitysvastuu (ks. KKO 1999:8 ja 2011:92).”

väittää, että vahinkoa ei ole tapahtunut, on korvausvastuulta välttyäkseen todistettava väitteensä.⁵¹

Historiallisessa tarkastelussa ovat mannermaisessa tekijänoikeusajattelussa päällimmäisinä olleet muut kuin taloudelliset arvot. Esimerkiksi Castrén saattoi vielä kolme vuosikymmentä sitten korostaa aineettoman vahingon merkitystä tekijänoikeudenloukkauksen keskeisenä seurauksena.⁵² Vastaavasti yleisten kauppaoikeudellisten periaatteiden tai alan käytäntöjen soveltamista vahingon korvattavuuden arviointiin tai syy-yhteysetjun rajaamiseen ei ole pidetty tarpeellisena. Vuonna 1966 ilmestyneessä tutkimuksessaan Kivimäki ei käsittele kysymystä korvattavan vahingon luonteesta lainkaan, mutta toteaa korvausvelvollisuuden määräytyvän asiallisesti vahingon korvaamista koskevien yleisten sääntöjen mukaan.⁵³ Castrénia voi tulkita siten, että sekä syy-yhteys- että ennakoitavuusedellytyksen kattavan korvattavuusarvioinnin suorittamiseen riittää useimmiten oppi presumoidusta vahingosta tietyissä tyyppitilanteissa.⁵⁴ Ruotsissa Eltell ja Radetzki ovat kiinnittäneet huomiota siihen, että korvausoikeudellisesti keskeiset kausaliteetin ja adekvaattisuuden käsitteet ovat jääneet hyvin vähälle huomiolle tekijänoikeuden loukkausten yhteydessä.⁵⁵

Tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentin mukainen tuottamuksesta riippumaton hyvitysvastuu voidaan nähdä keinona sivuuttaa hankalasti arvioitava kysymys teon ja mahdollisen vahingon välisestä adekvaatista kausaliteetista vahingonkorvauksen edellytyksenä. Tapauksessa KKO 2010:47 (Finreactor) oli kysymys vertaisverkkoa ylläpitävien henkilöiden vastuusta verkkoa hyväksikäyttäen toteutetuista oikeudenloukkauksista. Kuten esittelijän muistiossa todetaan, toiminnan ilmeisestä tuottamuksellisuudesta johtuen oikeudenhaltijat olisivat voineet vaatia vahingonkorvausta kaikesta menetyksestään tekijänoikeuslain 57 §:n 2 momentin nojalla. Tästä huolimatta usean miljoonan euron korvausvaatimus perustui kokonaisuudessaan 1 momentin mukaiseen hyvitykseen.

Digitaaliympäristössä toteutetun tekijänoikeuden loukkauksen johdosta nostettavassa korvauskanteessa on tyypillisesti kysymys puhtaan varallisuusvahingon korvaamisesta tilanteessa, jossa tekijällä oli tai ainakin olisi pitänyt olla tieto toimintansa lainvastaisuudesta. Tiedostojen vastikkeettoman internetlataamisen laittomuutta voidaan pitää notorisena, ja mahdolliselle erehdykselle on sen ilmeisen tuottamuksellisuuden johdosta

⁵¹ *Castrén* 1979, s. 191.

⁵² *Ibid.*, s. 4.

⁵³ *Kivimäki* 1966, s. 180. Kivimäen teos on ajalta ennen vahingonkorvauslakia. Hän perustanee väitteensä vuoden 1953 komiteamietinnössä esitettyyn. KM 1953:5, s. 85.

⁵⁴ *Castrén* 1979, s. 191.

⁵⁵ *Eltell – Radetzki* 2005, s. 234–235.

vaikea antaa merkitystä anteeksiantoperusteena. Pääsääntöisesti oikeusehdykseen ei voi vedota – *error juris nocet*.⁵⁶ Lisäksi tuottamuskyynnys on lähtökohtaisesti matalalla, mikä osaltaan vähentänee tuottamusarvioinnin tosiasiallista merkitystä lainsoveltamistilanteessa. Se, vetoaako kantaja tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentin vai 2 momentin mukaiseen vastuuperusteeseen, on ennen kaikkea prosessitaktinen kysymys.

4 TEKIJÄNOIKEUDEN LOUKKAUS MUSIIKISSA

Internet mahdollistaa yksinoikeudella suojattujen hyödykkeiden äärimmäisen tehokkaan ja lähes ilmaisen jakelun. Sen lieveilmionä arviolta noin yksi neljäsosa internetliikenteestä loukkaa jonkun tekijänoikeutta.⁵⁷ Laajamittainen piratismi on seurausta mahdollisuudesta monistaa teoskappale kustannustehokkaasti sen menettämättä arvoaan. Näin ollen piratismiin vaikutukset eivät kohdistu tasaisesti kaikille taiteenaloille. Esimerkiksi kuvataiteessa teoksen originaliteetti muodostaa niin merkittävän osan sen ominaislaadusta, että alan kokonaisliikevaihtoa ajatellen sekä piratismiin että tekijänoikeuden taloudellinen merkitys on vähäinen.⁵⁸

Kopioitavuuden toista ääripäätä edustaa musiikkiaänite, joka ei digitaalisesti kopioituna menetä laatuaan ja saattaa käyttävyydeltään olla jopa alkuperäiskappaletta parempi. Yhdysvaltain ääniteteollisuuden etujärjestön *Record Industry Association of American (RIAA)* esittämän arvion mukaan piratismiin aiheuttamat menetykset ovat pelkästään USA:ssa toistakymmentä miljardia dollaria vuodessa.⁵⁹ Myös Isossa-Britanniassa piratismiin vuosittain aiheuttamien vahinkojen arvioidaan ylittävän miljardi puntaa.⁶⁰ Suomessa vastaavan luvun on väitetään olevan 355 miljoonaa euroa.⁶¹

⁵⁶ Loukkauksen notorisuus, ks. KKO RoHO R 10/1126 (Finnish Fast Speed).

⁵⁷ Music & Copyright 2011, s. 17. Perustuu tutkimukseen Technical report: An Estimate of Infringing Use of the Internet. Envisional 2011.

⁵⁸ *McClellan* 2010, s. 315–316. Tätä erityislaatuudesta johtuvaa epätasapainoa kompensoimaan on tekijänoikeuslain 2 b lukuun sisällytetty säännökset kuvataideteoksen jälleenmyyntikorvauksesta (*droit de suite*). Kansainvälisellä tasolla jälleenmyyntikorvauksesta säädetään Bernin konvention 14ter artiklassa. Euroopan unionissa oikeus jälleenmyyntikorvaukseen on harmonisoitu direktiivillä 2001/84/EY. Jälleenmyyntikorvaus koskee ainoastaan fyysisen teoskappaleen luovutusta. Se on näin ollen huonosti sovitettavissa lain perussystematiikkaan, jonka lähtökohtana on teoksen ja teoskappaleen erillisuus.

⁵⁹ Who Music Theft Hurts. The Recording Industry Association of America (RIAA).

⁶⁰ *Gelsthorpe* 2010, s. 392.

⁶¹ Nettipiratismiin tappiot Suomessa 355 miljoonaa euroa vuodessa. Kulttuuriuutiset.net / Luovan työn tekijät ja yrittäjät (Lyhty) 2010.

Euroopan unionin alueelta on arveltu katoavan piratismiin johdosta 1,2 miljoonaa työpaikkaa vuoteen 2015 mennessä.⁶²

Edellä kuvatun kaltaisiin lukuihin on kuitenkin syytä suhtautua varauksella. Yksiselitteistä laskentatapaa ei ole, ja laskelmat ovat usein etujärjestöjen tilaamia. Esimerkiksi se, kuinka moni luvaton kopiointi olisi toteutumatta jäädessään johtanut kauppaan, joudutaan perustamaan pitkälti oletuksiin. Piratismi on todennäköisesti eräs syy siihen, miksi äänitemyynti on viime vuosina vähentynyt voimakkaasti (ks. kaavio 1).⁶³ Luotettavan tutkimustiedon puuttuessa piratismiin vaikutuksesta kuluttajien markkinakäyttäytymiseen ei kuitenkaan vallitse yksimielisyyttä. Yleisen elämänkokemuksen perusteella näyttötaakka pitäneee asettaa taholle, joka vetoaa piratismiin haitattomuuteen.⁶⁴

Kehityksen vastapainona konserttien ja muiden esiintymisten osuus muusikoiden tuloista on kasvanut.⁶⁵ Asia voidaan ilmaista myös siten, että piratismiin vaikutuksilta suojautuakseen musiikki on joutunut ottamaan askeleen kohti originaliteetin merkityksen korostumista. Öljyvärimaalauksen tavoin elävää musiikkiesitystä ei voi monistaa digitaalisesti ilman, että se menettää merkittävän osan arvostaan. Erityisesti USA:ssa elävän musiikin markkinat ovat kuitenkin viime vuosina taas pienentyneet talouden yleisen alakulon mukana. Myös Suomessa tulevaisuus näyttää epävarmalta, joskin kehitys on ollut vahvasti nousujohteista vielä 2000-luvun lopulla. Lähivuodet tulevat näyttämään, onko esimerkiksi suosiotaan kasvattavasta suoratoistosta (*streaming*) äänitemarkkinoiden pelastajaksi. Tällä hetkellä ilmassa on varovaista toiveikkuutta.⁶⁶

⁶² Building a Digital Economy, s. 6.

⁶³ Musiikkituottajien jäsenyhtiöiden äänitteiden kappalemääräinen myynti. Musiikkituottajat – IFPI Finland ry. [Http://ifpi.fi/tilastot/vuosimyynti/](http://ifpi.fi/tilastot/vuosimyynti/).

⁶⁴ Joissain tutkimuksissa on esitetty, että piratismiin vaikutus äänitemyyntiin on neutraali tai peräti positiivinen. Ks. esim. *Andersen – Frenz 2007* ja *Oberholzer-Gee – Strumpf 2007*. Taloustieteilijöiden enemmistö pitää kuitenkin edelleen piratismiin vaikutusta haitallisena. Ks. esim. *Barker – Maloney 2012* ja *Leung 2013*. Ks. myös *Oker-Blom 2013*, passim.

⁶⁵ *Tolppanen – Tuomainen 2012*, s. 13. *Alanen 2011*, s. 32–34.

⁶⁶ Tehokkaimmaksi piratismiin torjuntakeinoksi saattaa osoittautua uusien ansaintamallien kehittyminen ja sen myötä sisältöteollisuuden ja palvelun tarjoajien yhteisen liiketaloudellisen intressin löytyminen. Internetyhteyksien tarjoajat ovat ryhtyneet yhteistyöhön Spotifyn kaltaisten suoratoistopalvelujen kanssa samalla, kun suoratoistopalvelut ovat alkaneet avata alustojaan ulkopuolisille sovelluskehittäjille. Alan itsesääntelyn tuloksena yritykset ovat sitoutuneet eettisiin periaatteisiin, jotka sallivat mainostamisen ainoastaan laillisilla sivustoilla. Viime vuonna Google ilmoitti muuttavansa hakualgoritmejaan siten, että hakutuloksissa priorisoidaan laillisia sivustoja. Maksuja välittävät Visa, MasterCard ja PayPal ovat alkaneet kontrolloida, ettei heidän palvelujaan käytetä laittoman musiikkijakelun ylläpitämiseen. Myös laittomasta tiedostojaosta tähän saakka hyötynneet cyberlocker-palvelut ovat alkaneet vapaaehtoisesti suodattaa asiakkaitensa jakamaa sisältöä.

Edellä kuvatut tekijät yhdessä ovat todennäköisesti vaikuttaneet siihen, että globaaleille



Kaavio 1. Musiikkituottajat – IFPI Finland ry: jäsenyhtiöiden äänitteiden tukkumyynti.

Eräs musiikkipiratismiin taustatekijöistä on yleisölle vaikeasti avautuva ajatus tekijänoikeudesta lukuisten erikseen ja eri tahoille luovutettavien yksinoikeuksien kimpuna. Kun tähän lisätään se, että yksittäisen sävelteoksen synnyttämiä rahavirtoja hallinnoivat lukuisat eri luovutuksensaajat sekä tekijöitä edustavat järjestöt, on äänitteen internetistä ostavalla henkilöllä yleensä hyvin hatara ymmärrys siitä, mitä oikeuksia hänelle kauppatapahtuman seurauksena siirtyy. Lakiperusteisten normien lisäksi luovutuksen sisältöön saattavat vaikuttaa kauppasopimuksesta johtuvat lisäehdot, joiden pätevyys ei aina ole kiistaton.⁶⁷ Tämänhetkissä

musiikkimarkkinoille vuoden 2012 tulos oli paras sitten vuoden 1998. Kuluttajien musiikkiin käyttämä rahamäärä lisääntyi. Digitaalisesti välitettyjen ääniraitojen myynti kasvoi 12 %. Suurimmat internetissä musiikkipalveluja tarjoavat tahot laajensivat toimintaansa voimakkaasti uusille maantieteellisille alueille. Kaikkein nopeimmin lisäsivät markkinaosuuttaan suoratoistopalvelut, joita teleoperaattorit ovat alkaneet liittää omiin tuotteisiinsa – yhden vuoden aikana käyttäjämäärät kasvoivat 44 % ja tulos 59 %. Esimerkiksi Spotifylla on jo yli viisi miljoonaa maksavaa asiakasta, ja Ruotsissa palvelua käyttää yli kolmasosa maan väestöstä. Lienee kuitenkin liian aikaista tehdä pitkälle meneviä johtopäätöksiä. Tutkimusten mukaan yhä edelleen kolmasosa internetin käyttäjistä lataa musiikkia laittomasti. DRM 2013, passim.

Ratkaisematta on myös kysymys yksittäisen taiteilijan heikentyvistä ansaintamahdollisuuksista.

⁶⁷ Esimerkkinä mainittakoon suosittu iTunes-palvelun sopimusehdot (<http://www.apple.com/legal/itunes/fi/terms.html>). Kohdassa *Käyttösäännöt* asiakkaalle asetetaan huomattavasti rajoitetummat mahdollisuudet lunastamansa teoskappaleen kopiointiin kuin mikä tekijänoikeuslain nojalla olisi mahdollista. Tekijänoikeuden eräänä taustaperiaatteena on oikeudenhaltijan ja yleisen edun tasapainottaminen. Kysymys siitä, voidaanko tätä tasapainoa muuttaa yksipuolisilla sopimusehdokkeilla, on herättänyt keskustelua erityisesti

äänitekaupassa onkin nähtävissä ongelmia, jotka ovat luonteeltaan kuluttaja- ja sopimusoikeudellisia. Sen seurauksena sopimus- ja deliktivastuun välinen rajapinta ei ole oikeudenloukkaustilanteissa välttämättä selvä.

Musiikin saattaminen markkinoille edellyttää käytännössä oikeuksien luovutusta taholle, jolla on kyky ja keinot niiden markkinointiin. Musiikkialalla tällaisina välitahoina toimivat vakiintuneesti kustantajat ja levy-yhtiöt. Globaaleilla markkinoilla tekijältä suoraan kuluttajalle levitettävän musiikin osuus on marginaalinen, vaikka julkisessa keskustelussa aika ajoin esitetäänkin arveluja siitä, että tilanne tulisi internetin myötä muuttumaan. Välittäjäportaan merkityksen oleellinen väheneminen ei ole kuitenkaan todennäköistä tehokkuussyistä. Modernissa taloudessa kehitys on johtanut toimialojen ja kykyjen eriytymiseen. Myös musiikissa on epärealistista kuvitella, että liiketaloudellinen osaaminen ja soittotaito kohtaisivat välttämättä samassa henkilössä. Muusikot ovat tästä pääsääntöisesti tietoisia, ja yleinen mielikuva ahneen levy-yhtiön riistämästä kutsumustyötään tekevästä taiteilijasta ei vastaa ammattimuusikoiden itseymmärrystä.

Lisäksi on otettava huomioon institutionaalisten tekijöiden vaikutus teoksen taiteellisen arvon ja markkina-arvon määräytymiseen. Päinvastoin kuin esimerkiksi hyvälaatuinen ja huonolaatuinen kotitalousesine, kahden sävelteoksen toisistaan huomattavasti poikkeava arvo ei välttämättä perustu teoksen immanentteihin ominaisuuksiin. Tullakseen hyväksytyksi taiteena sävelteoksen on ansaittava taiteen institutionaalisten portinvarijoiden hyväksyntä. Näitä ovat esimerkiksi julkisrahoitteiset yleisradioyhtiöt, orkesterit, manageritoimistot, musiikkikustantajat ja levy-yhtiöt. Musiikintekijän ja levy-yhtiön välisessä sopimussuhteessa institutionaalinen hyväksyntä ja brändiarvo on useimmiten huomattavasti merkittävämpi suorite kuin rahavastike. Musiikin ja muusikon arvo syntyy pitkälti assosioitumisella tiettyyn arvostusta nauttivaan instituutioon. Uransa alkuvaiheessa muusikon saattaa olla hyvinkin rationaalista ryhtyä rahamääräisesti epäedulliseen sopimussuhteeseen tunnetun kustantajan tai levy-yhtiön kanssa.

Käsiteltävän aiheen kannalta edellä esitetty on merkityksellistä siitä syystä, että monet laajamittaisen musiikkipiratismiin taustatekijöistä liittyvät yhtäältä väärinkäsityksiin musiikkibisneksen ansaintalogiikasta ja tekijänoikeuden sisällöstä sekä toisaalta moraalisiin arvostuksiin, jotka ovat

USA:ssa. Euroopan unionin oikeudessa asiasta on sääntelyä direktiivissä tietokoneohjelmien oikeudellisesta suojasta (91/250/EY) sekä tietokantadirektiivissä (96/9/EY). Molemmissa säädetään, että sopimusmääräykset, joilla pyritään poistamaan tai kaventamaan yksinoikeuden lainmukaisia rajoituksia, ovat mitättömiä. Aiheesta lisää ks. *Guibault* 2000, s. 125–126. Online-lisenssisopimuksen pätevydestä ks. *Trompenaars* 2000, s. 267.

ristiriidassa vallitsevan oikeustilan kanssa. Tällä hetkellä on tuskin toista oikeusjärjestyksemme osa-aluetta, jonka legitimitettiin vastaavalla intensiteetillä julkisuudessa kyseenalaistettaisiin. Sama henkilö, joka suostuu syömään ainoastaan reilun kaupan elintarvikkeita, ei koe tekevänsä mitään väärää ladataessaan luvatta musiikkiedostoja omalle tietokoneelleen. Moni toimii välinpitämättömyydestä, mutta taustalla on myös aatteen palosta voimansa ammentavaa kansalaistottelemattomuutta.⁶⁸

Ajattelumalli on hankalasti sovitettavissa perinteiseen korvausoikeudelliseen tuottamusarviointiin, jossa keskeisenä kysymyksenä on, onko vahingonaiheuttaja ollut huolimaton. Voitaneen väittää, että ylivoimainen enemmistö niistä suomalaista, jotka syyllistyvät musiikkiedostojen luvattomaan käyttöön, tietävät sen olevan tekijänoikeuslain vastaista. Tyypitilanteessa ei ole siis kysymys huolimattomuudesta, vaan välinpitämättömyystahallisuudesta (*dolus eventualis*).⁶⁹

5 KORVAUS DIGITAALIYMPÄRISTÖSSÄ

5.1 Klassinen ja digitaalinen tekijänoikeuden loukkaus

Castrénin mukaan tuottamus tekijänoikeudessa tarkoittaa tyypillisesti sitä, että asianomainen ei omalla ammattialallaan noudata sitä huolellisuutta, johon hänellä pitkään alalla toimineena olisi aiheutta. ⁷⁰ Väitteeseen kiteytyy se radikaali muutos, jonka internet on musiikkiteollisuudessa aiheuttanut. Vielä jokunen vuosikymmen sitten tekijänoikeuden loukkaus oli suhteellisen harvinainen vahinko, jonka aiheuttaja oli yritys (esim. kustantamo). Loukkauksen kohde oli usein tekijä, jonka kärsimää aineetonta vahinkoa

⁶⁸ Ratkaisuun RoHO R 10/1126 (Finnish Fast Speed) liittyvästä Oulun käräjäoikeuden tuomioista käy ilmi, että syytetty oli muokannut palvelun lataus- ja jakamistietoja hännätäkseen viranomaisia. Piratismiin aatteellista ulottuvuutta ei kuitenkaan tule ylikorostaa. Vuonna 2008 tehdyn tutkimuksen mukaan vain joka kymmenes vastanneista nuorista ilmoitti tiedostojen jakamisen syyksi ”viihdeteollisuuden ylivallan vastustamisen”. *Lahtinen* 2012, s. 18. Viittaus artikkeliin Aaltonen, Mikko: Nuoret vertaisverkossa. Teoksessa Salmi, Venla (toim.): Nuorten rikoskäyttäytyminen ja uhrikokemukset – Nuorisirikollisuuskyselyiden tuloksia 1995–2008. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos, Helsinki 2009, s 67.

⁶⁹ Ks. alaviite 56. Välinpitämättömyystahallisuudesta vahingonkorvauksen yhteydessä, ks. *Eltell – Radetzki* 2005, s. 235.

⁷⁰ *Castrén* 1979, s. 61. Ruotsin tekijänoikeuslakiehdotuksen 54 §:n mukaista korvausvastuuta koskevassa luvussa asia on ilmaistu seuraavasti: ”Att en förläggare, en filmproducent eller annan dylik företagare utan egen skuld råkar utnyttja ett verk och därigenom ådrager sig en oväntad utgift är väl jämförbart med liknande yrkesrisker, där i rörelsen sedvanliga omkostnader i efterhand visa sig bli större än vad man kalkylerat.” SOU 1956:25, s. 433.

hyvitettiin nimellisellä summalla.⁷¹ Korvauksen keskeisenä määräytymisperusteena olivat tekijänoikeusjärjestöjen yhteisöiltä perimät tariffipohjaiset lisenssimaksut.⁷² Kutsun seuraavassa tällaista tyyppitilannetta klassiseksi tekijänoikeuden loukkaukseksi.

Tämän päivän digitaaliympäristössä yleisin ja taloudellisesti merkityksellisin tekijänoikeuden loukkaus on tahallinen teko, johon syöllistyvät päivittäin miljoonat tavalliset kuluttajat. Välittöminä vahingonkärsijöinä ovat oikeuksien luovutuksensaajat eli yritykset. Välillisesti loukkauksista kärsivät myös tekijät itse. Yksittäisten loukkaustekojen suuri lukumäärä kanavoituu ajoittain suuriksi korvausvaatimuksiksi. Yhteisötariffien ollessa tilanteeseen soveltumattomia käytetään niiden sijaan korvauksen laskentaperusteena useimmiten teokappaleen vähittäismyyntihintaa.⁷³ Kutsun jälkimmäistä tyyppitilannetta seuraavassa digitaaliseksi tekijänoikeuden loukkaukseksi (ks. taulukko 1). Kahtiajako on karkean yleistävä ja palvelee ainoastaan heuristisia tarkoituksia.

Taulukko 1. Klassinen ja digitaalinen tekijänoikeuden loukkaus.

	Loukkaaja	Vahingonkärsijä	Vastuuperuste	Vaikutus	Laskentaperuste
Klassinen loukkaus	yritys	tekijä	huolimattomuus	pieni	tariffi
Digitaalinen loukkaus	yksityinen	luovutuksensaaja	tahallisuus	suuri	myyntihinta

Edellä kuvattu siirtymä merkitsee askelta kohti tekijänoikeuden historiallisia juuria. Tekijänoikeus syntyi kirjapainotaidon keksimisen aiheuttamassa yhteiskunnallisessa murroksessa. Kirjallisuutta on ollut aina, mutta tekijänoikeus mahdollisti kirjallisten teosten levittämiseen tähtäävän liiketoiminnan. Kuten englantilainen termi *copyright* asian ilmaisee, kyseessä oli alun perin nimenomaan kustantajan suoja. Tekijä itse otettiin tekijänoikeussuojan piiriin vasta myöhemmin. Varhaisimpana esimerkkinä tällaisesta modernista tekijänoikeuslaista mainitaan englantilainen *Statute of Anne* vuodelta 1710. Siitä huolimatta, että moderni mannereurooppalainen tekijänoikeus ryhtyi sittemmin korostamaan tekijän ja teoksen suhdetta

⁷¹ *Castrén* 1979, s. 217.

⁷² KKO 1989:87 (Valintatalo): ”[...] hyvitys määräytyy normaalien käyttökorvausten eli lisenssimaksujen mukaisesti.”

⁷³ KKO 1998:91 (Tietokoneohjelmat): ”[...] kohtuullisena hyvityksenä pidettiin kunkin kopioidun ohjelman osalta sitä vähittäismyyntihintaa, jolla kyseinen tietokoneohjelma oli mahdollista saada laillisesti käyttöön.” Sama periaate on vahvistettu ratkaisussa KKO 2001:42 (Kirpputori).

eräänlaisena luonnonoikeudellisena ilmiönä, on syytä muistaa, että kaikkien immateriaalioikeuksien suojatarkoituksen ytimessä on liiketoiminta.⁷⁴

Yksi tekijänoikeuden ja digitaaliympäristön yhteensovittamisen suurimmista haasteista liittyy niin sanottuihin vertaisverkkoihin (*peer-to-peer networks*). Kyseessä on teknologia, jossa jokainen tiedostonjakoverkkoon liitetty taho toimii sekä palvelimena että asiakkaana verkon muille jäsenille. Vertaisverkot eivät sinällään ole laittomia, ja ne mahdollistavat erittäin tehokkaan ja luotettavan tavan siirtää suuria tietomääriä – esimerkiksi puhelinpalvelu *Skype* toimii vertaisverkkoperiaatteella. Erään arvion mukaan vertaisverkkojen kautta tapahtuva tiedostojenjakoo käyttää 43–70 % koko maailman internetliikenteestä.⁷⁵ Kääntöpuolena on, että vertaisverkot tarjoavat myös tehokkaimman mahdollisen kanavan jakaa tiedostoja ilman oikeudenhaltijan lupaa. Suosituinta BitTorrent-vertaisverkkoprotokollaa käyttävä liikenne edustaa n. 18 % koko maailman internetliikenteestä. Siitä kahden kolmasosan oletetaan olevan laitonta.⁷⁶

Internetissä tapahtuvassa tiedonsiirrossa on aina vähintään kaksi osapuolta: henkilö, joka lataa tiedoston internetistä (myöh. loppukäyttäjä), sekä henkilö, joka on saattanut tiedoston verkkoon (myöh. sisällöntuottaja). Kumpikin heistä voi olla oikeudenloukkaajan asemassa. Vastuun kohdentaminen jompaankumpaan tai molempiin on periaatteessa ongelmatonta, sillä loukkaus edellyttää jommankumman tekoa. Tuottamusvastuu saattaa toteutua myös laiminlyönnillä, joskin tämä mahdollisuus lienee tekijänoikeudessa sangen teoreettinen. Se saattaisi tulla kysymykseen esimerkiksi tekoon liittyvänä laiminlyöntinä tilanteessa, jossa asiantuntija-asemansa johdosta korostuneen huolellisuusvelvoitteen alueella toimiva henkilö ei ole tietoverkkoa käyttäessään noudattanut riittävää huolellisuutta. Sen sijaan on vaikea kuvitella, että tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentin mukainen tuottamuksesta riippumaton hyvitysvastuu voitaisiin perustaa teon (käyttäminen) sijasta laiminlyöntiin. Yleistä velvollisuutta tekijänoikeuden loukkauksen estämiseen ei voida kenellekään asettaa.⁷⁷

Käytännössä mikään informaatio ei siirry internetissä suoraan sisällöntuottajalta loppukäyttäjälle. Väliin tarvitaan lukuisa joukko tahoja, joiden tehtävät vaihtelevat tiedonsiirtokaapeleiden omistamisesta välitys- ja linkkipalvelujen tai tallennustilan tarjoamiseen. Kutsun näitä kaikkia internetin infrastruktuuria ylläpitäviä tahoja seuraavassa yhteisnimikkeellä palvelun

⁷⁴ Ghidini 2010, s. 5–9.

⁷⁵ Schulze 2009, s. 2.

⁷⁶ Technical report: An Estimate of Infringing Use of the Internet. Envisional 2011, s. 2. Huomattakoon, että luvuista puuttuu pornografinen sisältö, jonka oikeudellista statusta on keskimäärin hankala arvioida.

⁷⁷ Sorvari 2007, s. 255.

tarjoaja (*Internet Service Provider, ISP*).⁷⁸ Eräs tekijänoikeudella suojattujen tuotteiden vaihdannan digitalisoitumisesta johtuva muutos liittyy henkilöliisiin oikeusasemiin loukkaustilanteessa. Internetin perusarkkitehtuurista johtuu, että digitaaliympäristössä tapahtuva oikeudenloukkaus ei ole teknisesti mahdollinen ilman lukuisten palvelun tarjoajien myötävaikutusta. Tämän seurauksena perinteinen malli, jossa loukkaustapahtuma redusoidaan oikeudenhaltijan ja loukkaajan väliseen kaksiasiansuhteeseen, voidaan kyseenalaistaa. Näin on etenkin silloin, jos tarkasteluun otetaan mukaan riskinjakoon liittyviä argumentteja.

Toistaiseksi yleisen edun on katsottu puoltavan sitä, että tietoverkon toimintaa ei rajoiteta asettamalla palvelun tarjoajille valvontavelvollisuutta internetliikenteen sisällöstä. Palvelun tarjoajan vastuuvapauden perustana voidaan pitää WIPOn tekijänoikeussopimukseen (WCT) liittyvässä julkilausumassa (*Agreed Statements*) ilmaistua periaatetta, että pelkkien fyysisten edellytysten tarjoaminen välittämiseksi ei ole välittämistä Bernin sopimuksen tarkoittamassa merkityksessä.⁷⁹ Laajalle levinnyt käytäntö kuitenkin on, että myös palvelun tarjoaja voi tietyin edellytyksin joutua korvausvastuuseen loukkaavasta materiaalista. Näin tapahtuu, mikäli se ei poista materiaalia tultuaan siitä tietoiseksi. Euroopan unionissa palvelun tarjoajan vastuuvapauden edellytyksistä säädetään direktiivissä sähköisestä kaupankäynnistä 2000/31/EY (sähkökauppadirektiivi), joka on implementoitu Suomessa lailla tietoyhteiskunnan palvelujen tarjoamisesta 5.6.2002/458 (sähkökauppalaki). Yhdysvalloissa vastaava sääntely on toteutettu ns. Digital Millennium Copyright Actilla (DCMA).⁸⁰

5.2 Korvausvastuun rajaaminen digitaaliympäristössä

Toinen digitalisointikehityksen myötä ajankohtaistuva ongelmakokonaisuus liittyy vahingon ja teon välisen syy-yhteyden osoittamiseen sekä syy-yhteydetjun rajaamiseen: kuinka paljon tapahtuneesta vahingosta on seurausta juuri tietystä yksittäisestä teosta? Tekijänoikeuslain 57 §:n

⁷⁸ Pihlajarinne puhuu internetvälittäjästä laajassa merkityksessä tarkoittaen toimijaa, joka tarjoaa internetsidonnaisia toimintaedellytyksiä sisällöntuottajien ja käyttäjien tarpeisiin. *Pihlajarinne* 2012a, s. 14.

⁷⁹ WCT viite 8: *Agreed statement concerning article 8. Koelman* 2000, s. 21. Digitaalisen välittämisen rajaaminen yksioikeuden ulkopuolelle on ongelmallista suhteessa saman asiakirjan viitteessä 1 *Agreed statement concerning article 1(4) vahvistettuun laajaan kappaleenvalmistusoikeuteen*. Tilapäisen kappaleen valmistamisen rajaamista yksioikeuden ulkopuolelle ehdotettiin sopimuksen valmisteluasiakirjoissa. Asiassa ei kuitenkaan saavutettu yksimielisyyttä, joten se jätettiin pois varsinaisesta sopimustekstistä. *Sorvari* 2007, s. 75.

⁸⁰ 17 U.S.C. § 512. *Tapio* 2013b, passim.

1 ja 2 momentin mukainen korvausvastuu seuraa teoksen luvattomasta käyttämisestä. Käyttämällä tarkoitetaan teoksen hyödyntämistä tavalla, joka sisältyy lain 2 §:n määriteltyihin tekijän taloudellisiin yksinoikeuksiin. Ne jakaantuvat kahteen pääluokkaan: kappaleen valmistamiseen ja yleisön saataviin saattamiseen.⁸¹ Kun loppukäyttäjä lataa teoskappaleen palvelimelta omalle tietokoneelleen, tapahtuu kappaleen valmistamista. Vastaavasti siirrettäessä teoskappale omalta tietokoneelta palvelimelle on edellä mainitun lisäksi mahdollisesti kyse teoksen saattamisesta yleisön saataviin. Korvausarvioinnissa näiden kahden käyttämisen tavan välillä on merkittävä ero.

Ladattaessa musiikkitiedosto (ts. teoskappale) omalle tietokoneelle on teon ja vahingon välisen syy-yhteyden sekä korvattavan vahingon osoittaminen kohtuullisen selväpiirteistä. Aiempaan viitaten voidaan todeta, että luvattomasta käytöstä aiheutuu kokemusperäisesti vahinkoa. Syy-yhteysarvioinnin suurpiirteisyys voidaan tässä tapauksessa perustella sillä, että kausaaliketju ei jatku ja vahingon rahamääräinen arvo vähäinen. Olettaen, että lataus vastaa toteutumatta jäänyttä kauppaa, tulee täyden korvauksen periaatteen mukaisesti korvattavaksi yhden musiikkitiedoston tukkuhinta, josta on vähennetty arvonnäkövero ja muut muille kuin oikeudenhaltijoille kuuluvat erät. Tämän päivän hintatasolla teoreettinen maksimikorvaus yhdestä pop-ääniraidasta on siis vähemmän kuin yksi euro.

Tuomioistuinkäytännössä on kuitenkin tunnustettu se tosiasia, että ainoastaan osa luvattomista latauksista olisi toteutumatta jäädessään todennäköisesti johtanut kauppaan. Esimerkiksi aiemmin viitatussa tapauksessa KKO 2010:47 (Finreactor) korkein oikeus totesi, etteivät käyttäjät olisi todennäköisesti hankkineet vastikkeellisesti läheskään kaikkia tiedostojenjakoverkossa kopiaimistaan tiedostoista. Näin ollen verkossa tapahtunut jakelu ei ollut vähentänyt kaikkien teosten myyntiä latauskertojen osoittamaa määrää. Korkeimman oikeuden ratkaisun perusteeksi otettiin alempien oikeusasteiden vahvistama päätös rajoittaa vastaajien henkilökohtainen vastuu rajoittuu kymmenesosaan tuomittavan hyvityksen laskennallisesta kokonaismäärästä. Tätä periaatetta soveltaen tiedostokohtaisen korvauksen arvo liikkuu joissakin senteissä.

Tilanne on toinen saatettaessa musiikkitiedosto luvattomasti yleisön saataville internetiin esim. vertaisverkkojakeluun. Varsinainen teko rajoittuu

⁸¹ Yleisön saataviin saattamisen tavat ovat tekijänoikeuslain 2 §:n mukaan esittäminen, välittäminen, tarjoaminen ja näyttäminen. Tulen seuraavassa viittaamaan vertaisverkossa tapahtuvaan yleisön saataviin saattamiseen termillä jakaminen, joka on myös vakiintunut viimeaikaisessa oikeuskäytännössä, ks. esim. KKO 2010:47 (Finreactor) ja THO R11/720 (Sarah's Secret Chamber). Jakamisen voidaan katsoa olevan käsitteen välittäminen internetispesifinen alalaji.

tekijän yksinoikeuden alaan kuuluvaan välittämiseen sen ollessa tässäkin tapauksessa itsessään sangen vähämerkityksellinen. Korvattavan vahingon kannalta oleellisempaa on, että jakamisen seurauksena suuri joukko internetin käyttäjiä voi ryhtyä luvattomaan kappaleen valmistamiseen lataamalla tiedoston itselleen, jolloin lukuisat pienet vahingot kertautuvat eksponentiaalisesti. Alkuperäinen teko (välittäminen/jakaminen) ja sen mahdollistamat muiden käyttäjien teot (kappaleen valmistaminen) muodostavat kokonaisuuden, jossa välittäjän/jakajan rooli on verrattavissa rikosoikeudelliseen osallisuuteen.

Vaikka jakajaa kohdeltaisiin osallisuusoppien mukaisesti tekijänä, hän on ainoastaan yksi monista teollaan vahinkotapahtumaan vaikuttaneista tahoista. Tässä konkretisoituu internetvälittämisen ja monien muiden yleisön saataviin saattamisen tapojen välinen ero. Kuunneltaessa radiosignaalin kautta luvatta välitettävää musiikkia ei korvausvastuuta voida kohdentaa kuuntelijaan. Ainoastaan signaalin lähettäjä on loukannut tekijän yksinoikeutta ryhtymällä luvattomaan yleisölle välittämiseen sekä valmistamalla teoksesta kappaleen siirtämällä se laitteeseen, jolla se voidaan toisintaa (TekijäL 2.2 § i.f.). Myöskään henkilö, joka hankkii itselleen oikeudenhaltijan luvatta painetun kirjallisen teoksen, ei ole syyllistynyt tekijänoikeuden loukkaukseen. Sen sijaan, jos henkilö tallentaa omalle laitteelleen luvatta vertaisverkkoon tai muulle palvelimelle saatetun teoksen, on kysymys uuden teoskappaleen valmistamisesta. Vahinko on tällöin tulos kahdesta erillisestä vahinkotapahtumasta. Niistä jälkimmäinen saattaa olla taloudellisilta vaikutuksiltaan merkityksellisempi.⁸²

Edellä esitetystä seuraa kysymys, missä ovat teoksen luvatta tietoverkkoon yleisön saataviin saattaneen henkilön vastuun rajat. Voiko vastuu ensimmäisestä teosta laajentua kattamaan myös lukemattomien muiden lataajien omilla teoillaan aiheuttamat vahingot? Selvää on, että jakajan toiminta on ollut erityisen moitittavaa, sillä hänen tekonsa on kaikkien seurannaisvahinkojen välttämätön ehto (*conditio sine qua non*). Asialle voidaan antaa merkitystä vastuuta ankaroitavana tekijänä erityisesti syyllisyysperusteisessa tarkastelussa. Se ei kuitenkaan ratkaise kysymystä korvattavan vahingon laajuudesta ja sen kohdentamisesta eri vastuuvolvolisten kesken. Tapauksessa HHO 2007:14 (DirectConnect) tuomioistuim otti huomioon korvausta alentavana seikkana sen, että vastaaja oli ollut vain yksi tuhansista vertaisverkkotoimintaan osallistuneista henkilöistä

⁸² Korkeimman oikeuden ratkaisuja, joissa loukkausta on käsitelty kahtena erillisenä loukkaustekona, kappaleen valmistamisena ja yleisön saataviin saattamisena: KKO 1977 II 85 (asekätentäjuttu), KKO 1980 II 46 (Asuntomessut), KKO 1980 II 3 (Koru- ja solkimallit), KKO 1987:16 (Pakina), KKO 1991:31 (Pelikortit), KKO 1999:115 (Elektroninen postilaatikko), KKO 2000:68 (Ky:n vastuu), KKO 2005:43 (Sanasto).

eikä hänen asemansa tiedostojen jakajana voitu osoittaa olleen muista vertaisverkossa toimineista poikkeava.

Ääriesimerkkinä kuviteltakoon tilanne, jossa julkistamaton musiikki-tiedosto saatetaan luvatta tietoverkkoon, minkä seurauksena jokainen sen haluava henkilö kopioi sen itselleen ilmaiseksi. Tämän seurauksena äänitteen taloudellinen arvo oikeudenhaltijalle vähenee nolnaan. Ei voitane ajatella, että korvausvaatimus äänitteen tuotantokustannuksista ja sen elinkaaren oletetusta tuotosta kohdistettaisiin kokonaisuudessaan ensimmäiseen vahingonaiheuttajaan, kun vahinkoon kiistattomasti syy-yhteydessä olevia itsenäisiä, välinpitämättömyystahallisuuden täyttäviä tekoja saattaa olla miljoonia.⁸³ Näin siitäkään huolimatta, että koko vahinkoseuraus saattaisi olla ensimmäisen teon hetkellä ennalta arvattavissa. Vastuuketjun rajaamista puoltaa myös vahingon laji. Yleisenä korvausoikeudellisena periaatteena on katsottu olevan voimassa, että puhtaiden varallisuusvahinkojen yhteydessä korvausvelvollisen vastuu ei voi yltää yhtä pitkälle kuin muissa vahinkolajeissa.⁸⁴

Edellisessä esimerkissä teon ja vahingon välinen kausaliteetti on kiistan kysymyksen ollessa ainoastaan korvattavan vahingon rajaamisesta ja kohdentamisesta. Käytännössä tilanne ei ole yleensä näin selväpiirteinen. Oikeudenhaltijalle tulonmenetyksenä ilmenevä vahinko on seurausta useiden eri henkilöiden toisistaan riippumatta suorittamista toimenpiteistä, joilla teos päättyy luvatta lukuisille eri palvelimille yleisön saataviin. Tällöin yksittäisen loukkaustalon ja vahingon välinen syy-yhteys hämärtyy, joskin jokainen teko saattaa edelleen olla riittävä ehto tietylle osalle kokonaisvahingosta. Sitä, onko näin, ja jos on, kuinka suuri osa vahingosta johtuu kustakin vahinkoteosta, lienee mahdotonta selvittää. Voidaan esimerkiksi kysyä, mikä on viimeisimmän jakajan vastuu tilanteessa, jossa teos on loukkauksen tapahtuessa jo laajalti yleisön saatavilla vertaisverkossa? Pääsääntö on, että loukkaaja voi olla osavastuussa jo alkaneesta vahingosta, jos vahingon tapahtuminen nopeutuu hänen toimintansa takia.⁸⁵

Korvattavan vahingon vaikea rajattavuus sekä vahingon johtuminen useiden eri tahojen yhtäaikaaisesta toiminnasta muistuttaa ympäristön pilaantumista tai kiellettyjen kilpailunrajoitusten vaihdannalle aiheuttamaa häiriötä. Digitaalisympäristössä tapahtuvien oikeudenloukkausten erityispiirteinä kuitenkin on, että vahinkoteot kertautuvat edellä kuvatulla tavalla tuottaen aina uusia itsenäisiä vahinkotekoja, minkä seurauksena vastuu

⁸³ Ratkaisussa KKO 2010:47 (Finreactor) korkein oikeus on vahvistanut, että vertaisverkon ylläpitotoimet ovat tekijäoikeudellisesti merkityksellisiä.

⁸⁴ *Hemmo* 2005, s. 150. *Ultramares Corp. v. Touche (USA)*.

⁸⁵ *Virtanen* 2011, s. 338. Ks. KKO 1996:59.

vahingosta pulverisoituu laajan, anonyymin loukkaajajoukon kannettavaksi. Ainoastaan murto-osa loukkaajista voidaan saattaa vastuuseen, eikä kehenkään voida kohdentaa vastuuta koko vahingosta. Yksittäinen vahinkoteko voidaan katsoa syyllisyysperusteisesti moitittavaksi, mutta sen suhteellista osuutta vahingon kokonaismäärästä ei voida osoittaa.

Edellä esitetyn seurauksena digitaaliympäristössä tapahtunut vahinko jää pääsääntöisesti korvaamatta. Tämä asettaa vahvasti kyseenalaiseksi edellä 2.1 luvussa toistetun Castrénin näkemyksen, että reparaatio eli oikeudenhaltijan saattaminen loukkausta edeltäneeseen taloudelliseen asemaan olisi korvauksen keskeisin funktio ainakaan tämän päivän digitalisoituvassa tekijänoikeudessa.⁸⁶ Yleisessä korvausoikeudessa korvauksen reparatiivisen ja preventiivisen funktion keskinäisestä painoarvosta on käyty keskustelua pitkään. Routamon, Ståhlbergin ja Karhun mukaan molemmat ovat keinoja, jotka toteuttavat samoja yhteisiä tavoitteita, joten niiden asettaminen vastakkain on hedelmätöntä.⁸⁷ Pidän kuitenkin ongelmallisena sitä, että tämän päivän digitaalinen oikeudenloukkaus ja tekijänoikeuslain puoli vuosisataa vanha korvaussystematiikka eivät enää kaikilta osin kohtaa. Siksi kysymys korvauksen tosiasiallisesta kyvystä toteuttaa niille asetettuja tehtäviä ansainnee seuraavassa muutaman lisäpohdinnan.

6 HYVITYS

6.1 Hyvityksen määräytyminen

Tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentin mukaan se, joka käyttää teosta oikeudenhaltijan luvatta, on velvollinen suorittamaan tekijälle kohtuullisen hyvityksen. Käsitteellä hyvitys ei ole oikeusjärjestyksessämme yhtenäistä merkityssisältöä. Tekijänoikeudellinen hyvitysvastuu ei edellytä tuottamusta. Kivimäen sanoin hyvitysvastuu on olemassa, kunhan loukkaajan teko on ollut objektiivisesti oikeuden vastainen ja siis silloinkin, kun hän subjektiivisesti on ollut vilpittömässä mielessä.⁸⁸ Erona varsinaiseen vahingonkorvaukseen on tekijänoikeuslain mukaisen hyvityksen tunnusmerkkeinä pidetty paitsi tuottamusedellytyksen puuttumista myös löyhempää yhteyttä käyttämisen seurauksena mahdollisesti syntyvään vahinkoon.

⁸⁶ *Castrén* 1979, s. 4–5.

⁸⁷ *Routamo – Ståhlberg – Karhu* 2006, s. 32.

⁸⁸ *Kivimäki* 1966, s. 180.

Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan hyvityksen määräytymisen perustana on normaali käyttökorvaus, toisin sanoen se vastike, jolla teoksen käyttäjä olisi voinut hankkia oikeudenhaltijalta luvan käyttää teosta. Hyvitykseen ei siis sisälly käyttöarvon ylittävän loukkausvoiton palautusta. Laskennallisena lähtökohtana on ollut tapana pitää oikeudenomistajajärjestöjen sopimien korvauserusteiden mukaista korvausta.⁸⁹ Tapauksessa KKO 1989:87 (Valintatalo) korkein oikeus kumosi aiemmin vallalla olleen käsityksen, jonka mukaan normaalihyvitys olisi perustunut kaksinkertaiseen lisenssimaksuun. Myös niissä tilanteissa, joissa käyttökorvausta ei voida perustaa yleiseen tariffiin, on pääsääntönä se, että hyvityksen tulee vastata sitä korvausta, mikä laillisesti hankitusta tuotteesta olisi maksettava.⁹⁰ Ratkaisussa KKO 2010:47 (Finreactor) tuomioistuimien toteaa, ettei oikeudenhaltijan suojan tule olla riippuvainen laittoman jakelun teknisestä toteuttamistavasta.

Edellä kuvatut laskentatavat muodostavat kuitenkin ainoastaan lähtökohdan hyvityksen määrän arvioinnille. Mitä enemmän teoksen luvaton käyttö poikkeaa sellaisesta teoksen hyödyntämisestä, jota tavanomaista käyttökorvausta määrättäessä on ajateltu, sitä vähemmän tavanomainen korvaus soveltuu sellaisenaan hyvityksen pohjaksi.⁹¹ Erityisesti digitaalisiin tekijäoikeudenloukkauksiin sisältyy elementtejä, jotka tekevät hyvityksen määrittämisen tariffin tai myyntihinnan perusteella ongelmalliseksi. Eräs niistä on luvattomien latausten lukumäärän yhteys oletettuun tulonmenetykseen ja hyvitysvaatimuksen perustaminen tällaiseen tietoon.

Oikeudenomistajajärjestöjen perustaman yhdistyksen tilaaman tutkimuksen mukaan 30 % luvattomasti ladatuista tiedostoista ostettaisiin laillisesti, ellei laitonta ilmaisivaihtoehtoa olisi tarjolla.⁹² Tapauksissa KKO 2010:47 (Finreactor), THO R 11/720 (Sarah's Secret Chamber) ja RoHO R 10/1126 (Finnish Fast Speed) tuomioistuimet ovat korostaneet sitä, että

⁸⁹ HE 32/1984 vp, s. 16.

⁹⁰ KKO 1998:91 (Tietokoneohjelmat). KKO 1995:202 (Europa Vision).

⁹¹ Tapauksia, joissa loukkaaminen on tehty ansiotoiminnassa taloudellisen hyödyn saamiseksi korkein oikeus on ottanut hyvityksen laskentaperusteeksi myyntihinnan, jonka maksamalla loukkaaja olisi voinut ostaa tekijänoikeudella suojatun tuotteen: KKO 1998:91 ja KKO 2001:42. Tapauksia, joissa korkein oikeus on katsonut, ettei normaalia lisenssimaksua tai vastaavaa korvausta voida sellaisenaan ottaa hyvityksen perusteeksi: KKO 1989:151, KKO 1999:115 ja KKO 2002:101.

Tapauksessa KKO 2010:47 (Finreactor) korkein oikeus on antanut merkitystä mm. sellaisille tekijöille kuin loukkaavan toiminnan laajuus, toteuttamistapa, vahingollisuus ja tarkoitus. Tapauksessa KKO 2001:42 (Kirpputori) korkein oikeus katsoo, että merkitystä on annettava myös sille seikalle, ettei toiminta ole ollut ammattimaista ja laajamittaista, vaan pikemminkin satunnaista.

⁹² Nettipiratismin tappiot Suomessa 355 miljoonaa euroa vuodessa. Kulttuuriuutiset.net / Luovan työn tekijät ja yrittäjät (Lyhty) 2010.

pelkkä latausten määrä ei osoita teosten myynnin vähentymistä kokonaisuudessaan. Ratkaisunsa ne ovat perustaneet yhtäältä latausten määrään ja vastaaviin numeerisiin tosiseikkoihin ja toisaalta toiminnan laatuun ja syyksiluettavuuteen. Yleispätevää digitaalisiin tekijänoikeuden loukkauksiin sovellettavaa laskukaavaa tapauksista on vaikea johtaa. Hatanmaa on ehdottanut, että hyvitys määriteltäisiin aritmeettisesti normaalikorvauksen, loukkausten määrän ja tapauksen erityispiirteiden tulona.⁹³ Viimeisen tultekijän subjektiivisesta ja arvionvaraisesta luonteesta kuitenkin seuraa, että laskukaava tuottaa ainoastaan näennäisesti kvantisoitua tietoa.

Ratkaisussa HHO 2007:14 (DirectConnect) tuomioistuin toteaa, että vertaisverkkotoiminnassa suojattujen teosten hyödyntäminen poikkeaa sellaisesta teosten hyödyntämisestä, jota tavanomaista käyttökorvausta määrättäessä on ajateltu. Tiedoston luvaton lataaminen voidaan teknisenä toimenpiteenä rinnastaa teoksen tavanomaiseen käyttöön. Näin ollen lataamisen osalta hyvityksen laskennallisena lähtökohtana voidaan käyttää vähittäismyyntihintaa tai oikeudenomistajajärjestön tariffia ottaen huomioon, että ainoastaan murto-osa latauksista vastaa toteutumatta jäänyttä kauppaa. Sen sijaan jakaminen on toimenpide, joka on taloudellisilta vaikutuksiltaan potentiaalisesti lataamista vakavampi. Päinvastoin kuin fyysisen teoskappaleen kaupan yhteydessä tekijän yksinoikeus digitaalisesti välitettyyn musiikkitiedostoon ei raukea. Näin ollen jakaminen on itsenäinen, lataamisesta erillinen tekijänoikeudellisesti relevantti teko, jolle ei ole olemassa normaalikorvausta.

Edellä mainitusta syystä Sorvari on esittänyt, että hyvityksen suojaamattomien teosten internetissä tapahtuvasta luvattomasta käytöstä tulisi olla tavanomaista suurempi.⁹⁴ Ajatus ei ole täysin ongelmaton. Ehdotettu käyttökorvauksen ylittävä osa olisi mahdollista hahmottaa ainakin kahdella eri tavalla. Jos jakaminen arvostetaan erilliseksi varallisuusarvoiseksi oikeudeksi, huomataan, että sen välitön hyöty tulee muulle kuin jakajalle itselleen. Tällöin herää kysymys, millä oikeutamme käyttökorvausperusteisen vaatimuksen kohdistamisen jakajaan. Toisaalta yleistä estävyystavoitetta toteuttavan ylimääräisen punitiivisen elementin lisääminen pelkästään lataamisen käyttöarvoon perustuvaan hyvitykseen tuntuu oikeuskulttuurillemme vieraalta.

Tapauksessa THO R 11/720 (Sarah's Secret Chamber) kantaja perusti vaatimuksensa teosten lailliseen hintaan kerrottuna kahdella, sillä perusteella, että kysymyksessä oli yhtäältä luvaton kappaleen valmistaminen

⁹³ *Hatanmaa* 2011, s. 12.

⁹⁴ *Sorvari* 2007, s. 292–293. Suojaamattomuudella Sorvari tarkoittanee tiedoston teknistä suojaamattomuutta. Teos on luonnollisesti tekijänoikeudella suojattu.

(lataaminen) ja toisaalta luvaton yleisön saataviin saattaminen (jakaminen). Tapauksen ensimmäisenä oikeusasteena ratkaissut Länsi-Uudenmaan käräjäoikeus otti huomioon tämän laskentatavan hyvitystä määrätessään. Turun hovioikeus ei muuttanut käräjäoikeuden tuomiota. Ratkaisu näyttää olevan ristiriidassa Hatanmaan esittämän väitteen kanssa, että vertaisverkossa tapahtuvan loukkauksen johdosta hyvitystä määrättäessä tariffiperusteiseen normaalikorvaukseen sisältyvät molemmat teot, kappaleen valmistaminen ja yleisön saataviin saattaminen.⁹⁵

6.2 Hyvitys ja vahinko

Kysymys vahingosta hyvityksen perusteena sekä hyvityksen ja vahingon välisestä syy-yhteydestä on jossain määrin epäselvä. Vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa Kivimäki ja Castrén ovat edustaneet näkemystä, että hyvityksellä korvataan taloudellista menetystä, joka luvattomasta käyttämisestä oikeudenhaltijalle aiheutuu.⁹⁶ Toisin sanoen myös hyvityksen edellytyksenä on vahinko ja siihen (presumoidussa) syy-yhteydessä oleva teko. Erona varsinaiseen vahingonkorvaukseen on se, että näyttöä hyvityksen kohteena olevan vahingon laajuudesta ei tarvitse esittää, sillä hyvitys määräytyy arvionvaraisesti tai tariffipohjaisesti. Hyvitykseen ei siis sovelleta täyden korvauksen periaatetta. Siitä huolimatta kysymyksessä on summaarinen ja useimmiten osittainen kompensatio oikeudenhaltijalle aiheutuneesta taloudellisesta menetyksestä. Ajattelu korostaa korvauksen reparatiivista funktiota.

On myös esitetty, että tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentin mukaisen hyvityksen edellytyksenä on ainoastaan teko (teoksen luvaton käyttäminen) riippumatta siitä, onko teosta aiheutunut vahinkoa lainkaan.⁹⁷ Tällöin teon ja mahdollisen vahingon välisen syy-yhteyden selvittäminen menettää merkityksensä. Oikeuspoliittisessa tarkastelussa asetelma voidaan rinnastaa esim. laittomaan irtisanomiseen, jonka johdosta työnantajan on suoritettava

⁹⁵ *Hatanmaa* 2011, s. 37.

⁹⁶ *Kivimäki* 1966, s. 180. *Castrén* 1979, s. 121–122.

⁹⁷ Ks. esim. *Nordell* 1994, s. 231. Tapauksessa KKO 2001:42 (Kirpputori) CD-levyjen myytäväksi asettaminen oli tekijänoikeuden haltijan yksinoikeuden alaan kuuluvaa teoksen käyttämistä, mikä perusti vastaajalle hyvitysvelvollisuuden. Myymättä jääneet ja takavarikoitujen luvattomat CD:t eivät kuitenkaan olleet toistaiseksi aiheuttaneet vahinkoa, mikä tosiseikka toimi hyvityksen määrää vähentävänä, mutta ei sen kokonaan poistavana tekijänä. Sorvari on kritisoinut sitä, että korkeimman oikeuden arvioinnissa tullaan hyvin lähelle vahingonkorvauksellista arviointia oikeudenhaltijalle aiheutuneen vahingon määrästä. *Sorvari* 2007, s. 292. THO R 11/720 (Sarah's Secret Chamber): ”Hyvitys ei ole luonteeltaan vahingonkorvaus, joten sen määrän perusteena ei ole asianomistajalle aiheutunut vahinko.”

korvauksena vähintään kolmen kuukauden palkka. Korvausvelvollisuus säilyy siinäkin tapauksessa, että irtisanottu työntekijä työllistyy välittömästi korkeammin palkattuun työhön, jolloin differenssiopin mukaisessa tarkastelussa mitään vahinkoa ei ole tapahtunut.⁹⁸ Sekä työlainsäädännössä että tekijänoikeudessa tuottamuksesta ja vahingosta riippumaton maksuvelvollisuus puoltaa paikkaansa norminmukaisen käyttäytymisen edistäjänä tilanteissa, joissa yhteiskunnalla on intressi suojata järjestelmän yleistä toimivuutta. Vahingosta irrotettu hyvitysvelvollisuus nostaa etusijalle korvauksen preventiivisen funktion.

Riippumatta siitä, onko hyvitysvastuun edellytyksenä vahinko vai ei, vastuun toteutuminen ei edellytä tekoon välittömässä syy-yhteydessä olevaa, laajuudeltaan määrättyä vahinkoa. Näin ollen tekijänoikeudellista hyvitystä ei tule kuvata termillä ankara vastuu. Ankaraa vastuuta sovelletaan tyypillisesti tilanteisiin, joissa toiminnanharjoittajalle on haluttu asettaa erityinen huolellisuusvelvoite toimintaan sisältyvän poikkeuksellisen, sivullisiin kohdistuvan, yleensä henkilövahinkoon liittyvän riskin johdosta.⁹⁹ Ankaran vastuun tilanteisiin liittyy myös yleensä ajatus vastuuvollisuuden kyvystä suojautua vahingon varalta vakuutuksella sekä mahdollisuudesta pulverisoida vastuuriski tuotteen hintaan.¹⁰⁰ Mikään näistä vastuun ankaroitamista puoltavista tekijöistä ei ole käsillä teoksen luvattoman käytön yhteydessä. Yleinen käsitys on, että hyvitys on eräs edunpalautuksen muoto, jonka olemassaolo on vahvistettu nimenomaisella säännöksellä.¹⁰¹ Perusperiaate on, että loukkaaja ei saa päästä teosta oikeudettomasti käyttämällä parempaan asemaan kuin missä hän olisi ollut, jos hän olisi käyttänyt teosta luvallisesti. Hyvitysvastuu ei kuitenkaan edellytä, että käyttäjälle olisi kertynyt oikeudettomasta menettelystään taloudellista hyötyä.¹⁰²

Vuoden 1961 tekijänoikeuslain valmisteluaineisto ei anna johtoa siitä, onko tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentin mukaiselle hyvitykselle haluttu asettaa jokin erityinen oikeuspoliittinen tavoite. Hallituksen esityksessä todetaan, että ehdotetut määräykset vastaavat pääkohdiltaan muiden pohjoismaiden korvaussäännöksiä.¹⁰³ Ruotsin vastaavan lakiehdotuksen korvausta koskevat perustelut näyttävän antavan tukea Castrénin ja Kivimäen edustamalle perinteiselle ajattelulle, jossa hyvityksen pääasiallinen

⁹⁸ *Routamo – Ståhlberg* 2000, s. 280.

⁹⁹ Virtanen 2011, s. 175. *Routamo – Ståhlberg – Karhu* 2006, s. 144. Esimerkkiluettelo ankaran vastuun perustavista säännöksistä, ks. *Hemmo* 2005 s. 93. Luettelossa ei mainita tekijänoikeuslakia.

¹⁰⁰ *Hemmo* 1996, s. 280.

¹⁰¹ *Sorvari* 2007, s. 317.

¹⁰² KKO 2010:47 (Finreactor).

¹⁰³ HE 23/1960 vp, s. 7.

tavoite on tapahtuneen tai oletetun taloudellisen vahingon korvaaminen (reparaatio). Myöhemmästä oikeuskäytännöstä voidaan nostaa esille tapaus KKO 2010:47 (Finreactor), jossa korkein oikeus katsoo, että 57 §:n 1 momentin mukaisen hyvityksen tarkoituksena on osaltaan saattaa tekijänoikeuden haltija siihen asemaan, jossa hän olisi ollut ilman tekijänoikeuden loukkausta.¹⁰⁴ Hyvitys on siis kompensatio eli vahingonkorvaus sanan yleiskielisessä merkityksessä.

Hyvityksen määrätymistä koskevassa ratkaisussaan KKO 1989:87 (Valintatalo) korkein oikeus on kuitenkin todennut seuraavaa:

”Tämän hyvityksen on velvollinen suorittamaan myös se, joka ei ole syyllistynyt tuottamukseen. Hyvitykseen ei siten sisälly vahingonkorvauksellista ainesta vaan hyvitys määräytyy normaalien käyttökorvausten eli lisenssimaksujen mukaisesti.”¹⁰⁵

Epäselväksi jää, mitä on tämä aines, joka erottaa hyvityksen vahingonkorvauksesta. Pelkkä tuottamusedellytyksen puuttuminen tuskin riittää selitykseksi. Lausumaa lienee tulkittava ennen kaikkea siten, että vaikka hyvityksen perusteena on teko, josta seuraa tai voi seurata oikeudenhaltijan taloudellinen menetys, hyvitysvastuun toteutumiseksi ei aseteta yhtä tiukkoja edellytyksiä kuin vahingonkorvaukselle. Samassa yhteydessä korkein oikeus määritteli hyvityksen perustasoksi tariffin mukaisen käyttökorvauksen, minkä ylittävältä osalta kantajan vaatimus hylättiin. Hyvityksellä kompensoitiin vastaajan toiminnasta seurannutta liikevoiton menetystä. Vahingonkorvauksellisen aineksen väitetystä puuttumisesta huolimatta hyvitys siis liittyi loukkauksen välittömänä seurauksena olemaan oikeudenhaltijan taloudellisen aseman huonontumiseen ja hyvityksen ensisijainen funktio oli reparatiivinen.

Ratkaisussa KKO 1998:91 (Tietokoneohjelmat) korkein oikeus toisti aiemman kantansa hyvityksen puuttuvasta vahingonkorvauksellisesta aineksesta. Tällä kertaa perustelu oli valaisevampi:

”Hyvityksen perustana ei, toisin kuin vahingonkorvauksen, ole tekijänoikeudenhaltijan kärsimä vahinko sellaisenaan.”

Asiallisesti merkitysisältö lienee sama kuin edellä. Hyvityksen perustana on tai voi olla vahinko, mutta sen korvaamisessa ei noudateta täyden korvauksen periaatetta tai mitään muutakaan mekaanista sääntöä. Sen sijaan hyvitystä määrätessään tuomioistuimien voi antaa laajemmin merkitystä

¹⁰⁴ KKO 2010:47 (Finreactor). Toistettu ratkaisussa RoHO R 10/1126 (Finnish Fast Speed).

¹⁰⁵ Toistettu ratkaisussa KKO 1995:202 (Europa Vision).

tapauksen erityispiirteille. Tuomioistuin painottaa hyvityksen preventiivistä funktiota tulevien loukkausten estäjänä mielenkiintoisella tavalla:

”Hyvitys kuuluu olennaisena osana tekijänoikeuslaisissa säädettyyn seuraamusjärjestelmään ja sen tarkoitus, samoin kuin rangaistus- ja vahingonkorvausseuraamustenkin tarkoitus, on osaltaan tehokkaasti ehkäistä tekijänoikeuksien loukkaamista ja siis myös suojattujen teosten lainvastaista käyttöä.”¹⁰⁶

Tuoreemmasta oikeuskäytännöstä voidaan nostaa esille KKO 2007:63 (Taideväärengös), jossa korkein oikeus on täsmentänyt hyvityksen kaksoisfunktioita. Kysymys on yhtäältä teoksen luvattomasta käyttämisestä oikeudenhaltijalle aiheutuneen haitan korvaamisesta (reparaatio). Toisaalta hyvityksellä pyritään estämään oikeudenvastaista käyttäytymistä tulevaisuudessa (preventio). Samalla korkein oikeus on yrittänyt liudentaa aiemmasta oikeuskäytännöstä johtuvaa ristiriitaa: kuinka selittää vahingosta johtuva reparatiivinen varallisuudensiirto, joka ei kuitenkaan ole vahingonkorvaus?

”Vaikkei tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentissa (442/1984) ole kysymys vahingonkorvauksesta eikä hyvitys riipu aiheutuneesta vahingosta, myös hyvityksen tuomitsemisella pyritään osaltaan saattamaan tekijänoikeuden haltija siihen asemaan, jossa hän olisi ollut, jos tekijänoikeuden loukkausta ei olisi tapahtunut.”

Yleiskielen kriteerein virke on edelleen sisällöllisesti epäjohdonmukainen. Huomionarvoista kuitenkin on sanan ”osaltaan” vakiintuminen osaksi korkeimman oikeuden käytäntöä. Tapauksessa KKO 2011:92 korkein oikeus on vihdoinkin luopunut yrityksestä pitää yllä hyvityksen reparatiivisen funktion ja vahingonkorvauksen pitkälti keinotekoisista erottelua. Tuomiosta on myös mahdollisesti luettavissa painopisteen hienoinen siirtymä kohti preventiota reparaation kustannuksella.

”Tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentin mukaisen kohtuullisen hyvityksen tarkoituksena on *osaltaan* saattaa tekijänoikeuden haltija siihen asemaan, jossa hän olisi ollut ilman tekijänoikeuden loukkausta. Toisaalta hyvityksen tavoitteena on *estää* loukkaajaa pääsemästä teoksen oikeudettomalla käyttämisellä parempaan asemaan kuin sitä luvallisesti käyttämällä. Hyvityksellä pyritään myös *ehkäisemään* tekijänoikeuksien loukkaamista ja suojattujen teosten lainvastaista käyttöä.”¹⁰⁷

¹⁰⁶ Toistettu ratkaisuiissa HHO 2007:14 (DirectConnect), KKO 2007:63 (Taideväärengös) ja KKO 1998:91 (Tietokoneohjelmat).

¹⁰⁷ Kursiivi kirjoittajan.

Kysymys siitä, onko hyvityksen edellytyksenä vahinko, on epätarkasti asetettu. Asiaa on tarkasteltava yhtäältä yksittäisen oikeudenhaltijan ja toisaalta yleisen edun ja markkinoiden toimivuuden näkökulmasta. Hyvityksen edellytyksenä ei ole vahinko, sikäli kuin sillä tarkoitetaan laajuudeltaan täsmällisesti rajattavissa olevaa korvattavaa vahinkoa, joka on välittömässä syy-yhteydessä yksittäiseen tekoon.¹⁰⁸ Samalla on muistettava, että ainoa modernissa oikeudessa rationaalisesti hyväksyttävä hyvitysjärjestelmän legitimaatio perustuu kokemusperäiseen tietoon siitä, että teoksen luvottomasta käyttämisestä aiheutuu yleisesti ottaen vahinkoa. Tällainen vahinko on useimmiten sekä rahallista että immateriaalista, ja erityisesti digitaalisessa loukkauksessa vahinkotapahtuman kielteiset vaikutukset säteilevät laajalle. Hyvityksen tehtävänä on yhtäältä kompensoida ja toisaalta estää tätä vahinkoa sanan laajemmassa merkityksessä. Kuten seuraavassa pyrin osoittamaan, viimeaikainen kehitys asettaa kuitenkin hyvityksen kyvyn toteuttaa sille asetettua reparatiivista funktiota jossain määrin kyseenalaiseksi.

7 VAHINGONKORVAUS

7.1 Tekijänoikeuslain vahingonkorvaussäännös

Tekijänoikeuslain 57 §:n 2 momentissa säädetään tekijänoikeuden loukkaajan vastuusta tilanteessa, joissa teoksen käyttäminen on tapahtunut tahallisesti tai tuottamuksesta. Vastuuperuste laajentaa korvauksen kattamaan kaiken vahingon, sekä aineellisen että aineettoman, täyden korvauksen periaatteen mukaisesti.¹⁰⁹ Yleinen korvausoikeudellinen periaate on, että aineettomien vahinkojen korvaaminen edellyttää nimenomaista säännöstä. Kyseisen tekijänoikeuslakiin sisällytetyn säännöksen nojalla aineettomat vahingot, kuten esimerkiksi yrityksen goodwill-arvon vähentyminen, ovat täysimääräisesti korvattavissa. Käytännössä tämä on kuitenkin harvinaista

¹⁰⁸ Tapauksessa THO R 11/720 (Sarah's Secret Chamber) vastaajat olivat kiistäneet asianomistajien hyvitysvaatimukset Länsi-Uudenmaan käräjäoikeudelle esittämässä vastuussaan sillä perusteella, että ne ovat täysin yksilöimättömiä. Väite ei menestynyt.

¹⁰⁹ Täyden korvauksen periaate on ilmaistu jo vuoden 1953 komiteamietinnössä. KM 1953:5, s. 85. Ks. myös HE 32/1984 vp, s. 8. Ruotsin tekijänoikeuslain vastaavassa 54 §:ssä on esimerkinomainen luettelo eristä, jotka tulee erityisesti ottaa huomioon vahingonkorvausta määrättäessä. URL 54.2 §. Kansainvälisellä tasolla TRIPS-sopimuksen 45 artiklassa sopimusvaltioille asetetaan velvollisuus mahdollistaa täyden korvauksen periaatteen mukaisen korvauksen määrääminen tilanteessa, jossa loukkaaja tiesi tai hänellä oli riittävät perusteet tietää, että hän oli ryhtynyt loukkaavaan tekoon.

johtuen oletettavasti siitä, että objektiivista näyttöä on tällaisesta vahingosta vaikea esittää.¹¹⁰

Lainkohdassa nimenomaisesti mainittuna korvattavana eränä luetellaan kärsimys. Oikeuskäytännössä korvausta pelkästään kärsimysperusteella on tuomittu harvoin. Viimeisin ylemmän oikeusasteen ratkaisu, jossa vastaaja määrättiin maksamaan vahingonkorvausta kärsimyksestä tekijänoikeudenloukkauksen yhteydessä, lienee Vaasan hovioikeuden ratkaisu VHO S 03/1350 (Romaniperinteen esitys).¹¹¹ Kärsimyksen tosiasiallista merkitystä korvauksen perusteena vähentää edelleen tekijänoikeuden muuttuminen yhä enenevässä määrin teollista yritystoimintaa ohjaavaksi normistoksi. Musiikkialalla digitaaliympäristössä toteutettujen oikeudenloukkausten johdosta nostettujen kanteiden asianomistajina ovat useimmiten oikeudenomistajajärjestöt tai niiden yhteenliittymät. Kärsimyskorvauksen määrääminen oikeushenkilön hyväksi ei ole mahdollista. Tällaisia vaatimuksia ei ole myöskään tietävästi esitetty.

Kuten 1 momentin mukaisen hyvityksen, myös vahingonkorvauksen määrittelyssä on laskennallisena lähtökohtana käytetty oikeudenomistajajärjestöjen määräämiin tariffeihin perustuvaa käyttökorvausta.¹¹² Vuoden 1953 komiteanmietinnön mukaan vahingonkorvaukseen sisältyy paitsi vahingon aiheuttama menetys myös saamatta jäänyt liikevoitto, mikä on Castrénin mukaan tyypillisin käyttökorvauksen ylittävä korvattava erä.¹¹³ Korkein oikeus on todennut saman ratkaisussa 1995:202 (Europa Vision). Kyseessä on tosin oletettavasti ainoa vuoden 1985 tekijänoikeuslain uudistuksen jälkeinen tapaus, jossa korkein oikeus on tuominnut vahingonkorvausta saamatta jääneestä liikevoitosta.¹¹⁴ Kysymykseen loukkaajan loukkauksella itselleen perusteettomasti hankkimasta voitosta eli loukkausvoitosta palataan tuonnempana (ks. luku 9).

Olen edellä todennut, että nykyään ylivoimainen enemmistö henkilöistä, jotka syyllistyvät musiikkitiedostojen luvattomaan käyttämiseen internetissä, tietää sen olevan tekijänoikeuslain vastaista.¹¹⁵ Näin ollen, tuottamusedellytyksen useimmiten täytyessä, voisi vastaavasti olettaa tekijänoikeuslain 57 §:n 2 momentin merkityksen kasvaneen nykyajan

¹¹⁰ *Sorvari* 2007, s. 309. Ks. myös *Eltell – Radetzki* 2005, s. 230 ja 240.

¹¹¹ *Sorvari* 2007, s. 310. Tapauksessa HHO 2006:9 kantaja esitti yksilöimättömän tekijänoikeudenloukkaukseen liittyvän vahingonkorvausvaatimuksen menetyksistä, kärsimyksestä ja muusta haitasta. Vahingonkorvausvaatimuksen osalta kanne ei menestynyt.

¹¹² *Castrén* 1979, s. 213. SOU 1956:25, s. 429 ja 433.

¹¹³ KM 1953:5, s. 85. *Castrén* 1979, s. 122.

¹¹⁴ *Sorvari* 2007, s. 292.

¹¹⁵ RoHO R 10/1126 (Finnish Fast Speed). Tapauksen ensimmäisenä oikeusasteena ratkaissut Oulun käräjäoikeus on korostanut internetjakamisen lainvastaisuuden notorisuutta.

tuomioistuinkäytännössä. Tilanne on kuitenkin pikemminkin päinvastainen. Jo Castrén on huomauttanut, että immateriaalioikeuden loukkauksissa teon ja vahingon välinen syy-yhteys vahingonkorvauksen edellytyksenä on ongelmallinen, sillä esimerkiksi saamatta jääneen liikevoiton ja loukkauksen välistä kausaliteettia ei voida varmuudella osoittaa.¹¹⁶ Myös Sorvari on kiinnittänyt huomiota näytön esittämisen vaikeuteen.¹¹⁷ Digitaalisympäristössä, vahingon muodostuessa lukemattomista erillisistä teoista, tilanne on kantajan kannalta vielä hankalampi. Korvattavan vahingon rajaaminen ja sen yhdistäminen yksittäiseen vahinkotekoon on usein täysin mahdotonta. Pelkkä yleinen viittaus siihen, että oikeudenloukkaukselle on luonteenomaista, että siitä aiheutuu vahinkoa, ei ole peruste vahingonkorvauksen tuomitsemiselle.¹¹⁸

Digitaalisympäristössä tapahtuneiden oikeudenloukkauksen johdosta nostetuissa kanteissa KKO 2010:47 (Finreactor), THO R 11/720 (Sarah's Secret Chamber) ja RoHO R 10/1126 (Finnish Fast Speed) tekijöille on vaadittu virallisen syyttäjän toimesta rangaistusta joko tekijänoikeuslain 56 a §:n tai rikoslain 49 §:n nojalla. Rikosoikeudellisen vastuun toteutumisen tekijänoikeuden loukkauksen yhteydessä edellyttää vähintään törkeää tuottamusta. Sen sijaan tekijänoikeuslain 57 §:n 2 momentin mukaisen, hyvitysvastuuta kattavamman vahingonkorvausvastuun perusteeksi riittää lievä tuottamus. Kyseisissä tapauksissa asianomistajat ovat yhtyneet syyttäjän rangaistusvaatimukseen. Toisin sanoen asianomistajien oma näkemys on ollut, että edellytykset korvausvastuun perustamiselle 2 momenttiin ovat olemassa. Kuitenkin loukkaustekoon kohdistuvat vaatimukset on perustettu kokonaisuudessaan tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momenttiin.

Kanteita ajaneen Tekijänoikeuden tiedotus- ja valvontakeskus ry:n vanhemman lakimiehen Jaana Pihkalan mukaan rahallista korvausta haetaan tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentin mukaisena hyvityksenä, koska se on tekijänoikeusjärjestelmässä ja lainsäädännössä ensisijainen keino korvata oikeudenloukkauksella aiheutettu haitta. Pihkala korostaa hyvityksen reparatiivista funktiota todeten, että hyvityksellä saatetaan oikeudenhaltija siihen asemaan, jossa hän olisi ollut ilman tekijänoikeuden loukkausta.¹¹⁹ Hyvitysvaatus on myös prosessiekonomisesti yksinkertaisempi kuin 2 momenttiin perustuva vahingonkorvausvaatus. Tapauksessa KKO 1999:115 (Elektroninen postilaatikko) asianomistajat olivat vaatineet, että ellei niiden hyvitysvaatumusta kokonaisuudessaan hyväksytä, erotus tulee

¹¹⁶ *Castrén* 1979, s. 153–154.

¹¹⁷ *Sorvari* 2007, s. 299.

¹¹⁸ *Ibid.*, s. 299. *Castrén* 1979, s. 154–155.

¹¹⁹ Puhelinkeskustelu, *Jaana Pihkala* 4.2.2013.

tuomita maksettavaksi 2 momentin mukaisena vahingonkorvauksena muusta haitasta ja menetyksestä. Vaatimusta ei hyväksytty, sillä asianomistajat eivät olleet yksilöineet vahinkoa, joka niille oli nimenomaan syytetyn toiminnasta aiheutunut.

Viimeaikaisessa digitaalisiin loukkauksiin liittyvässä oikeuskäytännössä tekijänoikeuslain 57 §:n 2 momentin mukaista vahingonkorvausta on haettu ennen kaikkea loukkauksesta aiheutuneista selvitys- ja valvontakuluista. Sen johdosta vaatimukset ovat olleet rahamääräisesti sangen vaatimattomia. Esimerkiksi tapauksissa THO R 11/720 (Sarahs's Secret Chamber) ja RoHO R 10/1126 (Finnish Fast Speed) asianomistajien hyvitysvaatimus oli osapuilleen kaksi miljoonaa euroa. Sen sijaan 2 momentin mukainen vahingonkorvausvaatimus selvitys- ja valvontakulujen kattamisesta oli kummassakin tapauksessa ainoastaan 2400 euroa – siis karkeasti ottaen yksi tuhannesosa vaaditusta kokonaissummasta.¹²⁰ Helsingin hovioikeuden ratkaisussa HHO R 06/3285 (DirectConnect) kolmekymmentä asianomistajaa vaati yhteisesti vahingonkorvausta selvitys- ja valvontakuluista korvattavaksi kolmesataa euroa.

Edellä viitatuissa tapauksissa, samoin kuin tapauksessa KKO 2010:47 (Finreactor), ei esitetty lainkaan vaatimuksia saamatta jääneestä liiketuloista. Kehitys on merkillepantava, kun sitä vertaa aiemmin esitettyyn, esim. korkeimman oikeuden tuomiossa KKO 1995:202 (Europa Vision) vahvistettuun näkemykseen, että saamatta jäänyt liiketulo on tekijänoikeuden loukkauksen aiheuttamista taloudellisista vahingoista tyypillisin.

Olen aiemmin esittänyt epäilyjä siitä, että tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentin mukaisella hyvityksellä voitaisiin tehokkaasti toteuttaa korvaukselle perinteisesti asetettuja reparatiivisia tavoitteita musiikin digitaalisten tekijänoikeuden loukkauksen yhteydessä. Vielä vahvempi epäily voidaan kohdistaa 2 momentin mukaisen vahingonkorvauksen merkitykseen oikeussuojakeinona. Eräs digitaaliympäristössä tapahtuvien tekijänoikeuden loukkausten erityispiirre on, että vahinkoa on vaikea rajata tekoon adekvaatissa syy-yhteydessä olevaksi korvattavaksi vahingoksi. Näin ollen loukkaajaan ei käytännössä kyetä kohdistamaan 2 momentin nojalla sellaista vaatimusta, jolla pyrittäisiin loukkauksesta aiheutuneen taloudellisen vahingon kompensoimiseen täyden korvauksen periaatteen mukaisesti.

¹²⁰ Mainittakoon lisäksi seuraavat hovioikeuksien ratkaisemat tapaukset: HHO 2007:14, HHO 2007:6, THO 2006:6 ja KouHO 2005:11. Ei kuitenkaan voitane lähteä siitä, että selvitys- ja valvontakulut tulevat rutiinomaisesti korvatuiksi tekijänoikeuslain 57 §:n 2 momentin nojalla. Erityisen kyseenalaista se on silloin, kun kantajana on oikeushenkilö, jonka varsinainen tehtävä on loukkausten selvitys- ja valvonta. Ruotsissa Högsta domstolen on suhtautunut asiaan vaihtelevasti. *Eltell – Radetzki* 2005, s. 246.

7.2 Tekijänoikeuden loukkaus ja vahingonkorvauslaki

Tekijänoikeudellinen korvaussäännöstö niveltyy vahingonkorvauslakiin tekijänoikeuslain 57 §:n 4 momentin viittaussäännöksellä. Sen mukaan tuottamukselliseen tekijänoikeuden loukkaukseen sekä rangaistavaan moraalisten oikeuksien loukkaukseen sovelletaan lisäksi vahingonkorvauslakia. Koska tekijänoikeuslain korvausjärjestelmä on puhtaiden varallisuusvahinkojen osalta vahingonkorvauslakia kattavampi, on vahingonkorvauslailla käytännössä merkitystä ainoastaan sellaisissa erikoistilanteissa, joiden osalta tekijänoikeuslaki ei sisällä sääntelyä. Tällaisia ovat ennen kaikkea vastuun kanavointi, korvausvastuun vanheneminen ja korvauksen sovittelu.

Sorvarin mukaan vahingonkärsijä voi perustaa vaatimuksensa myös suoraan vahingonkorvauslakiin.¹²¹ Siviilivastuun alueella liikuttaessa tämä on harvoin perusteltua, sillä vahingonkorvauslain mukaisessa järjestelmässä puhtaat varallisuusvahingot korvataan ainoastaan erittäin painavista syistä (VahL 5:1). Näin ollen korvaus tekijänoikeuden loukkauksesta vahingonkorvauslain nojalla tulee harkittavaksi ennen kaikkea tilanteissa, joissa on kyse tekijänoikeuslain vastaisesta menettelystä, mutta joihin lain 57 §:n säännökset eivät sovellu. Esimerkkinä mainittakoon tekijänoikeuden luovutusta koskevan säännöksen rikkominen.¹²²

Edellä mainittu 57 §:n 4 momentin viittaussäännös lisättiin tekijänoikeuslakiin vuoden 1984 lakiuudistuksen yhteydessä (L 8.6.1884/442). Hallituksen esityksessä ei anneta ohjeita kyseisen lainkohdan tulkinnasta tai selvitystä sen oikeuspoliittisista tavoitteista. Lisäystä perustellaan ainoastaan sillä, että lakiin ei ole aiemmin sisällytynyt säännöksiä vahingonkorvauksen kanavoimisesta tai vanhentumisesta. Vahingonkorvauslain 2 luvun 1 §:n 2 momentin avaamaa nimenomaista mahdollisuutta korvauksen sovitteluun ei hallituksen esityksessä mainita.¹²³

Ennen vuoden 1984 lakiuudistusta tekijänoikeuden loukkauksen johdosta määrättävään korvaukseen, oli sitten kysymys vahingonkorvauksesta tai hyvityksestä, sovellettiin yleisiä korvausoikeudellisia periaatteita niiden soveltamisalaa rajaamatta.¹²⁴ Vahingonkorvauslain katsottiin siis vaikuttavan nykyistä laajemmin tekijänoikeuslain taustalla sen aukkoja täydentäen. Esityöt eivät anna johtoa siitä, että lakiviittauksella vahingonkorvauslakiin olisi haluttu muuttaa valitsevaa oikeustilaa

¹²¹ Sorvari 2007, s. 326.

¹²² Ibid., s. 328–329.

¹²³ HE 32/1984 vp, s. 8, 16.

¹²⁴ KM 1953:5, s. 85. Ks. myös Kivimäki 1966, s. 180.

Korkein oikeus on kuitenkin ratkaisussaan KKO 1998:155 (Yhteisantenni) vahvistanut, että vahingonkorvauslakia ei sovelleta tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentin mukaiseen hyvitykseen.¹²⁵ Tästä voitaneen johtaa se periaate, että vahingonkorvauslaki tulee nykyisin sovellettavaksi tekijänoikeudessa ainoastaan edellä mainitun viittaussäännöksen nojalla sen osoittamalla soveltamisalalla. Toisin sanoen tekijänoikeuslaki ja vahingonkorvauslaki muodostavat toisistaan erilliset korvausjärjestelmät eikä niiden keskinäistä suhdetta voi jäsentää normiristiriitojen yleisiin ratkaisustandardeihin sisältyvän *lex specialis* -argumentin mukaan. Oikeustilan voidaan siis katsoa tältä osin muuttuneen.¹²⁶

Kun tarkastelu siirretään koko oikeusjärjestyksen tasolle, on vahingonkorvauslain ja muihin lakeihin sisältyvän korvaussäännösten väline suhde jossain määrin jäsentymätön. Vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa on puollettu tekijänoikeuden alalla tällä hetkellä todennäköisesti vallitsevaa ns. väistymisperiaatetta. Sen mukaan muussa laissa säädetty vastuu suljetaan vahingonkorvauslain soveltamisen ulkopuolelle, ellei laissa ole asiasta nimenomaisesti säädetty. Vahingonkorvauslain mukaisen ja muussa laissa säädetyn korvausvastuun kohteena voi kuitenkin olla sama vahinko, jos kummankin lain soveltamisedellytykset täyttyvät.¹²⁷ Väistymisperiaatetta tukee vahingonkorvauslain 1 §:n toisen virkkeen sanamuoto: ”Tämä laki ei kuitenkaan koske [...] muussa laissa säädettyä korvausvastuuta”.¹²⁸

Toisen näkökannan mukaan vahingonkorvauslaki on sopimuksenulkoista vastuuta koskeva yleislaki, jonka säännöksillä täydennetään muita korvausjärjestelmiä, sikäli kuin ne ovat joltakin osin puutteellisia.¹²⁹ Vahingonkorvauslain voidaan myös katsoa ilmentävän yleisiä vahingonkorvausoikeudellisia periaatteita.¹³⁰ Korkein oikeus on vahvistanut tämän ns. rinnakkaisperiaatteen olemassaolon ratkaisuisaan KKO 1978 II 149, KKO 1983 II 157 ja KKO 1984 II 183.¹³¹ Rinnakkaisperiaate on kiistattomasti voimassa Ruotsissa, jossa myös vahingonkorvauslain soveltamisalaa määrittävä 1 § on muotoiltu toisin kuin meillä: laki tulee sovellettavaksi,

¹²⁵ Ks. myös KKO 2010/47 (Finreactor)

¹²⁶ Kansalliseen tekijänoikeuslakiimme hyvin läheisessä suhteessa olevaan Ruotsin tekijänoikeuslakiin ei sisälly erillistä viittaussäännöstä vahingonkorvauslakiin. Ruotsissa tekijänoikeuslain ja sikäläisen vahingonkorvauslain (1972:207) suhde vastaakin meillä aiemmin vallinnutta oikeustilaa. *Eltell – Radetzki* 2005, s. 229.

¹²⁷ *Kivivuori* 1975, s. 270–273.

¹²⁸ Lainkohdan valmisteluhistoriasta ks. *Saarnilehto* 2009, s. 353–355.

¹²⁹ *Ibid.*, s. 354–355.

¹³⁰ *Virtanen* 2011, s. 14.

¹³¹ *Routamo – Ståhlberg – Karhu* 2006, s. 75.

ellei muualla ole toisin säädetty.¹³²

Oikeustila vaikuttaa olevan jossain määrin täsmentymätön. Jos rinnakkaisperiaatteen katsotaan olevan voimassa myös Suomessa yleisenä korvausoikeudellisena periaatteena, aiheuttaa tekijänoikeuden alalla sovellettava, ratkaisussa KKO 1998:155 (Yhteisantenni) vahvistettu väistymisperiaate oikeusjärjestykseemme erikoisen epäjatkuvuuskohdan, jolle on vaikea löytää oikeuspoliittista perustetta. Ongelma ei välttämättä nouse esille käytännön lainsoveltamistilanteessa, sillä tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentti tarjoaa keinot puuttua maksuseuraamusten kohtuuttomuuteen. Sääntelyn koherenssin vuoksi saattaisi kuitenkin olla perusteltua ankkuroida tekijänoikeuslain korvaussäännöstö määrätietoisemmin yleisiin oikeusperiaatteisiin.¹³³

8 KORVAUS MORAALISTEN OIKEUKSIEN LOUKKAUKSEN JOHDOSTA

Tekijän yksinoikeuden ”toisen puolen” muodostavat ns. moraaliset oikeudet. Näitä ovat tekijänoikeuslain 3 §:n 1 momentissa säännelty isyysoikeus sekä saman pykälän 2 momentin mukainen respektioikeus.¹³⁴ Päinvastoin kuin taloudelliset oikeudet, moraaliset oikeudet eivät ole luovutuskelpoisia muuten kuin teoksen laadultaan ja laajuudeltaan rajoitetun käyttämisen osalta. Moraalisiin oikeuksiin voidaan lukea myös vain osittain säännelty katumisoikeus (TekijäL 36 §), kuvataiteilijan luoksepääsyoikeus (TekijäL 52 a §) sekä klassikkosuoja säännös (TekijäL 53 §).¹³⁵ Ainoastaan 3 §:n mukaisten oikeuksien loukkauksesta voi seurata korvausvastuu tekijänoikeuslain nojalla.¹³⁶

¹³² ”I denna lag meddelade bestämmelser om skadestånd tillämpas, om ej annat är särskilt föreskrivet [...]”, Skadeståndslag (1972:207) 1 §. Ks. myös *Eltell – Radetzki* 2005, s. 229.

¹³³ Pihlajarinne on todennut, että tekijänoikeudellisen sääntelyn painottuessa käsitteisiin sääntelykokonaisuuden yhtymäkohdat yleisiin oikeusperiaatteisiin ovat verrattain vähäisiä. *Pihlajarinne* 2013, s. 1225–1226. Ks. myös *Pihlajarinne* 2012b, passim.

¹³⁴ Isyysoikeudella (*droit à la paternité*) tarkoitetaan tekijän oikeutta saada nimensä mainituksi samassa yhteydessä, kun teos saatetaan yleisön saataviin. Isyysoikeuden sisältöä täsmentää 11 §:n 2 momentin säännös, jonka mukaan tekijän nimi ja lähde on mainittava siinä laajuudessa ja sillä tavoin kuin hyvä tapa vaatii. Respektioikeudella (*droit au respect*) viitataan tekijän oikeuteen edellyttää teoksen tai teoskappaleen taloudellisen oikeuden luovutuksensaajalta, että hän käyttää teosta sen taiteellista arvoa kunnioittavalla tavalla.

¹³⁵ Klassikkosuoja tarkoittaa, että tekijän kuoltua viranomainen voi puuttua teoksen loukkaavaan käyttöön siinäkin tapauksessa, että tekijänoikeus olisi jo lakannut. Suojaa ei saa tekijä vaan yleinen sivistyksellinen etu.

¹³⁶ *Sorvari* 2007, s. 185.

Moraaliset oikeudet liittyvät vahvasti tekijäpersoonan suojaa korostavaan mannereurooppalaiseen tekijänoikeusparadigmaan, jonka juuret ovat 1800-luvun romanttisessa taidekäsityksessä. Sen mukaan teoksen ollessa tekijän persoonan ilmentymä teoksen ja tekijän välillä säilyy kaikissa olosuhteissa katkeamaton side. Laki ainoastaan vahvistaa sen, mikä on ”luonnostaan” olemassa. Common law -maissa tekijänoikeuden legitimaatio perustuu enemmän utilitaristiselle ajattelulle, ja vastaavasti moraalisisilla oikeuksilla tekijänoikeuden osana on vähäisempi merkitys.¹³⁷ Moraaliset oikeudet on liitetty osaksi kansainvälistä sääntöjärjestelmää Bernin konventioniin vuonna 1928 tehdyllä lisäyksellä (6bis artikla). TRIPS-sopimuksessa tai WIPO:n tekijänoikeussopimuksessa (WCT) ei moraalisia oikeuksia koskevaa sääntelyä ole. Sen sijaan WIPO:n esitys- ja tallennesopimuksen (WPPT) 5 artiklassa on säännökset esiintyjien moraalisisista oikeuksista.

Ratkaisussa KKO 2007:63 (Taidevääreännös) korkein oikeus toteaa: ”Loukattaessa tekijänoikeuslain 3 §:ssä (404/1961) tarkoitettuja niin sanottuja tekijän moraalisia oikeuksia kysymys ei ole sellaisesta teoksen käyttämisestä, joka oikeuttaisi tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentin (442/1984) mukaiseen hyvitykseen.” Sen sijaan rajankäynti 2 ja 3 momentin välillä moraalisten oikeuksien loukkausten yhteydessä on aiheuttanut jonkin verran epävarmuutta johtuen 3 momentin moniselitteisestä sanamuodosta ”muutoin kuin teosta käyttämällä”. Keskeinen ero näiden lainkohtien välillä on korvausvastuun edellytykseksi asetettavassa tuottamuskynnyksessä. Lieväkin tuottamus riittää perustamaan korvausvastuun 2 momentin nojalla, kun taas 3 momentti asettaa vastuun edellytykseksi teon rangaistavuuden, mikä puolestaan edellyttää vähintään törkeää tuottamusta (TekijäL 56 a §, vuoden 1961 laissa 56 §).

Vanhemmasta oikeuskäytännöstä voidaan nostaa esille tapaus KKO 1974 II 49 (Likaiset kädet). Korkein oikeus pysytti Turun hovioikeuden päätöksen, jolla teatterin johtaja ja ohjaaja velvoitettiin maksamaan vahingonkorvausta näytelmätekstin kääntäjälle moraalisten oikeuksien loukkauksen johdosta. Hovioikeus katsoi jääneen näyttämättä, että loukkaus olisi tapahtunut tahallaan tai törkeästi tuottamuksesta. Näin ollen vahingonkorvaus tuomittiin 57 §:n 2 momentin nojalla. Myös ratkaisussa KKO 2005:43 (Sanasto) korkein oikeus määräsi tekijän isyysoikeutta loukanneet vastaajat suorittamaan korvausta tekijänoikeuslain 57 §:n 2 momentin nojalla.

Oikeuskirjallisuudessa näyttää kuitenkin vallitsevan pitkälle menevää yksimielisyyttä siitä, että moraalisten oikeuksien loukkaukseen sovelletaan

¹³⁷ Esim. Yhdysvaltain tekijänoikeudessa isyys- ja respektioikeus (*rights of attribution and integrity*) voivat kohdistua ainoastaan kuvataiteen teoksiin. 17 U.S.C. § 106A.

yksinomaan pykälän 3 momenttia.¹³⁸ Samaa mieltä on ollut jo Kivimäki, ja näkemystä voidaan perustella myös lainvalmisteluaineistolla.¹³⁹ Ylempien oikeusasteiden ratkaisukäytännön valossa oikeustila vaikuttaa kuitenkin jossain määrin täsmentymättömältä. *De lege ferenda* saattaisi olla aihetta kirjoittaa selkeämmin auki 57 §:n 2 ja 3 momenttien keskinäinen työnjako antaen merkitystä selkeästi formuloidulle oikeuspoliittiselle tavoitteenasettelulle. Moraalisten oikeuksien loukkausten korvaaminen ainoastaan 3 momentin nojalla rajaa korvausoikeudelliset suojakeinot ennen kaikkea tilanteisiin, joissa loukkauksen kohteena ovat tekijänoikeuslain 2 §:n mukaiset taloudelliset oikeudet.

Castrén kirjoittaa, että tekijänoikeuksien loukkaamisesta seuraa tyyppillisesti aineetonta vahinkoa, kun taas teollisoikeuksissa taloudelliset intressit ovat etualalla.¹⁴⁰ Y. J. Hakulisen patenttilakiehdotukseen (1937) sisältynyttä ehdotusta aineettomien vahinkojen korvaamisesta ei hyväksytty sillä perusteella, että patenttioikeus on puhdas varallisuus oikeus.¹⁴¹ Tällainen tekijän- ja teollisoikeuksien väliin piirtyvä juopa on ymmärrettävä mannermaisen tekijänoikeuden historiallista taustaa vasten tarkasteltuna. Digitalisoitumisen myötä tilanne on tänä päivänä toinen. Tekijänoikeudesta on tullut keskeinen globaalia vaihdantaa ja yritystaloutta ohjaava normisto, jota toteuttaa pitkälti teollisoikeudellista funktiota.¹⁴² Moraalisten oikeuksien merkitys konkreettisissa lainkäyttötilanteissa on vähentynyt sitä mukaa, kun tekijänoikeuden taloudellinen merkitys on kasvanut.

Moraalisten oikeuksien loukkaus ei ole sidoksissa taloudellisten oikeuksien loukkaukseen. Esimerkiksi tapauksessa KKO 2005:92 (Kantola) äänitteeseen oikeudet laillisesti lunastanut levy-yhtiö loukkasi esittäjän moraalisia oikeuksia käyttämällä hänestä väärää taiteilijanimeä. Tyypillisessä digitaaliympäristössä tapahtuvassa tekijänoikeuden loukkauksessa, esim. luvattomassa vertaisverkkojakelussa, tilanne on päinvastainen. Kun tiedosto välitetään identtisenä kopiona sen tietoja muuttamatta, tekijän moraalisia oikeuksia ei loukata. Voidaan myös havaita, että alan käytäntö on siirtynyt yhä etäämmälle kattavien teos- ja esittäjä tietojen ilmoittamisesta. Sen seurauksena hyvään tapaan sidottu isyysoikeuden loukkaus kynnys lienee vastaavasti noussut.

¹³⁸ Haarman 2005, s. 360. Sorvari 2007, s. 34–37.

¹³⁹ Kivimäki 1966, s. 180–182. OpM 1983:28, s. 13. SOU 1956:25, s. 430.

¹⁴⁰ Castrén 1979, s. 4.

¹⁴¹ Ibid., s. 29–31 ja 129.

¹⁴² Pihljarinteen mukaan immateriaalioikeuden jaottelu teollis- ja tekijänoikeuteen vastaa huonosti reaalityöelämästä. Pihljarinne 2013, s. 1227. Kehityksen kohdistuvaa kritiikkiä ks. Haarman 2005, s. 37.

Moraalisten oikeuksien tosiasiallista merkitystä nykyaikana vähentää edelleen se, että digitaaliseen oikeudenloukkaukseen liittyvässä tuomioistuininprosessissa kantaja on yleensä levy-yhtiö, kustantaja tai muu oikeushenkilö, jolle tekijä on luovuttanut taloudelliset oikeutensa. Moraalisten oikeuksien ollessa luovuttamattomia asialegitimaatio säilyy tekijällä, eikä luovutuksensaaja voi esittää niitä koskevia vaatimuksia.¹⁴³ Suomen ylempien oikeusasteiden käytännössä ei tietävästi tunneta ainuttakaan tapausta, jossa kysymys moraalisisista oikeuksista olisi noussut esille musiikin internetissä tapahtuvan laittoman välittämisen yhteydessä.

9 MUUT KORVAUKSESSA HUOMIOON OTETTAVAT ERÄT

Tekijänoikeuslain 57 §:n 2 momentin mukainen vahingonkorvaus kattaa hyvityksen ohessa kaiken vahingonkärsijälle koituneen menetyksen ja haitan täyden korvauksen periaatteen mukaisesti. Mahdollisesti korvattavia eriä ovat esimerkiksi saamatta jäänyt liikevoitto, haitta tekijän maineelle tai yrityksen goodwill-arvolle, selvitys- ja valvontakulut sekä erityissään-
nöksen nojalla kärsimys. Velvollisuus vahingon välttämiseen on asetettu relaation molemmille osapuolille. Näin ollen korvausta alentavana tekijänä otetaan huomioon myös vahingonkärsijän oma myötävaikutus niihin olosuhteisiin, jotka johtivat vahingon syntymiseen sekä hänen toimintansa vahingon alettua. Vahingonkärsijälle asetettua vastuuta on kuvattu termillä torjuntavastuu.¹⁴⁴

Lisäksi korvausta määrättäessä tulee ottaa huomioon eduntasoihtuksena se mahdollinen hyöty, jonka vahingonkärsijä on saanut loukkauksesta (*compensatio lucri cum damno*).¹⁴⁵ Asia saattaa ajankohtaistua digitaalisen musiikinjakelun alalla esimerkiksi tilanteessa, jossa laittomasta jakamisesta seuraa oikeudenhaltijan myynnin kasvua.¹⁴⁶ Periaatteen soveltami-

¹⁴³ Tekijä voi antaa moraalisten oikeuksien valvonnan järjestön tehtäväksi. *Sorvari* 2007, s. 400. On huomattavasti todennäköisempää, että kysymys moraalisisista oikeuksista nousee esille tekijän ja luovutuksensaajan välisessä relaatiossa. Olen toisaalla esittänyt, että *de lege ferenda* tekijän ja luovutuksensaajan erilaiset intressit tulisi ottaa nykyistä paremmin huomioon myös lainsäädännön tasolla. *Tapio* 2013a, s. 52.

¹⁴⁴ *Routamo – Ståhlberg – Karhu* 2006, s. 422. Viittaus teokseen Hakulinen Y.J.: Velvoiteoikeus I, yleiset opit, 2. p., Helsinki 1965, s. 348.

¹⁴⁵ *Eltell – Radetzki* 2005, s. 231 ja 251.

¹⁴⁶ Mahdollisuus mainitaan jo Ruotsin tekijänoikeuslain esitöissä. *SOU* 1956:25, s. 428–429 ja 434. Erityisesti lähellä piraatti-ideologiaa olevat tahot ovat esittäneet usein tämänsisältöisiä väitteitä. Ks. esim. Tutkittua asiaa tiedostonjakamisesta. Piraattipuolue. <http://>

nen konkreettisessa lainkäyttötilanteessa on kuitenkin hyvin vaikeaa. Jo pelkästään korvattavan vahingon laajuuteen liittyvä teon ja seurauksen välisen adekvaatin kausaliteetin arviointi on osoittautunut siinä määrin hankalaksi, että 2 momentin mukaisen vahingonkorvauksen käytettävyys oikeussuojakeinona on edellä kuvatulla tavalla vähentynyt. Vahinkohyödyn osalta nämä samat kysymykset ovat vielä vaikeammin ratkaistavissa. Näin ollen oikeuskäytännössä vahinkohyödyn eduntasoitusperiaatetta ei liene koskaan sovellettu tekijänoikeuden loukkausten yhteydessä.

Kaikissa edellä kuvatuissa tilanteissa korvaus perustuu differenssiopin mukaisesti vahinkoteon aiheuttamaan epäedulliseen muutokseen nimenomaan vahingonkärsijän asemassa. Sen sijaan oikeudenloukkaajan asemassa tapahtunut muutos, esimerkiksi hänen vahingosta mahdollisesti saamansa taloudellinen hyöty, ei sisälly tarkasteluun. On kuitenkin helppo kuvitella tilanne, jossa esimerkiksi ravintoloitsija käyttää toiminnassaan musiikkia ilman, että siitä on suoritettu asianmukaista korvausta tekijöitä ja esittäjiä edustaville järjestöille. Musiikin ollessa ravintolatoiminnan tuotannontekijä se on hinnoiteltu siten, että ravintoloitsijan musiikista saama taloudellinen hyöty on suurempi kuin se hinta, jonka hän joutuu musiikin käyttämisestä maksamaan. Loukkaustilanteessa tämä tarkoittaa sitä, että oikeudenhaltijan kärsimä vahinko ja loukkaajan saama hyöty eivät ole symmetriset. Loukkaaja on hankkinut loukkauksella itselleen loukkausvoittoa.

Loukkausvoittoon kohdistuvaa vaatimusta ei voida perustaa tekijänoikeuslain 57 §:n 2 momentin vahingonkorvaussäännökseen, ellei kyetä osoittamaan, että loukkausvoitto vastaa oikeudenhaltijan saamatta jäänyttä voittoa.¹⁴⁷ Sen sijaan ei liene periaatteellista estettä sille, että edunpalautuspäämääriä voitaisiin toteuttaa tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentin hyvityssäännöksellä, joka asettaa hyvityksen mittapuuksi kohtuullisuuden määrittelemättä sitä, kumman osapuolen näkökulmasta asiaa tarkastellaan. Erityisesti vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa on puollettu ajatusta ylikompensatorisista hyvityksistä sillä perusteella, että tariffin mukainen korvausvastuu johtaisi muuten eräänlaiseen pakkolisenssijärjestelyyn.¹⁴⁸ Sama ajatus toistetaan hallituksen esityksessä tekijänoikeuslain muuttamiseksi vuodelta 1984.¹⁴⁹

piraattipuolue.fi/tiedostonjakaminen-osa-2. Väitettä tukevien tutkimusten metodologisista heikkouksista ks. *Barker – Maloney* 2012.

¹⁴⁷ Tapauksessa HHO S 99/327 (Playboy) kantaja esitti perusteetonta markkinaetua koskevan vaatimuksen. Tuomioistuin kuitenkin katsoi, että loukkausvoitto voitiin ottaa huomioon ainoastaan oikeudenhaltijalle aiheutuneen vahingon määrää arvioitaessa. Ks. *Sorvari* 2007, s. 319. Oesch on katsonut, että loukkausvoitto osa kokonaisvahinkoa. *Oesch* 1989, s. 82.

¹⁴⁸ Ks. esim. *Kivimäki* 1966, s. 180.

¹⁴⁹ HE 32/1984 vp, s. 16.

Edellä mainitussa tapauksessa KKO 1989:87 (Valintatalo) korkein oikeus on kuitenkin vahvistanut, että hyvitykseen ei voida sisällyttää tällaista preventiivistä funktiota toteuttavaa ylimääräistä erää. Tapauksessa KKO 1989:151 (Videokopiot) korkein oikeus tuomitsi maksettavaksi merkittävästi normaalikorvausta alhaisemman hyvityksen. Yhtenä perusteena oli se, ettei loukkaava toiminta ollut vahingoittanut kysymyksessä olevien elokuvien tekijänoikeuksien haltijoita eikä vaarantanut heidän etuaan kuin vähäisessä määrin. Ratkaisua on mahdollista tulkita siten, että normaalikorvauksen mukainen hyvitys olisi ylittänyt oikeudenhaltijoiden kärsimän vahingon määrän. Tekijänoikeuden alalla loukkausvoiton palautusta ei myöskään liene koskaan vaadittu.¹⁵⁰

Oikeusjärjestyksestämme puuttuu säännös yleisestä edunpalautusvelvollisuudesta. Sen sijaan edunpalautusinstituutio rakentuu osittain erityislainsäädännön ja oikeuskäytännön varaan. Pohjoismaisessa oikeuskulttuurissa perusteettomiin omaisuudenvaihdoksiin on ollut tapana puuttua tapauskohtaisen harkinnan kautta.¹⁵¹ Koska asiasta ei säännellä myöskään tekijänoikeuslaissa, ei ole olemassa yksiselitteistä vastausta siihen, miten vahingon ja hyödyn erotusta eli loukkausvoittoa tulisi korvausta määrättäessä käsitellä. Jos korvaus mitoitetaan täyden korvauksen periaatteen mukaisesti oikeudenhaltijan kärsimän vahingon suuruiseksi, on loukkaaja päässyt loukkauksen avulla parempaan taloudelliseen asemaan. Jos taas loukkausvoitto siirretään osana korvausta oikeudenhaltijalle, on hän puolestaan hyötynyt vahingosta rikastumiskiellon vastaisesti.¹⁵² Ongelmattomin on tilanne silloin, kun loukkaus on tapahtunut rikollisella teolla. Tällöin loukkaajan loukkauksesta saama nettohyöty voitaneen tuomita rikoshyötynä valtiolle menetetyksi (rikoslaki 10 luku 2 §).

Vuoden 1953 komiteanmietinnössä ehdotettiin, että rangaistavan teon yhteydessä vahingonkorvausvelvollisuuteen olisi sisällytynyt vahingonkärsijän taloudellisen menetyksen ohessa myös saamatta jäänyt voitto. Tekijän olisi kuitenkin tullut saattaa todennäköiseksi, että hän itse kykeni käyttämään oikeuttaan tavalla, joka johti vastaavaan voittoon.¹⁵³ Tällaisen ehdon asettaminen siirtää tarkastelun painopistettä edunpalautuksesta kohti

¹⁵⁰ Sorvari 2007, s. 319.

¹⁵¹ Norros 2012, s. 66. Aurejärvi – Hemmo 2007, s. 154.

¹⁵² Vastaava ongelmallinen kuluerä on arvonlisäveron osuus tuotteen myyntihinnasta. Joissakin tapauksissa normaalikorvaus on määrätty arvonlisäveron vähittäismyyntihinnan perusteelle, jolloin loukkaajaa on saanut teoksen käyttöönsä verovapaana. Toisaalta on tapauksia, joissa arvonlisäveron osuus on sisällytetty korvaukseen: esim. KKO 1998:91 (Tietokoneohjelmat) ja 2010:47 (Finreactor).

¹⁵³ KM 1953:5, s. 85. Vastaavat ehdotukset loukkausvoiton palauttamisesta sisältyivät myös samaan aikaan valmisteilla olleisiin tanskalaisiin ja norjalaisiin lakiesityksiin. *Castrén* 1979, s. 33.

vahingonkorvausvastuuta tavalla, joka sopimusvastuun puolella rinnastuu positiiviseen sopimusetuun. Karhu (ent. Pöyhönen) on esittänyt, että edunpalautusvelvollisuus olisi olemassa oikeusjärjestyksessämme yleisenä epäoikeudenmukaisen hyötymisen kieltoon palautuvana oikeusperiaatteenä.¹⁵⁴ Mikäli näin on, komitean ehdotus edunpalautuksen sitomisesta teon moitittavuuteen olisi oikeudellista systematiikka heikentävä.

Lopulliseen lakiin ei säännöstä loukkausvoiton palauttamisesta tullut. Syyksi on arveltu niitä vaikeuksia, joita loukkausvoiton arvioimisessa ja palautuksen oikean saajan määrittämisessä olisi todennäköisesti ilmennyt.¹⁵⁵ Oikeuskirjallisuudessa on esitetty eriäviä näkemyksiä edunpalautuksen sovellettavuudesta tekijänoikeuden loukkauksiin. Kivimäki liittää tekijänoikeuslain 57 §:n mukaiset varallisuudensiirrot loukkaajan saamaan perusteettomaan etuun.¹⁵⁶ Castrén kiistää erillisen, yleiseen oikeusperiaatteen palautuvan edunpalautusvelvoitteen olemassaolon immateriaalioikeudessa.¹⁵⁷ Sorvari puolestaan ei näe periaatteellista eslettä sille, että edunpalautusoppia sovellettaisiin immateriaalioikeuden alalla.¹⁵⁸ Näkemystä tukee enforcement-direktiivin 13 artiklan 1 kohdan a alakohta, jonka mukaan vahingonkorvausta määritettäessä on otettava huomioon kaikki asianmukaiset näkökohdat. Eräänä tällaisena mainitaan nimenomaisesti loukkaajaan saama perusteeton etu.

Loukkausvoiton palautus yleisten edunpalautusoppien nojalla edellyttää, että loukkaajan saama hyöty ylittää oikeudenhaltijan kärsimän vahingon. Tyypillisessä digitaaliympäristössä tapahtuvassa tekijänoikeudenloukkauksessa teot ja vahinkoseuraamukset ketjuuntuvat edellä luvussa 5.2 kuvatulla tavalla. Vertaisverkkoihin liittyvässä tyypitilanteessa loukkaaja syyllistyy kahteen tekijänoikeudellisesti merkitykselliseen tekoon: luvattomaan kappaleen valmistamiseen (lataaminen) sekä luvattomaan yleisön saataviin saattamiseen (jakaminen). Tekijänoikeuslain systematiikkaa noudatettaessa näitä kahta tilannetta on tarkasteltava toisistaan erillään.

Lataamisessa on kysymys kappaleen valmistamisesta. Mikäli se tapahtuu ilman oikeudenhaltijan lupaa, voidaan teon johdosta määrättävänä normaalihyvityksenä pitää joko oikeudenomistajajärjestöjen asettamia tariffeja tai sitä hintaa, jonka maksamalla loukkaaja olisi voinut ostaa tekijänoikeudella suojatun tuotteen toimintaansa varten.¹⁵⁹ On hyvin vaikea kuvitella tilannetta,

¹⁵⁴ Karhu 2007, s. 176. Vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa ks. esim. Hellner, Jan: Om obehörig vinst särskilt utanför kontraktsföhallanden. Uppsala 1950.

¹⁵⁵ Oesch 1989, s. 72. Castrén 1979, s. 36 ja 104.

¹⁵⁶ Kivimäki 1966, s. 180–181.

¹⁵⁷ Castrén 1979, s. 110.

¹⁵⁸ Sorvari 2007, s. 317–318.

¹⁵⁹ HE 32/984 vp, s. 16. KKO 1987:87, KKO 1998:91, KKO 2001:42, KKO 2010:47.

jossa loukkaaja voisi pelkällä kappaleen valmistamisella hankkia itselleen teoksen käyttöarvon ylittävää hyötyä. Teoksen taloudellinen hyödyntäminen sen käyttöarvon ylittävällä tavalla edellyttää teoksen saattamista yleisön saataviin, esimerkiksi sen julkista esittämistä ravintolatoiminnan yhteydessä edellä kuvatulla tavalla. Näin ollen pelkästä teoksen luvattomasta lataamisesta ei voi syntyä palautettavaa loukkausvoittoa.

Tyypitilanteen toisessa vaiheessa, luvattomassa internetvälittämisessä eli jakamisessa henkilö asettaa omalla tietokoneellaan olevat teoskappaleet verkon muiden jäsenten saataviin. Tässäkään tilanteessa jakaja ei saa yleensä itselleen loukkausteosta muuta vastiketta kuin kenties mahdollisuuden osallistua luvattomaan lataamiseen. Päinvastoin kuin luvattomalle kappaleen valmistamiselle, jakamiselle ei ole määriteltävissä itsenäistä tariffiin tai vähittäismyyntihintaan perustuvaa arvoa. Ennen kaikkea jakamisesta jakajalle itselleen koitunut hyöty on todennäköisesti huomattavasti vähäisempi kuin teosta oikeudenhaltijalle aiheutunut vahinko. Sen seurauksena myöskään tässä tapauksessa ei ole perustetta sellaiselle varallisuudensiirrolle, jota tekijänoikeuslain 57 §:n mukainen hyvitys- tai vahingonkorvausvastuu ei kata.

Vahinkohyödyn eduntasoiitus (*compensatio lucri cum damno*) on välttämätön seuraus vahingonkorvausoikeuden johtavista täyden korvauksen ja rikastumiskiellon periaatteista. Loukkausvoiton palautus voidaan puolestaan palauttaa yleiseen edunpalautusoppiin. Molemmat ovat oikeusinstituutioita, joita ei liene koskaan sovellettu käytäntöön määrättäessä korvausta tekijänoikeuden loukkauksen johdosta. Niitä koskevat pohdinnat jäävät täten väistämättä sangen teoreettisiksi.

Toistaiseksi tietomme mekanismeista, joilla piratismi vaikuttaa musiikin oikeudenhaltijoiden taloudelliseen asemaan, ovat hatarat. Myös piratismiin aiheuttaman vahingon määrästä kiistellään. On näin ollen mahdollista, että musiikin vaihdannan siirtyessä yhä enemmän digitaaliympäristöön, vahinkohyödyn eduntasoiitus saattaa nousta aiempaa keskeisemmäksi oikeuspoliittisen tarkastelun kohteeksi. Samalla on kuitenkin muistettava, että eduntasoiitus tulee sovellettavaksi ennen kaikkea 57 §:n 2 momentin mukaiseen vahingonkorvaukseen, jonka käyttöala on ainakin viimeaikaisen oikeuskäytännön valossa marginalisoitunut (ks. luku 7.1).

10 KORVAUKSEN SOVITTELU

Oikeuskirjallisuudessa on korostettu tekijänoikeuslain 57 §:n 4 momentin viittaussäännöksen merkitystä erityisesti siltä kannalta, että se avaa mahdollisuuden vahingonkorvauksen sovitteluun vahingonkorvauslain 2 luvun 1 §:n 2 momentin yleisen sovittelusäännöksen nojalla. Käytännössä tekijänoikeuden loukkausten yhteydessä vahingonkorvausta ei Suomessa liene koskaan vaadittu sovittelavaksi saati sitten sovittelu.¹⁶⁰ Osasyynä tähän lienee se, että tekijänoikeuden loukkauksen johdosta määrättävät korvaukset ovat historiallisesti olleet sangen kohtuullisia. Tämä mm. Castrénin esittämä näkemys on toistettu vuoden 1983 tekijänoikeuskomitean mietinnössä sekä vuoden 1984 hallituksen esityksessä. Samaan asiaan on kiinnittänyt huomiota Ruotsissa Jilmstad.¹⁶¹

Vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa, ajalta ennen tekijänoikeuslain 57 §:n 4 momentin viittaussäännöstä, sovitteluinstituution asemaan imateriaalioikeudessa on suhtauduttu varauksellisesti. Castrén ei pidä vahingonkorvauslain yleisen sovittelunormin käyttöä tähän tarkoitukseen soveliaana. Korvausten ollessa vähäisiä ja tariffiperusteisesti määräytyviä ei sovittelumahdollisuuden puuttumisesta ole hänen mukaansa sanottavaa haittaa.¹⁶² Myös Routamo ja Hoppu ovat katsoneet vahingonkorvauslain 2 luvun sovittelumääräysten soveltamisen tekijänoikeuteen johtavan oikeuden sisäiseen ristiriitaan.¹⁶³

Nykytilanteessa sovitteluinstituution asemaa lienee syytä pohtia uudelleen. Erityisesti vertaisverkkojen ylläpitoon liittyneissä tapauksissa tuomitut korvaukset ovat saattaneet ylittää tasolle, jota voidaan pitää maksuvelvollisen varallisuusoloihin nähden kohtuuttoman raskaana. Korvaussumma on kuitenkin tällöin koostunut ensisijaisesti tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentin nojalla määrätystä hyvityksestä, johon korkeimman oikeuden ratkaisun KKO 1998:155 (Yhteisantenni) mukaisesti ei sovelleta vahingonkorvauslakia. Tällöin sovittelu vahingonkorvauslain säännösten perusteella ei ole mahdollista. Oikeustila on pysynyt tältä osin muuttumattomana. Tapauksessa KKO 2010:47 (Finreactor) korkein oikeus toisti aiemmin ottamansa kannan, jonka mukaan hyvitykseen ei sovelleta vahingonkorvauslakia eikä maksettaviksi tuomittavia kohtuullisia hyvityksiä ole mahdollista alentaa niitä erikseen sovittelemalla.

¹⁶⁰ Sorvari 2007, s. 325. Haarman 2005, s. 265–266.

¹⁶¹ Castrén 1979, s. 35, 189 ja 217. HE 32/1984 vp, s. 8. OpM 1983:28, s. 14 ja 16–17. Jilmstad 1997, s. 50. SOU 1956:25, s. 430.

¹⁶² Castrén 1979, s. 35–36.

¹⁶³ Ibid., s. 36, alaviite 13. Viittaus teokseen Routamo, Eero – Hoppu, Esko: Suomen vahingonkorvausoikeus. Vammala 1975, s. 308.

Kuitenkin myös hyvityksen yhteydessä voidaan antaa merkitystä osapuolten varallisuusasemalle ja tapauksen erityispiirteille. Näin siksi, että hyvitykseen ei sovelleta täyden korvauksen periaatetta ja hyvityksen tulee olla kohtuullinen. Sen seurauksena tekijänoikeuden loukkauksen johdosta tuomittavaan korvaukseen saatetaan joutua soveltamaan samanaikaisesti kahta rinnakkaista kohtuuspäämääriä toteuttavaa mekanismia. Tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentin mukaista hyvitystä määrättäessä suoritetaan yleinen kohtuuarviointi. Sen sijaan korvauksen siihen osaan, joka määrätään 2 ja 3 momentin nojalla, tulee sovellettavaksi vahingonkorvauslain yleinen sovittelusäännös. Jälkimmäisessä tapauksessa korvaus saatetaan joutua määrittämään arvionvaraisesti oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 6 §:n mukaan. Tämä tuo korvausharkintaan vielä yhden tilanneherkkyyttä lisäävän elementin, sillä lainkohdan mukaan vahinko on arvioitava kohtuuden mukaan.

Viimeaikaisen oikeuskäytännön valossa vaikuttaa siltä, että digitaaliympäristössä tapahtuvissa oikeudenloukkauksissa tekijänoikeuslain 57 §:n 4 momentin nojalla sovellettavaksi tulevan vahingonkorvauslain yleisen sovittelusäännöksen merkitys on pitkälti teoreettinen. Pykälän 2 momenttiin perustuvat vahingonkorvausvaatimukset ovat liittyneet lähinnä valvonta- ja selvityskuluihin niiden ollessa määrältään suhteellisesti ottaen vaatimattomia. Moraalisten oikeuksien loukkauksien johdosta korvauksia ei ole edes vaadittu, sillä asianomistajina eivät ole olleet tekijät, vaan luovutuksensaajia tai tekijöitä edustavat yhteisöt. Esimerkiksi edellä viitatuissa tapauksissa KKO 2010:47 (Finreactor), THO R 11/720 (Sarah's Secret Chamber) ja RoHO R 10/1126 (Finnish Fast Speed) sovittelua vahingonkorvauslain perusteella ei vaadittu saati sitten toteutettu.

Edellä esitetyn seurauksena maksuvelvoitteen ja maksuvelvollisen varallisuusaseman yhteensovittamisen sosiaalinen intressi kohdistuu lähes kokonaisuudessaan korvauksen siihen osaan, joka määräytyy tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentin mukaisena hyvityksenä. Tämä intressi on korostunut entisestään digitaaliympäristössä tapahtuvan luvattoman välittämisen yleistyttyä alalla tapahtuneen teknisen murroksen seurauksena. Aiempaa useammin korvausvelvollinen on yrityksen sijaan yksityishenkilö. Lisäksi internetissä tapahtuvista oikeudenloukkauksista oikeudenhaltijalle aiheutuva laskennallinen haitta on usein suuri, jolloin hyvitysvaatimukset saattavat vastaavasti ylittää loukkaajan maksukyvyn räikeällä tavalla.

Täyden korvauksen periaatteesta ja rikastumiskiellosta johtuen vahingonkorvauslain mukainen sovittelu toteutetaan aina korvausvelvollisen eduksi. Hyvityksen yhteydessä kohtuusharkinta on joustavampaa, sillä edellä mainittuja periaatteita ei sovelleta. Tapauksessa KKO 2010:47 (Finreactor) korkein oikeus totesi, että hyvityksen kohtuullisuutta on arvioitava myös oi-

keudenloukkauksen kohteeksi joutuneen asianomistajatahon näkökulmasta. Sorvarin mukaan hyvityksen kohtuullisuutta määriteltäessä lähtökohtana on pidettävä nimenomaan oikeudenhaltijan kantaa.¹⁶⁴ Näkemys ankuroituu vahvasti klassisen tekijänoikeudenloukkauksen tyyppitilanteeseen, jossa heikko taiteilija tarvitsee suojaa vahvaa yritystä vastaan. Digitalisoitumisen ja tekijänoikeuden taloudellisen merkityksen kasvun myötä asetelma on muuttunut.¹⁶⁵ Viimeisin korkeimman oikeuden ratkaisu, jossa hyvitys tuomittiin edes normaalikorvauksen mukaisesti, lienee vuodelta 1998.¹⁶⁶ Hyvityksen kohtuullistaminen oikeudenhaltijan eduksi on tämän päivän tyyppitilanteessa hyvin epätodennäköistä.

Digitaalisten oikeudenloukkausten yhteydessä tuomioistuin on painottanut hyvityksen kohtuullisuutta ja tapauksen erityispiirteitä tavalla, joka ottaa huomioon loukkaajan henkilölliset ominaisuudet. Tapauksessa HHO R 06/3285 (DirectConnect) hyvityksen määrää alentavana seikkana otettiin huomioon mm. syytetyn ikä. Tapauksessa KKO 2010:47 (Finreactor) vastaajat olivat keskimäärin pienituloisia tai hyvin pienituloisia, mikä käy ilmi rangaistuksena tuomittujen päiväsakkojen määrästä.¹⁶⁷ Tuomioistuin toteaa nimenomaisesti, että hyvitysvaatimuksen hyväksyminen sellaisenaan johtaisi vastaajien maksukykyyn nähden kohtuuttomaan lopputulokseen. Loukkaajan varallisuusasema otettiin huomioon myös tapauksessa HHO R 07/647. Kuvatonlainen hyvitysarvioinnin sosiaalistuminen on osaltaan vaikuttanut siihen, että vastaajien maksettavaksi tuomitut hyvitykset alittavat asianosaisten esittämät korvausvaatimukset merkittävästi (ks. taulukko 2).¹⁶⁸

Taulukko 2. Reparation toteutuminen oikeuskäytännössä.

TAPAAUS	VAATIMUS €	TUOMIO €	%
HHO R 06/3285 (DirectConnect)	23 800	2 772	12 %
KKO 2010:47 (Finreactor)	3 663 773	421 839	12 %
RoHO R 10/1126 (FFS)	1 825 542	374 815	21 %
THO R 11/720 (S'sSC)	2 146 567	833 885	39 %

¹⁶⁴ Sorvari 2007, s. 294.

¹⁶⁵ Tapaukseen THO R 11/720 (Sarah's Secret Chamber) liittyvässä lausunnossaan Lavapuro toteaa: ”Vaikka tekijänoikeuden loukkausta saattaa olla syytä pitää vakavana, merkitystä tulisi antaa sillekin, että asianomistajina on käytännössä koko kansainvälinen viihdeteollisuus.” Lavapuro 2011, s. 12.

¹⁶⁶ KKO 1998:91 (Tietokoneohjelmat).

¹⁶⁷ Tuomittujen päiväsakkojen mediaani oli 11,50 euroa. Hatanmaa 2011, s. 40.

¹⁶⁸ Taulukon ”vaatimus €” -kohdassa on laskettu yhteen kaikki asianomistajien esittämät tekijänoikeuslain 57.1 §:n mukaiset hyvitysvaatimukset. Vastaavasti ”tuomio €” -kohdasta käy ilmi kaikkien maksettavaksi määrättyjen hyvitysten yhteissumma.

Edellä esitetystä voidaan tehdä se johtopäätös, että tekijänoikeudenloukkauksen johdosta määrättävän hyvityksen kohtuusarvioinnissa toteutetaan nykyään tosiasiallisesti samoja sosiaalisia päämääriä kuin vahingonkorvauslain 2 lukuun sisältyvillä sovittelua ja korvausvastuullisen henkilöllisiä ominaispiirteitä koskevilla säännöksillä.¹⁶⁹ Hyvityksen yhteydessä kohtuus-harkinta on kuitenkin mahdollista ilman erityisiä syitä, vaikka teko olisi ollut tuottamuksellisen tai tahallinen. On kysyttävä, mitä oikeuspoliittista tavoitetta palvelee tekijänoikeuslain kaksijakoinen korvausjärjestelmä (hyvitys ja vahingonkorvaus), ja miksi sen eri puoliin sovelletaan toisistaan poikkeavia kohtuullistamisjärjestelmiä (yleinen kohtuusharkinta ja vahingonkorvauslain sovittelusäännös). Edellyttääkö tätä jokin tekijänoikeuden erityispiirre vai onko kysymyksessä pelkkä sattumalta muotoutunut historiallinen kuriositeetti?¹⁷⁰

Ennen vahingonkorvauslain säätämistä oli koko sovitteluinstitution asema epäselvä. Tosin myös aiemmin on oikeusjärjestyksessämme ollut joustavia elementtejä, joilla voitiin välttää kohtuuttomia lopputuloksia.¹⁷¹ Esimerkiksi oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 6 §:n arviointisäännöksen soveltamisessa oli mahdollista ottaa jonkin verran huomioon kohtuus-päämääriä. Taustalla vaikuttaa se tosiasia, että sovitteluinstitution on vaikeasti sovittavissa perinteiseen yksityisautonomiaa korostavaan varallisuus oikeudelliseen järjestelmäämme. Sekä delikti- että sopimusvastuun alalla sovittelu merkitsee poikkeamista johtavista oikeusperiaatteista: deliktivastuussa sovittelu johtaa täyden korvauksen periaatteesta luopumiseen; sopimusvastuun puolella väistyy sopimuksen sitovuus. Erityiset sovittelunormit ovatkin oikeusjärjestyksessämme suhteellisen nuoria, ja ne liittyvät yleiseen hyvinvointivaltiollistumiskehitykseen ja perusoikeus-ajattelun vahvistumiseen.

Yksi keino saattaa sovittelu osaksi varallisuus oikeudellista normistoa on sen perusoikeusmyönteinen systematisointi. Erityisesti horisontaalisen perusoikeusvaikutuksen toteutuminen edellyttää Karhun mukaan sellaisen muutonormiston olemassaoloa, jolla perusoikeudet kykenevät läpäisyperiaatteella vaikuttamaan varallisuus oikeudellisessa järjestelmässä. Tällaisina muutonormeina Karhu nostaa esille hyvän tavan vastaisuuden kiellon, oikeuden väärinkäytön kiellon sekä kohtuuttomien olosuhteiden voimaansaattamisen kiellon. Viimeksi mainittua toteutetaan sovittelulla,

¹⁶⁹ Hemmon mukaan vastaajan varallisuusaseman huomioon ottaminen on vahingonkorvausoikeuteen kuuluvan sovitteluharkinnan keskeinen peruste. *Hemmo* 1996, s. 51.

¹⁷⁰ Myös muissa immateriaalioikeuslaeissa on vastaavia, joskin toisistaan poikkeavia, yleistä varallisuus oikeudellista systematiikkaa heikentäviä korvausjärjestelmiä. Ks. esim. patenttilaki 58 §, tavaramerkkilaki 38 § ja mallioikeuslaki 36 §.

¹⁷¹ *Hemmo* 1996, s. 240.

jossa julkinen valta turvaa perusoikeuksien toteutumista varmistamalla, ettei ketään kohtaan saateta voimaan varallisuus oikeudellisesti kohtuuttomia velvollisuuksia.¹⁷² Suhteettoman suuren vahingonkorvauksen tuomitsemisen on katsottu myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä ihmisoikeussopimuksen vastaiseksi.¹⁷³

Koska sovittelussa on kysymys suojasta perusoikeushaittoja vastaan, voidaan väittää, että mahdollisuus sovitteluun sisältyy nykyaikaiseen varallisuus oikeudelliseen järjestelmään ilman erityistä säännöstäkin.¹⁷⁴ Samoin aiemmin esille tuotu vahingonkorvausoikeudellinen rinnakkaisperiaate tukee ajatusta siitä, että sovitteluinstituution tulisi vaikuttaa myös tekijänoikeudessa laajemmin kuin pelkästään tekijänoikeuslain 57 §:n 4 momentin viittaussäännöksen perusteella. Tämänhetkinen oikeuskäytäntö, jossa hyvitys rajataan sovittelun ulkopuolelle, ei kuitenkaan tue edellä esitettyä. Tämän voidaan katsoa ilmentävän tekijänoikeudelle ominaista eristäytymistäipumusta. Koherenssi on korostetun lokaalista ja sovellettu lainsäädäntötekniikka aikamme yleiseen käytäntöön verrattuna kasuistista. Taustalla vaikuttanee tekijänoikeuden historiallisesti vahva liittymä moraalisiin arvoihin ja taiteilijan tekijäpersoonan suojaan – taiteilijahan on lähtökohtaisesti *sui generis*!

11 ANALYYSIÄ, JOHTOPÄÄTÖKSIÄ, KEHITYSTRENDEJÄ

11.1 Tekijänoikeuden muuttuva toimintaympäristö

Tekijänoikeuslakimme korvausjärjestelmän perusta on säilynyt muuttumattomana puoli vuosisataa. Tuona aikana musiikin sosiaalinen funktio, käyttötottumukset ja jakelukanavat ovat muuttuneet radikaalilla tavalla. Kannettavat kasettisoittimet mahdollistivat 1970–1980-lukujen taitteessa musiikin mukaan ottamisen kotisohvalta töihin ja vapaa-aikaan. Kaksikymmentä vuotta myöhemmin tapahtunut mp3-soittimien tulo markkinoille ja siirtyminen musiikkitiedostojen digitaaliseen käsittelyyn vauhdittivat kehitystä edelleen. Aiemmin harvoja kalliita ääniraitoja kuunneltiin laadukkaalla äänentoistolla keskittyneesti. Tänään tuhansien halpojen pakattujen

¹⁷² Pöyhönen 2003, s. 86–87 ja 101.

¹⁷³ EIT, Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom. Ks. myös *Lavapuro* 2011 s. 10, viittaus tuomioon *Steel and Morris v. UK*.

¹⁷⁴ Pöyhönen 2003, s. 87.

musiikkitiedostojen taskussa kulkeva varanto muodostaa monelle arjen yleisen äänimaiseman.

Viimeisen kymmenen vuoden aikana musiikin jakelu on siirtynyt suurelta osin internetiin. Monissa teollisuusmaissa digitaalisesti välitetyn musiikin tuotto on jo ylittänyt CD-levyjen ym. fyysisten äänitteiden myynnistä saadun tuoton.¹⁷⁵ Kuluttajalle äänitteiden hankkiminen on muuttunut helpoksi ja halvaksi musiikin verkkokauppojen ansioista. Niiden vahvaksi kilpailijaksi ovat viime aikoina nousseet Spotifyn kaltaiset suoratoistopalvelut. Sama on havaittavissa myös internetradion osalta. Esimerkiksi Yhdysvalloissa internetradio Pandora on jo 8 % markkinaosuus kaikesta radiokuuntelusta.¹⁷⁶ Suoratoistopalvelujen yleistymiseen liittyy myös se, että matkapuhelimet ovat ohittaneet erillisten mp3-soittimien suosion äänentoistolaitteina.¹⁷⁷

Jakelukanavien ohella myös tekijänoikeuden kohteessa voidaan havaita kulttuurinen siirtymä: erityisesti musiikin ja muiden esittävien taiteiden alalla tekijän painoarvo on vähentynyt. Se, mihin vahvin taloudellinen intressi kohdistuu, ei olekaan tekijä ja teos, vaan esittäjä ja esityksen tallenne. Stefani Joanne Angelina Germanotta sävellyksen rahallinen arvo kertaantuu eksponentiaalisesti, kun sen esittää Lady Gaga. Kehityksen seurauksena tarkastelun keskiöön nousevat esittäjän ja äänitallennetuottajan kaltaiset ”tekijänoikeutta lähellä olevat oikeudet”.¹⁷⁸ Päinvastoin kuin varsinainen tekijänoikeus, osa lähioikeuksista voi syntyä suoraan oikeushenkilölle ilman luovutusta, mikä osaltaan muistuttaa tekijänoikeussäätelyn kasvaneesta varallisuus oikeudellisesta luonteesta.

Vuonna 2008 arvioitiin luovien alojen tekijänoikeuksien rahavirtojen määräksi Suomessa yli kaksi miljardia euroa.¹⁷⁹ Yhdysvalloissa tekijänoikeusteollisuuden laajasti tulkittuna on laskettu edustavan yli kymmentä prosenttia bruttokansantuotteesta. Tämä on enemmän kuin koko vakuutus- ja finanssiala yhteensä.¹⁸⁰ Kun varhaisemmassa oikeuskirjallisuudessa korostetaan tekijänoikeuden erillisyyttä taloudellisia päämääriä toteuttavista teollisoikeuksista, tämän päivän tekijänoikeus on ennen kaikkea varallisuus oikeudellinen instituutio, jonka tehtävänä on luoda ja ylläpitää edellytyksiä vaihdannalle.¹⁸¹

¹⁷⁵ DMR 2013, s. 5

¹⁷⁶ Ibid., s. 9.

¹⁷⁷ Ibid., s. 23.

¹⁷⁸ Vuoden 1961 lain alkuperäinen sanamuoto. Direktiivillä 2011/77/EU esittäjien ja äänitallennetuottajien suoja-aika pidennettiin 70 vuoteen.

¹⁷⁹ *Koskinen-Olsson* 2010, s. 9.

¹⁸⁰ IIPA 2011, s. 4.

¹⁸¹ PeVL 7/2005 vp. Valiokunnan käsityksen mukaan tekijänoikeus ja erityisesti siihen sisältyvät taloudelliset oikeudet luetaan perustuslain 15 §:ssä turvattua omaisuusuojojaa

Karhun mukaan nykyajan neljä keskeistä varallisuus oikeudellista muutostendenssiä ovat sosiaalistuminen, markkinaistuminen, ekologistuminen ja informatisoituminen.¹⁸² Ekologistumista kenties lukuun ottamatta kolme muuta edellä lueteltua tendenssiä vaikuttavat vahvasti myös tekijänoikeuden alalla. Informatisoitumisen liittymä käsiteltävään asiaan lienee ilmeinen – onhan informaatioteknologian murros synnyttänyt koko verkottuneen yhteiskunnan. Taloudellisen toimeliaisuuden vähittäinen siirtyminen internetiin on vaikuttanut vahvasti liiketoiminnan lähtökohtiin mm. korostamalla immateriaalisten hyödykkeiden merkitystä kaupan kohteina.

Käsitteellä sosiaalistuminen kuvataan kehitystä, jossa yhteiskunnan jokaiselle jäsenelle pyritään turvaamaan tietyt hyvinvoinnin perusedellytykset. Digitaalisympäristössä tämä ilmenee mm. tavassa, jolla pääsy internetiin on saanut perusoikeudellisia piirteitä.¹⁸³ Sosiaalistumiseen liittyy myös velvoiteoikeudellinen trendi, jossa varallisuus oikeudellisten suhteiden osapuolten yksilöllisten ominaispiirteiden huomioonottamisella pyritään välttämään kestäättömän raskaita seuraamuksia.¹⁸⁴ Esimerkiksi korvausoikeudessa on tapahtunut selkeä siirtymä kohti instrumentalistista sääntelyä, jossa korvauksella toteutetaan vastuunjakoon liittyviä, tuotannuksesta tai toiminnan moitteettomuudesta riippumattomia päämääriä.¹⁸⁵ Reparatiivisuuden ja preventiivisyyden merkitys korvauksen funktiona on vähentynyt samalla, kun korvauksen merkitys tarkoituksenmukaisen riskin ja on edistäjänä on kasvanut. Modernin korvausoikeuden selitysperspektiivi on kasvavassa määrin jakava (distributiivinen) verrattuna perinteiseen oikaisevaan eli korrektiiviseen oikeusnäkemykseen.¹⁸⁶

Markkinaistumisella tarkoitetaan markkinatalousjärjestelmän institutionaalisten puitteiden vahvistumista. Tämä ilmenee myös markkinoita koskevan oikeusnormiston aseman vahvistumisena oikeusjärjestyksessä.¹⁸⁷ Erittäin keskeisiksi nousevat kilpailun tehokkuutta sekä markkinoiden vakautta ja yleistä toimivuutta toteuttavat tavoitteet. Karhu on jopa katsonut, että toimivilla markkinoilla on luonnollinen paikkansa perusoikeus-

nauttiviin varallisuusarvoisiin immateriaalioikeuksiin. Ks. myös PeVL 28/2004 vp. EU:n perusoikeuskirja turvaa tekijänoikeudet osana 17 artiklan omistusoikeutta koskevaa sääntelyä. *Lavapuro* 2011, s. 3–4.

¹⁸² *Pöyhönen* 2003, s. XI ja 20.

¹⁸³ Ks. esim. *Koulu* 2012.

¹⁸⁴ *Hemmo* 1996, s. 5.

¹⁸⁵ *Ibid.*, s. 47.

¹⁸⁶ *Ibid.*, s. 330–332.

¹⁸⁷ *Pöyhönen* 2003, s. 20.

järjestelmän osana.¹⁸⁸ Tällaista laajentavaa perusoikeusnäkemystä ei ole oikeuskirjallisuudessa varauksetta hyväksytty.¹⁸⁹

On kuitenkin selvää, että toimiviin markkinoihin liittyvät kollektiiviset hyvät ovat yhteiskunnallisesti hyvin painavia. Voidaan väittää, että tekijänoikeuden keskeisin funktio on luoda edellytykset immateriaalisten teosten markkinoiden olemassaololle. Yhteys kilpailuoikeuteen on ilmeinen. Niin tekijän- kuin kilpailuoikeudellisen loukkauksen yhteydessä vahingonkäräjänä ei ole ainoastaan oikeudenhaltija tai kilpaileva yritys vaan markkinoiden toimivuus yleisesti.¹⁹⁰ Uudessa kilpailulaissa vahingonkorvaukseen oikeutettujen piiriä laajennettiin siten, että jokaisella kilpailunrajoituksesta vahinkoa kärsineellä olisi oikeus korvaukseen (kilpailulaki 20 §). Aiemmin korvaukseen oikeutettuja olivat ainoastaan elinkeinonharjoittajat. Esi-töissä ratkaisua perustellaan sillä, että vaikutukset kielletystä toiminnasta kohdistuvat myös julkisyhteisöön ja kuluttajiin.¹⁹¹ Näkemys saattaisi olla sovellettavissa myös tekijänoikeuteen ainakin teoreettisella tasolla.

11.2 Korvauksen muuttuva funktio digitaaliympäristössä

Vuoden 1927 tekijänoikeuslaki ei tuntenut loukkauksen johdosta määrättävää hyvitystä. Vielä vuoden 1953 komiteamietinnössä muuhun kuin rikoksella aiheutettuun vahinkoon ajateltiin sovellettavan yleisiä vahingonkorvausvastuunormeja.¹⁹² Hyvitys tuli lainvalmistelussa mukaan vasta ns. tarkistettujen ehdotusten yhteydessä.¹⁹³ Oesch on arvellut, että taustalla vaikutti tarve yhdenmukaistaa tekijänoikeuslain korvaussäännökset patenttioikeuden säännöksiä vastaaviksi.¹⁹⁴ Nykyiseen tekijänoikeuslakiimme hyvitys on sisällytetty alusta alkaen, ja 57 §:n 1 momentin hyvityssäännös on säilynyt ytimeltään muuttumattomana.

¹⁸⁸ Ibid., s. 82–83.

¹⁸⁹ *Länsineva* 2013, s. 51–53.

¹⁹⁰ Käsitteen markkinahäiriövahinko kaksoismerkityksestä ks. alaviite 24.

¹⁹¹ HE 88/2010 vp, s. 26. Tuotanto- ja jakeluketjussa eteenpäin siirtyvän vahingon problematiikasta ks. *Havu* 2013, s. 71–72. Ympäristöoikeudessa on kiinnitetty huomiota siihen, että kun haitta kohdistuu hyvin laajaan ihmisjoukkoon, on vahinkoa hankala jäsentää perinteiseen henkilö-esine-varallisuus-ryhmittelyyn. On esitetty, että päästöistä aiheutuvia ympäristöhaittoja tulisi tarkastella omana vahinkolajinaan. *Kuusiniemi* 2008, s. 240. Karhu nostanut esille ajatuksen, että näin voitaisiin mahdollisesti käsitellä myös kilpailuvahinkoja. Kommenttipuheenvuoro, *Karhu* 10.2.2014. Vahinkolajiajattelun ja kilpailuoikeudellisen vahingonkorvauksen yhteensovittavuudesta ks. *Havu* 2013, s. 62, alaviite 158.

¹⁹² KM 1953:5, s. 85.

¹⁹³ KM 1957:5, s. 11.

¹⁹⁴ *Oesch* 1989, s. 69.

Kuten todettu, yleinen korvausoikeudellinen periaate on, että puhtaiden varallisuusvahinkojen varalta ei anneta yhtä kattavaa suojaa kuin henkilö- ja esinevahinkojen varalta. Edes tuottamuksellinen varallisuusvahinkoon johtanut teko ei perusta korvausvastuuta, ellei siihen ole erittäin painavia syitä (VahL 5:1). Tekijänoikeuslain korvausjärjestelmässä hyvitysvastuu syntyy ilman moitearviointia, samalla kun vastuun toteutumisen käyttöala on rajattu tilanteisiin, joissa oikeudenhaltijan intressi on pelkästään taloudellinen.¹⁹⁵ Lain valmisteluaineistosta ei käy ilmi, miksi juuri tekijänoikeuslain korvausjärjestelmässä on haluttu näin merkittävällä tavalla poiketa korvausoikeuden yleisistä periaatteista. Ruotsin lakiehdotuksessa valintaa perustellaan eräänlaisena luonnonoikeudellisena periaatteena.¹⁹⁶ Myös Sorvari on viitannut – oletettavasti ruotsalaiseen lähteeseen tukeutuen – ”luonnolliseen peruseriaatteeseen”.¹⁹⁷

Toistaiseksi perusteellisimmin hyvityksen tarkoitusta on selitetty vuoden 1984 hallituksen esityksessä. Tuolloin toistettiin usein esitetty väite tuomittujen tekijänoikeuskorvausten vähäisyydestä ja asetettiin tavoitteeksi hyvityksen reparatiivisen merkityksen kasvattaminen: tuomittavien korvausten haluttiin vastaavan entistä paremmin todellisia vahinkoja.¹⁹⁸ Oeschin mukaan 1980-luvun jälkipuolen oikeuskäytännössä on viitteitä siitä, että tuomioistuimet ovat pyrkineet aikaisempaa voimakkaammin täyteen korvaukseen.¹⁹⁹

Tekijänoikeuslain korvausjärjestelmän elementtien oikeusdogmaattisesta sijoittelusta on esitetty eriäviä näkemyksiä.²⁰⁰ Kivimäki ja Castrén ovat korostaneet hyvityksen vahingonkorvauksellista luonnetta.²⁰¹ Mansalan mukaan hyvitys on käyttömaksu siitä, että teosta on käytetty.²⁰² Aurejärvi ja Hemmo pitävät tekijänoikeuslain 57 §:ää edunpalautusnormina.²⁰³ Karhun mukaan immateriaalioikeudellisen käytön korvauksessa on kysymys eräästä edunpalautuksen tyyppitilanteesta.²⁰⁴ Myös Vaasan hovioikeus on ratkaisussaan VHO R 08/1033 lausunut hyvityksen olevan lähtökohtaisesti

¹⁹⁵ Hyvitysvastuu ei tule sovellettavaksi moraalisten oikeuksien loukkausten yhteydessä.

¹⁹⁶ ”Det synes emellertid vara en naturlig grundprincip på hela detta område att den, som – oavsett om det sker i ond eller god tro – obehörigen utnyttjar ett verk, skall utgiva vederlag därför.” SOU 1956:25, s. 433.

¹⁹⁷ Sorvari 2007, s. 285.

¹⁹⁸ HE 32/1984 vp, s. 1, 8 ja 16.

¹⁹⁹ Oesch 1989, s. 81.

²⁰⁰ Aiheesta kootusti ks. Hatanmaa 2011, s. 20–26.

²⁰¹ Kivimäki 1966, s. 180. Castrén 1979, s. 121.

²⁰² Mansala 2010, s. 405.

²⁰³ Aurejärvi – Hemmo 2007, s. 154.

²⁰⁴ Karhu 2007, s. 189–190.

edunpalautus. Edunpalautuksen yleisenä edellytyksenä kuitenkin on, että loukkaaja on saanut tekonsa johdosta perusteetonta etua toisen kustannuksella.²⁰⁵ Erityisesti vertaisverkoissa tapahtuvien loukkausten yhteydessä näin ei aina ole, ja on helppo kuvitella tilanteita, joissa edunpalautuksen edellytykset eivät täyty. Ratkaisussa KKO 2010:47 (Finreactor) tuomioistuinin totesi, etteivät vastaajat olleet toimineet ansiotarkoituksessa eivätkä saaneet taloudellista hyötyä verkon ylläpidosta tai toisten suorittamista tiedostojen lataamisista.

Myös tuomioistuinkäytännössä näyttää vallitsevan epävarmuutta hyvityksen luonteesta. Ratkaisussa 1989:87 (Valintatalo) korkein oikeus katsoi, ettei hyvitykseen sisälly vahingonkorvauksellista ainesta. Lausunto on sittemmin toistettu sellaisenaan myöhemmissä tuomioissa. Tästä huolimatta korkein oikeus on perustellut hyvityksen määrää loukkauksen vahingollisuudella esimerkiksi ratkaisuisissa 1989:151 (Videokopiot) ja 2010:47 (Finreactor). Mansala on kiinnittänyt huomiota hyvityksen ja vahingonkorvauksen välisen rajan hämärtymiseen oikeuskäytännössä.²⁰⁶

Vahingonkorvauksesta poiketen tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentin mukainen hyvitysvastuu syntyy ilman moitearviointia. Teon syyksiluetavuuden asteelle on kuitenkin annettu merkitystä hyvityksen määrään vaikuttavan tekijänä esimerkiksi ratkaisuisissa KKO 2001:42 (Kirpputori) ja KKO 30.6.2010, R 2008/73, 1399 (Finreactor II). Ratkaisussa KKO 2007:63 (Taidevääreännös) hyvitys väheni lähes olemattomiin loukkaajan vilpittömän mielen perusteella, vaikka tekijän tietoisuuden ei pitäisi olla hyvitysvastuun kannalta merkityksellinen.

Ratkaisussa KKO 2007:63 (Taidevääreännös) korkein oikeus on korostanut, että myös hyvityksen tarkoitus toteuttaa molempia vahingonkorvaukselle yleisesti asetettuja päämääriä, reparaatiota ja preventiötä.

”[H]yvityksen tuomitsemisella pyritään osaltaan saattamaan tekijänoikeuden haltija siihen asemaan, jossa hän olisi ollut, jos tekijänoikeuden loukkausta ei olisi tapahtunut.

[...]

Hyvityksen tarkoituksena on osaltaan tehokkaasti ehkäistä tekijänoikeuksien loukkaamista ja suojattujen teosten lainvastaista käyttöä.”

Oeschin mukaan vain täydellinen taloudellinen ennalleen saattaminen tekee immateriaalioikeudestakin loukkauksen tapahtuttua todellisen oikeuden.²⁰⁷ Digitalisoituneessa maailmassa tästä korvauksen reparatiivisesta ideaalista

²⁰⁵ *Aurejärvi – Hemmo* 2007, s. 161.

²⁰⁶ *Mansala* 2001, s. 282.

²⁰⁷ *Oesch* 1989, s. 67.

on tosiasiallisesti jouduttu pitkälti luopumaan. Edellä viitatuissa vertaisverkkojakeluun liittyvissä laajoissa tapauksissa kantajien korvausvaatimukset perustuivat lähes kokonaisuudessaan tekijänoikeuslain 57 §:n 1 momentin mukaiseen hyvitykseen vaatimusten ollessa yhteensä noin 7,5 miljoonaa euroa (ks. luku 10, taulukko 2). Tästä syytettyjen maksettavaksi tuomittiin yhteensä alle kaksi miljoonaa euroa. Suhteutettuna oikeudenomistajien esittämään arvioon piratismiin Suomessa vuosittain aiheuttamasta 355 miljoonan euron tulonmenetyksestä summa on marginaalinen.

On lisäksi todennäköistä, että vastaajien vähäisen maksukyvyyn takia tuomioistuimen määräämät hyvitykset saadaan perittyä ainoastaan osittain – ja siitäkin huomattava osa menee prosessikulujen kattamiseen sekä valvontaorganisaatioiden oman toiminnan rahoittamiseen. Vaikka tarkasteltu aineisto on kvantitatiivisen metodologian kriteerein hyvin rajallinen, voitaneen väittää, että suhteutettuna musiikkipiratismiin laajuuteen ja yhteiskunnalliseen merkitykseen tekijänoikeuslain 57 §:n mukaisen korvauksen reparatiivinen funktio häiriintyneen markkinatasapainon palauttajana on perin heikko.²⁰⁸ Oikeudenhaltijan näkökulmasta tarkasteltuna tämä tarkoittaa sitä, että alkaneen tai ennakoitun loukkauksen estäminen on tärkeämpää kuin teoreettinen mahdollisuus saada loukkauksen johdosta jälkikäteen hyvitystä tai vahingonkorvausta.²⁰⁹

Kehitys on syytä ottaa huomioon oikeuspoliittisessa tarkastelussa. Ratkaisussa THO R 11/720 (Sarah's Secret Chamber) hovioikeus lausui, että hyvityksen tarkoitus ei ole rangaista tekijänoikeuden loukkaajaa. Kuitenkin, mitä vähäisemmäksi käy korvauksen tosiasiallinen kyky toteuttaa sille kuuluvaa reparatiivista funktiota, sitä määräävämmiksi nousevat tavoitteet, jotka liittyvät uusien loukkausten torjumiseen ja yleisen oikeudenmukaisuuden ylläpitoon. Sen seurauksena, yleisestäävyyden ja sovituksen ollessa kriminologisten rangaistusteorioiden ydinkomponentteja, lähestytään viime-

²⁰⁸ Ilmiö on havaittavissa myös vanhemmassa oikeuskäytännössä. Tapauksessa KKO 2007:63 (Taidevääreennös) Mansala on arvioinut, että vilpittömässä mielessä tapahtuvissa loukkauksissa hyvitysvastuu voi vähentyä olemattomiin. *Mansala* 2008.

²⁰⁹ Kieltouomioiden ja hävittämissuoraamusten kaltaisten oikeussuojakeinojen kasvava merkitys on tiedostettu myös Euroopan komission kertomuksessa enforcement-direktiivin soveltamisesta:

”Vaikka noudattamisen varmistamista koskevat menettelyt ovatkin yleisesti ottaen parantuneet, aineettomien oikeuksien loukkausten määrä ja taloudellinen arvo ovat hälyttävän suuret. Tämä johtuu muun muassa siitä, että internetin käyttö tarjoaa ennennäkemättömän paljon mahdollisuuksia loukata aineettomia oikeuksia. Tätä ongelmaa ei otettu huomioon direktiivin laadintavaiheessa. Muut aihealueet, joihin voisi olla tarpeen kiinnittää erityistä huomiota, ovat turvaamis- ja säilyttämistoimenpiteiden (kuten kieltouomioiden) käyttö, menettelyt todistusaineiston keräämiseksi ja suojaamiseksi (myös tiedonsaantioikeuden ja yksityisyyden suojan välinen yhteys), erilaisten korjaavien toimien merkityksen täsmentäminen (myös hävittämiskustannukset) ja vahingonkorvausten laskenta.” KOM(2010) 779.

aikaisten tuomioiden alalla vahvasti rikosoikeudellista tavoitteenasettelua. Tällaisten tavoitteiden toteuttamisesta vastaa tavanomaisesti julkinen valta, eivät yksityiset organisaatiot. Vastaavasti norminvastaisen käyttäytymisen johdosta mahdollisesti määrättävien ja usein sattumanvaraisesti kohdentuvien maksuvelvoitteiden edunsaaja on julkisyhteisö, ei yksityinen taho.²¹⁰

Olen edellä suhtautunut kriittisesti korkeimman oikeuden yritykseen selittää hyvitystä ”vahingonkorvauksellisen aineksen” puuttumisella. Samoin katson, että reparaatioon kykenemättömän korvauksen ja rangaistuksen välinen rajanveto on asia, jossa sorrutaan reaaliset näkökohdat syrjäyttäviin essentialistisiin selityksiin. Asialla on merkitystä tekijänoikeuden yleisen legitimitietin kannalta. Korvaus on varallisuudensiirto, johon yleisesti mielletään liittyvän sekä vahinkotapahtuma että pyrkimys poistaa vahingosta seurannut haitta. Erityisesti hyvityksen kohdalla moitittavuusarvioinnin puuttuminen puoltaa pitämään sitä nimenomaan reparatiivisena keinona palauttaa oikeudenhaltija tekoa edeltäneeseen oikeusasemaan. Jos korvaus kuitenkin kadottaa sekä vahinkoedellytyksen että reparatiivisen funktion, kadottaa se samalla laajan oikeusyhteisön hyväksynnän.²¹¹ Näin tapahtuu siitä huolimatta, että korvauksen asema oikeusjärjestyksessä olisi muodollisin kriteerein ongelmaton.

Tekijänoikeuden loukkauksen johdosta määrättävän maksuvelvoitteen uhka on epäilemättä omiaan vähentämään edellytysten tarjoamista musiikkipiratismille. On vaikea kuvitella, että edellä käsiteltyjen tuomioiden jälkeen joku haluaisi ottaa Suomessa tietoisin riskin ja ryhtyä ylläpitämään harrastusmielessä musiikin laittomaan jakeluun kannustavaa vertaisverkopalvelua. Samalla on syytä tunnustaa, että tosiasiallisesti korvauksen ensisijainen tehtävä tämän päivän internet-taloudessa on tulevien loukkausten estäminen. Tämä haastaa pohtimaan uudelleen siviilioikeudellisen ja rikosoikeudellisen täytäntöönpanon keskinäistä työnjakoa pyrittäessä musiikin internetpiratismiin haittojen torjumiseen.

Tällä hetkellä eräs kansainvälisen tekijänoikeuden trendi on rikosvastuun alan laajentuminen. Esimerkiksi paljon keskustelua herättänyt väärentämisen vastainen kauppasopimus (ns. ACTA-sopimus) pyrkii ohjaamaan kehitystä tähän suuntaan.²¹² Moni on pitänyt kehitystä uhkana kansalaisvapauksille.

²¹⁰ Ratkaisussa THO R 11/720 (Sarah’s Secret Chamber) todistajana kuultu TTVK:n lakimies kertoi, että hyvitysmaksua saattoi pitää ehkä vähän punitive damage -luonteisena. Ratkaisussa HHO R 06/3285 vastuun realisoinnin satunnaisuus otettiin huomioon hyvitysmaksua alentavana tekijänä. Oikeus totesi vastaajan olleen vain yksi tuhansista vertaisverkkotoimintaan osallistuneista henkilöistä.

²¹¹ Laaja oikeusyhteisö -käsitteen määritelmästä ks. *Tuori* 2000, s. 178.

²¹² Esimerkiksi ns. lähioikeudet saatetaan kansainvälisoikeudellisesti rikosvastuun piiriin ACTA-sopimuksen 23 artiklassa. Rikosvastuuta koskevaa ns. enforcement II -direktiiviehdotusta ei koskaan saatettu voimaan. Teollis- ja tekijänoikeuksien rikosoikeudellista

Asiaa voi tarkastella myös toisesta näkökulmasta. Vahinkoedellytyksen puuttuminen ja korostunut yleisestävyytavoite ovat hyvitysmaksun piirteitä, jotka tuovat sen tosiasiallisesti lähelle tekorikoksesta määrättävää rangaistusta. Tilanteessa, jossa oikeudenomistajajärjestö esittää hyvitysvaatimuksen yksityiselle, maksuvelvollisen oikeusasemaa heikentää hyvityksen yksityisoikeudellisesta luonteesta johtuva dispositiivisuus. Lisäksi hyvityksen riippumattomuus rahamääräisesti mitattavasta vahingosta sekä sosiaalisten kohtuustavoitteiden huomioon ottaminen ilman lain nimenomaista tukea ovat omiaan vähentämään oikeusvarmuutta. Sen sijaan rikosoikeudellisesta legaliteettiperiaatteesta seuraa, että rangaistusvastuuseen sisältyy syytetyn yhdenvertaisuutta ja perusoikeussuojaa korostava elementti.²¹³

Jos loukkauksen johdosta määrättävät maksuvelvoitteet jo nyt usein ylittävät korvausvelvollisen maksukyvyyn, on siviili- ja rikosoikeudellisen vastuun yhteisvaikutuksen kiristämistä vaikea perustella.²¹⁴ Näin ollen rikosoikeudellisen vastuun merkityksen kasvattamisen tulee tapahtua siviilioikeudellisia seuraamuksia samalla lieventäen. *De lege ferenda* saat-taisi tekijänoikeuden alalla olla aihetta etsiä lainsäädäntöratkaisuja, joissa tulevien loukkausten estämiseen pyrittäisiin nykyistä enemmän rikos- ja julkisoikeudellisin keinoin, esim. sakkorangaistuksin.²¹⁵ Vastaavasti reparaatiossa painopistettä tulisi siirtää loukkaustekoon syy-yhteydessä olevien adekvaattien vahinkojen korvaamiseen täyden korvauksen periaatteen mukaisesti. Tämä tarkoittaisi yhtäältä kantajan näyttätaakan ankaroitamista ja toisaalta tekijänoikeuden loukkauksen johdosta maksettavan korvauksen oikeussystemaattista lähentämistä yleiseen korvausoikeuteen.

Ehdotettujen toimenpiteiden toteuttaminen käytännössä ei ole ongelmatonta. Loukkausteon ja vahingon välisen syy-yhteyden osoittaminen on immateriaalioikeuden alalla erityisen vaikeaa.²¹⁶ Rikosoikeudellisen täytäntöönpanon suhteellisen painoarvon kasvattaminen siirtää prosessikustannuksia yksityisiltä yhteiskunnan maksettavaksi. Hienoinen painopisteen siirto edellä kuvattuun suuntaan saataisi kuitenkin olla omiaan kannustamaan oikeudenhaltijoita ja verkkopalvelun tarjoajia kehittämään

täytäntöönpanoa ei siis ole Euroopan unionissa toistaiseksi harmonisoitu. *Sorvari* 2007, s. 25.

²¹³ PL 8 §. Perustuslakivaliokunta on nimenomaisesti korostanut, että tekijänoikeuslainsäädäntöä tulee arvioida myös muiden henkilöiden kuin tekijänoikeuden haltijoiden perus- ja ihmisoikeuksien kannalta. PeVL 7/2005 vp ja PeVL 24/2005 vp.

²¹⁴ Ks. myös *Handke* 2010.

²¹⁵ Enforcement-direktiivi ei aseta tälle esteitä, sillä täyden korvauksen periaatteen toteutumista edellytetään ainoastaan sellaisten vahinkojen osalta, jotka on aiheutettu tuottamuk-sellisella teolla (13 artikla 2 kohta). Ks. alaviite 45.

²¹⁶ Ks. alaviite 54.

yhteistyössä sopimus- ja vakuutus pohjaisia järjestelmiä vahingon välttämiseksi varautumisperiaatteen mukaisesti.

11.3 Korvaus ja palvelun tarjoajien oikeusasema

Tekijänoikeuden markkinaistuminen haastaa etsimään uutta arvopohjaa myös sen seuraamusjärjestelmälle. Perinteinen ajattelutapa, jossa loukkaus redusoidaan yksittäiseen loukkaustekoon ja kahden laajasta tahdonautonomiasta nauttivan tasavertaisen oikeussubjektin kaksiasianosaissuhteeseen, ei tavoita tilanteen kaikkia ulottuvuuksia. Tarkasteluun tulee ottaa myös yleisen edun näkökulma sekä kaikille loukkauksen mahdollistaneille tahoille asetettu perusoikeusmyönteinen toimintavelvollisuus osallistua vahingon minimoimiseen ja loukkauriskin kantamiseen.²¹⁷ Yhtäältä tämä tarkoittaa rikosoikeudellisten sanktioiden merkityksen kasvattamista korvausvastuun kustannuksella edellä kuvatulla tavalla ja toisaalta musiikin internetvälittämistä hyötyvien toimijoiden osallistamista ongelman ratkaisuun lainsäädännöllisin ja sopimusoikeudellisin keinoin.

Koko maailman viestintäteollisuuden vuotuisen tuoton on arveltu kasvavan 2,7 biljoonaan (engl. trillion) dollariin vuoteen 2017 mennessä.²¹⁸ Suurin osa kasvusta on seurausta langattomien 3G- ja 4G-palveluiden yleistymisestä. Näitä palveluita tarvitaan erityisesti musiikkitiedostojen välittämiseen. Lisäksi musiikilla on välillistä vaikutusta internetliikenteen kasvuun. Kun kuuntelu tapahtuu yhä enenevässä määrin kannettavilla laitteilla, on kadonnutta yhteistä kokemusta korvaamaan syntynyt vilkas sosiaalisen median virtuaaliyhteisöllisyys. Tutkimusten mukaan 67 % sosiaalisen median käyttäjistä keskustelee internetissä musiikista. Pelkätään viiteen suosituimpaan muusikkoon liittyvä keskustelu tuotti yli 170 miljoona internetviestiä yhden viikon kuluessa. Maailman kymmenestä seuratuimmasta tviittaajasta seitsemän on muusikko. Suosituin ei-muusikko, presidentti Barack Obama, on vasta viidennellä sijalla.²¹⁹

Internetyhteyksiä tarjoaville yrityksille musiikki on täten eräs tärkeimmistä kysyntää luovista tekijöistä. Tämä tarkoittaa, että samat yritykset hyötyvät välillisesti myös musiikkipiratismiin aiheuttamasta verkkoliikenteen kasvusta. Vastaava mekanismi vaikuttaa myös hardware-puolella. CD-myyntin kääntymisen laskuun sijoittuu samaan aikaan, kun ensimmäinen laajasti käytetty vertaisverkkoteknologiaa käyttävä tiedostonjakopalvelu Napster

²¹⁷ *Pöyhönen* 2003, s. 104–105.

²¹⁸ Worldwide Telecom Industry Revenue to Reach \$2.7 Trillion by 2017. PR Newswire.

²¹⁹ DMR 2013, s. 22–23.

perustettiin (1999) ja Applen iPod tuli markkinoille (2001). Ilmiöiden välille voidaan osoittaa korrelaatiota vahvempi syy-yhteys. Erään arvion mukaan 12 % Applen liikevaihdosta johtuu välillisesti piratismista.²²⁰

Internetin muututtua koko modernia yhteiskuntaa ylläpitäväksi perusrakenteeksi on syytä etsiä keinoja, joilla haitat kyetään pulverisoimaan riittävän laajalti kaikille verkon käyttäjille. Internetin kehityksessä voidaan nähdä yhtymäkohtia maantieliikenteeseen. Myös autoilun alkuaikoihin liittyi korostetusti vapauden ihanne. Sittenkin, jotta oikeus autoiluun ja henkilökohtaiseen turvallisuuteen voitiin laajentaa koskemaan kaikkia tiellä liikkuja, on vapautta jouduttu rajoittamaan liikennesäännöillä. Taustalla on nähtävissä yleisempi oikeudellinen siirtymä. Yksilölliset vapausoikeudet eivät enää riitä oikeusjärjestyksen ainoaksi arvoperustaksi. Niiden tilalle on noussut koko perusoikeusjärjestelmä, sillä suojaa tarvitsevat yksilöiden lisäksi myös inhimillisen yhteistoiminnan rakenteet.²²¹

Tieliikenteessä ei voida välttyä vakavilta vahingoilta, joten korvausjärjestelmän reparatiivisen tehokkuuden varmistamiseksi on siirrytty vakuutusperusteiseen järjestelmään. Se on yhteiskunnan kokonaisedun kannalta huomattavasti tehokkaampi kuin arkaainen henkilökohtainen vahingonkorvausvastuu. Hemmo on jopa katsonut, että yksityishenkilön vahingonkorvausvastuu on sääntelyratkaisuna varsin epätoivottava ilmiö.²²² Vakuutusjärjestelmillä vahinkoriskit keskitetään riittävän suurten yksiköiden vastattaviksi, jolloin kysymykset korvausvelvollisen maksukyvyistä tai muista sosiaalisista näkökohdista voidaan sivuuttaa. Niin ikään vahinkoja voidaan ennaltaehkäistä kohdistamalla mahdollisiin vahingonaiheuttajiin vakuutussopimukseen perustuvia omavastuuosuuksia ja suojeleuhjeita.²²³

Liikennevakuutusjärjestelmää ei luonnollisesti voida sellaisenaan soveltaa digitaaliympäristössä tapahtuvaan tekijänoikeudella suojattujen hyödykkeiden vaihdantaan. Ei ole myöskään olemassa sosiaalista intressiä sille, että puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaamista varten perustettaisiin sopimuspakkoon perustuvia järjestelmiä. Tieliikenneanalogia on tässä nostettu ainoastaan esimerkiksi siksi, että myös internet-taloudessa tulee löytää muita keinoja toteuttaa mielekästä riskinjakoa kuin sattumanvaraisesti kohdentuva, vastaajan maksukyvyyn ylittävä hyvitysvastuu. Tekijänoikeuslain 57 §:n korvausjärjestelmä on vahvasti sidoksissa internetiä edeltäneen maailman arvorationaaliseen ajatteluun. Markkinaistuvassa yhteiskunnassa oikeustaloustieteelliset ja riskiperusteiset korvausteoriat

²²⁰ Leung 2013, s. 26.

²²¹ Pöyhönen 2003, passim. Länsineva 2012, s. 44–45.

²²² Hemmo 1996, s. 250–251.

²²³ Ibid., s. 251. Pöyhönen 2003, s. 7.

saattaisivat tarjota ratkaisumalleja järjestelmän kehittämiseksi instrumentalistisempaan suuntaan.

Viimeaikainen trendi pyrittäessä piratismista aiheutuvien haittojen vähentämiseen on ollut näkökulman laajentaminen loppukäyttäjistä palvelun tarjoajiin. Siviilioikeudellisen täytäntöönpanon alalla tämä tarkoittaa ennen kaikkea keinoja, joilla palvelun tarjoaja velvoitetaan estämään asiakkaiden pääsy loukkaaville sivustoille. Tällaiset menettelyt ovat muodostuneet Euroopassa suosituiksi.²²⁴ Esimerkiksi The Pirate Bay -palveluun liittyen on esto- tai keskeyttämismääräyksiä annettu viidessä Euroopan maassa, minkä seurauksena palvelun käyttö väheni 69 % yhden vuoden aikana.²²⁵ Suomessa esto voidaan tällä hetkellä toteuttaa tekijänoikeuslain 60 c §:n mukaisena keskeyttämismääräyksenä.²²⁶ Sen käytettävyyttä kuitenkin vähentää menettelyn sitominen varsinaista loukkaajaa kohtaan ajettavaan kieltokanteeseen. Jos kannetta ei kyetä loukkaajan tuntemattomuuden takia nostamaan, ei keskeyttämismääräystä ole mahdollista antaa itsenäisesti. Ongelman ratkaisemiseksi on tekijänoikeuslain 56 g §:ään ehdotettu lisättäväksi säännös uudesta palvelun tarjoajaan kohdistettavasta estomääräysmenettelystä.²²⁷

Lukuisat vaihdannan tehokkuuteen ja ilmaisunvapauden toteutumiseen liittyvät syyt puoltavat sitä, ettei tietoverkon toimintaa rajoiteta asettamalla palvelun tarjoajille vastuuta välitettävästä sisällöstä tai yleistä verkkoliikenteen valvontavelvollisuutta. Pääsääntönä on laaja vastuuvapaus, johon on tehty palvelun tarjoajan tietoisuuteen ja kontrolliin liittyviä poikkeuksia.²²⁸ Edellisessä kappaleessa kuvatut palvelun tarjoajaan kohdistettavat oikeussuojakeinot heikentävät tätä periaatetta. Samaan suuntaan kehitystä ohjaa tiettyjen digitaaliympäristön keskeisten palvelujen, erityisesti hakupalvelujen, vaikea yhteensovittavuus perinteisen mannermaisen laajan tekijänoikeuskäsityksen kanssa. Esimerkiksi hakutuloksessa esitettäviä

²²⁴ *Lahtinen* 2012, s. 37.

²²⁵ DMR 2013, s. 29. Tehokkaiksi ovat osoittautuneet pehmeämmät keinot, kuten varoituskirjeisiin perustuva asteittaisen puuttumisen menetelmä (graduated response). Ranskassa niin sanotun Hadopi-lain mukaisessa menettelyssä on lähetetty yli miljoona varoituskirjettä. Sen seurauksena vertaisverkkoliikenne on vähentynyt 17 %. Toinen varoitus on jouduttu lähettämään ainoastaan 8 %:lle loukkaajista. DMR 2013, s. 30. Sähköisen viestinnän tietosuojalakiin (L 16.6.2004/516) on ehdotettu lisättäväksi uusi 1 a §, joka koskee tekijänoikeuden loukkaamista koskevan ilmoituksen välittämistä. HE 235/2010 vp.

²²⁶ Tekijänoikeuslain 60 c §:ään liittyvät Helsingin käräjäoikeuden antamat ja yhden vastaajan osalta hovioikeuden vahvistamat päätökset, joilla teleoperaattorit velvoitettiin estämään asiakkaittensa pääsy The Pirate Bay -palveluun. Helsingin KäO H 11/20937, 26.10.2011; Helsingin KäO H 11/48307, 11.6.2012; Helsingin KäO H 11/51554, 11.6.2012, Helsingin HO s 11/3097, 15.6.2012.

²²⁷ KM 2012:2, s. 56.

²²⁸ Ks. luku 5.1 i.f.

otteita tekijänoikeudella suojatusta materiaalista on eurooppalaisessa oikeuskäytännössä yritetty käsitellä monin eri tavoin.²²⁹ Saksassa on ryhdytty Lex Google -nimikkeellä tunnettuun lainsäädäntöuudistukseen, jolla pyritään laajentamaan lehtikustantajien yksinoikeuden alaa ja vastaavasti rajoittamaan hakukoneyhtiöiden mahdollisuutta käyttää korvauksetta leikkeitä tekijänoikeuden alaisesta sisällöstä.²³⁰

Lakimuutos on sittemmin hyväksytty *de minimis* -ehdon kera: kustantajan yksinoikeuden alaan eivät kuulu yksittäiset sanat eivätkä pienimmät tekstileikkeet.²³¹ Alkuperäisessä muodossaan Lex Google olisi tarkoittanut merkittävää poikkeamaa internetin tämänhetkiseen vastuunjakoon: palvelujen tarjoajat olisivat joutuneet maksamaan tekijänoikeuden haltijoille lisenssimaksuja hakutulosten välittämisestä asiakkaille.²³² On olemassa myös liiketaloudellisia syitä, joiden johdosta sisällöntuottajien ja palvelujen tarjoajien intressit ovat lähentyneet ja roolit alkaneet sulautua – esimerkiksi Elisan ja Soneran kaltaiset verkkoyhteyksiä tarjoavat tahot ovat ryhtyneet myymään mediasisältöä loppukäyttäjille. Voidaankin olettaa, että erityisesti internetyhteyksiä loppukäyttäjälle tarjoavien yritysten toiminnassa on tulevaisuudessa yhä useammin kysymys tekijänoikeudellisesti merkityksellisestä kappaleen valmistamisesta ja yleisön saataviin saattamisesta.

Nykyisin tekijänoikeuden loukkauksen johdosta maksettavan korvauksen tosiasiallista merkitystä oikeussuojakeinona vähentää oikeudenhaltijan ja oikeudenloukkaajan välinen epätasapaino, joka ilmenee kahdella tavalla: ensinnäkin oikeuksia hallinnoidaan hyvin keskitetysti, kun taas loukkaus kokonaisuudessaan koostuu erittäin suuresta joukosta itsenäisiä loukkaustekoja. Toiseksi oikeudenhaltija on tyypillisesti yritys ja loukkaaja yksityishenkilö, jolla ei välttämättä ole varallisuutta korvausvastuun täysimääräiseen toteuttamiseen. Edellä kuvatut signaalit antavat viitteitä palvelun tarjoajien vastuuaseman ankaroitumisesta. Sen seurauksena on mahdollista, että tulevaisuudessa loukkausrelaation osapuolina on yhä useammin kaksi maksukyvyltään toisiinsa rinnastettavaa oikeushenkilöä. Tekijänoikeuslain 57 §:n korvausjärjestelmän kannalta tarkasteltuna kehityksen suuntaa voidaan pitää mielekkäänä. Osapuolten välisen tasapainon korjaantuessa kasvaa myös korvauksen kyky toteuttaa molempia funktioitaan: preventiota ja reparaatiota.

²²⁹ Tapio 2013a, s. 41.

²³⁰ Leistungsschutzrecht für Presseverleger. Deutscher Bundestag, Drucksache 17/11470, 14.11.2012. Montanari 2013, passim.

²³¹ Urheberrechtsgesetz § 87f. Deutscher Bundestag, Drucksache 17/12534, 27. 02. 2013.

²³² Montanari 2013, s. 434.

Erikseen on ratkaistava kysymys siitä, pidetäänkö tällaista kehitystä yhteiskunnan kokonaisedun kannalta toivottavana. Internetin palvelun tarjoajien vastuuvapauden puolesta voidaan jatkossakin esittää vahvoja argumentteja. Ne saattavat painaa vaakakupissa enemmän kuin yksittäisen oikeussuojakeinon kyky toteuttaa sille asetettua tehtävää – etenkin kun oikeudenhaltijan käytössä olevat ennakolliset ja väliaikaiset suojakeinot ovat vastaavasti kasvattaneet merkitystään. Vallitseva tilanne haastaa arvioimaan tekijänoikeuslain siviilioikeudellisten suojakeinojen tehokkuutta kokonaisuutena.²³³ Näkökulmaa on syytä laajentaa myös tekijänoikeuden ulkopuolelle taloudellisiin ja yhteiskuntapoliittisiin tekijöihin. Oikeudellisessa tarkastelussa keskeiseen asemaan nousee perusoikeusjärjestelmän merkityksen vahvistuminen. Sen seurauksena tekijänoikeuslain oikeussuojakeinoista vanhin, 57 §:n korvausjärjestelmä, asettuu eri valoon kuin sitä säädettäessä yli puoli vuosisataa sitten.

12 YHTEENVETOA

Musiikin jakelun digitalisoituminen on synnyttänyt piratismiin nimellä tunnetun markkinahäiriön, jonka täsmällistä rahamääräistä arvoa on vaikea määrittää. Lukuisat eri indikaattorit viittaavat kuitenkin siihen, että piratismiin kielteinen taloudellinen vaikutus on huomattava. Se lienee ainakin yksi selittävä tekijä vähentyneelle äänitemyynnille ja lukuisten pienten tuotantoyhtiöiden poistumiselle markkinoilta.²³⁴ Viimeksi mainitulla on ollut vaikutus myös taiteilijoiden työnteon edellytyksiin. Vielä jokunen vuosi klassisen musiikin esittäjä saattoi luottaa siihen, että levytyksestä maksettiin kiinteä korvaus tai ennakkorojalteja. Tänä päivänä jopa nimekkäimmät taiteilijat joutuvat levyttämään ilmaiseksi tai omalla kustannuksellaan.

Klassisen musiikin esimerkki muistuttaa meitä siitä, ettei piratismiin ja levymyynnin välille voida osoittaa mekaanista yhteyttä. Samalla kun konsertit ovat säilyttäneet suosionsa, katteet levymyynnistä ovat kadon-

²³³ Määttä käyttänyt termiä säädöshuolto tarkoittaen lainsäädännön saattamista eheäksi ja johdonmukaiseksi kokonaisuudeksi yksityiskohtien säätämisen sijaan. *Määttä* 2009, s. 200.

²³⁴ Ilmiö selittyy myös yritysten muuttuneella ansaintalogiikalla. Nykyaikaisessa ääniteteollisuudessa kiinteät tuotanto- ja markkinointikustannukset ovat huomattavat, mutta yksittäisen teoskappaleen valmistamisen ja jakelun rajakustannukset vähentyneet lähes olemattomiin. Tällainen tuotantorakenne tuottaa merkittäviä skaalaetuja, mikä puolestaan suosii suurta yrityskokoa. Mediatalojen keskittyminen onkin ollut leimallista parin viime vuosikymmenen kehitykselle.

neet. Syy ei kuitenkaan ole se, että Radion sinfoniaorkesterin kausikortin haltijat ryhtyivät jakamaan musiikkia vertaisverkoissa. Vaikutus on ollut välillisempää. Digitalisoituminen ja piratismi muodostavat kokonaisuuden, jonka seurauksena markkinoilta on kadonnut luottamus, ja yksittäisen musiikkiäänitteen arvostus on vähentynyt genrestä riippumatta. Piratismiin vaikutukset leviävät ympäristöhaittojen tavoin laajalle. Luvattoman käytön ja siitä mahdollisesti aiheutuvan vahingon redusoiminen formaaliin kaksiasianosaissuhteeseen ei tavoita nykyaikaisen internetvaihdannan kompleksisuutta. Tämän tulisi ilmetä myös lainsäädännössä.

Musiikkialan itsepuolustuksen päästrategia on ollut oikeudellisen täytäntöönpanon kiristäminen sekä kansallisella että kansainvälisellä tasolla. Sen lisäksi, että tekijänoikeuteen on tuotu uudenlaisia, esimerkiksi internetpalvelun tarjoajaan kohdistettavia oikeussuojakeinoja, myös perinteisen korvauksen kohdalla on tapahtunut havaittava muutos. Aiemmin ennen kaikkea aineettomasta haitasta maksettavasta nimellisestä varallisuudensiirrosta on tullut jossain määrin sattumanvaraisesti kohdentuva maksuseuraamus, joka usein ylittää vastuuvollisen maksukyvyyn. Eräänlaista maailmanennätystä alalla edustanee Yhdysvalloissa vireillä oleva RIAA v. Limewire -tapaus. Sen yhteydessä esitetyt korvausvaatimukset kohoavat 72 biljoonaan (engl. trillion) dollariin.²³⁵ Suhteutettuna Yhdysvaltain bruttokansantuotteeseen summa on lähes viisikymmenkertainen.

Keskeinen syy edellä kuvattuun kehitykseen on tekijänoikeuden ja muuttuneen markkinaympäristön kohtaamattomuus. Kansallisen tekijänoikeuslakimme korvausjärjestelmä on pysynyt perustaltaan muuttumattomana yli viidenkymmenen vuoden ajan. Samaan aikaan ääniteteollisuus on käynyt läpi murroksen, jota voidaan verrata kirjapainotaidon keksimiseen viisisataa vuotta sitten. Tällä hetkellä Suomessa on meneillään lukuisia hankkeita sekavan ja kasuistisen tekijänoikeuslakimme saattamiseksi paremmin aikamme tarpeita vastaavaksi.²³⁶ Merkille pantavaa on, että mikään niistä ei liity korvausjärjestelmän ydinkäsitteiden ja -periaatteiden uudelleenarviointiin.²³⁷

Tilanne ei ole uusi. Lainvalmisteluhistoriasta voidaan päätellä, että tekijänoikeuslain 57 §:n kaksijakoisen korvausjärjestelmän taustalla ei

²³⁵ Worstall, Tim: The RIAA: Do Not Believe a Word They Say, Ever, For They're Claiming \$72 Trillion in Damages. Forbes 24.5.2012.

²³⁶ Vuoden 2005 tekijänoikeusudistukseen liittyvässä lausunnossaan perustuslakivaliokunta kiinnitti huomiota tekijänoikeuslain vaikeaselkoisuuteen toteamalla mm., että laki on siihen eri syistä tehtyjen lukuisten osittaismuutosten seurauksena muodostunut mutkikkaaksi ja vaikeaselkoiseksi. Valiokunta totesi myös, että lain vaikeaselkoisuus voi muodostua ongelmalliseksi perustuslain 8 §:ssä säädettyyn rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeseen sisältyvän täsmällisyysvaatimuksen kannalta. PeVL 7/2005 vp.

²³⁷ Ks. esim. Tekijänoikeuspolitiikka 2012 ja OKM 2012:2.

ole alun perinkään vaikuttanut selkeästi formuloitu oikeuspoliittinen tavoitteenasettelu.²³⁸ Sama huomio voidaan laajentaa kattamaan koko mannermaista tekijänoikeutta, jonka ytimessä on edelleen ääneenlausumaton, mutta sangen epätarkka ajatus tekijän ja teoksen välisestä katkeamattomasta yhteydestä. Ajattelutapa on taitelijan näkökulmasta ymmärrettävä, mutta ajoittain hankalasti yhteensovitettavissa tekijänoikeuden kasvavan varallisuus oikeudellisen merkityksen kanssa. Kuten loukkausrelaatioissa, myös tässä tulisi tarkastelua avata analyttisempaan suuntaan. Taitelijan ja luovutuksensaajan edut ja odotukset ovat usein keskenään ristiriidassa, eikä näiden kahden tahon rinnastaminen ei ole kaikissa tilanteissa perusteltua.²³⁹

Lainopillisessa tarkastelussa tekijänoikeuslain 57 §:n korvausjärjestelmän erikoisuus on sen erillisyyden yleisestä korvausoikeudesta. Pykälän 2 momentin mukainen vahingonkorvaus ja 3 momentin mukainen korvaus moraalisten oikeuksien loukkauksesta ovat menettäneet painoarvoaan digitalisoitumisen seurauksena. Ongelmat keskittyvät pitkälti 1 momentissa säänneltyyn hyvitykseen. Yleisistä vahingonkorvausoikeudellista periaatteista poiketen hyvitys tarjoaa korotettua suojaa puhtaasti varallisuusarvoisille intresseille ilman, että loukkaavasta toiminnasta aiheutuu sellaista henkeen tai terveyteen kohdistuvaa uhkaa, kuin mistä ankaran vastuun tilanteissa yleensä on kyse. Suojan saaja on tyypillisesti relaation vahvempi osapuoli. Merkittävä osa loukkaustapahtumaan osallistuneista tahoista on suljettu vastuun ulkopuolelle siitä huolimatta, että loukkauksilla on niiden liiketoimintaa edistävä vaikutus. Myös hyvityksen suhde vahingonkorvauslakiin on oikeusjärjestyksen yleistä koherenssia heikentävä.

Lainvalmisteluaineiston vaietessa tekijänoikeudellisen hyvityksen ratiota ei ole kyetty määrittelemään tyydyttävällä tavalla myöskään oikeuskäytännössä. Korkein oikeus on katsonut, että hyvitys toteuttaa vahingonkorvauksen kahta keskeisintä tavoitetta: reparaatiota ja preventiötä.²⁴⁰ Siitä huolimatta hyvitys ei korkeimman oikeuden mukaan sisällä vahingonkorvauksellista ainesta.²⁴¹ Lisäksi viimeaikainen oikeuskäytäntö asettaa kyseenalaiseksi hyvityksen tosiasiallisen kyvyn toteuttaa reparaatiivista funktiota. Korvausmäärien kasvaessa hyvityksestä on tullut yhä enenevässä määrin pelote, jonka tarkoitus on estää tulevia loukkauksia. Hyvityksen muodollinen asema oikeusjärjestyksessä ja sen tosiasiallinen merkitys osittain rangaistusluonteisena seuraamuksena joutuvat ristiriitaan.

²³⁸ Lainsäädäntötavoitteiden ja sääntelyvaihtoehtojen puutteellisesta dokumentaatiosta ks. *Määttä* 2009, s. 17–18 ja 127.

²³⁹ *Pihlajarinne* 2013, s. 1227. *Tapio* 2013a, s. 52.

²⁴⁰ KKO 2007:63 (Taideväärengös).

²⁴¹ KKO 1989:87 (Valintatalo).

Asetelman purkaminen edellyttää siviilioikeudellisten ja rikosoikeudellisten oikeussuojakeinojen keskinäisen työnjaon täsmentämistä.

Edellä kuvatut tekijänoikeuslain 57 §:n korvausjärjestelmän ongelmat ja epätarkkuudet liittyvät oikeudenalan eristäytymistaipumukseen ja yleisten oppien kehittymättömyyteen. Korostetun kasuistinen sääntely painottuu pitkälti käsitteisiin, samalla kun yhtymäkohdat yleisiin oikeusperiaatteisiin jäävät löyhiksi. Varallisuus oikeuden alalla tapahtunut hyvinvointivaltiolistumiseen ja sosiaalisiin tavoitteisiin liittyvä kehitys on välittynyt tekijänoikeuteen ainoastaan rajoitetusti. Myös perusoikeusnäkökulma jää ylempien oikeusasteiden käytännössä pitkälti huomiotta.²⁴²

Korvausjärjestelmää tulisi kehittää osana oikeussuojakeinojen kokonaisuutta analyttisesti ja määrätietoisesti modernin vaihdannan tarpeet huomioiden. Oikeuspoliittiset tavoitteet on asetettava riittävällä täsmällisyydellä ja niiden toteutumista on myös seurattava. Keskustelua asiasta hankaloittaa puheenvuorojen esittäjien taipumus kapeisiin ja kehämäisiin kokonaiselytyksiin. Naiivissa piraattiselityksessä tiedostojen jakamisen vapautta perustellaan sillä, että se on mahdollista. Valistuneessa piraattiselityksessä tunnustetaan osapuolten erilaiset intressit, mutta johtavan periaatteen asema annetaan viestin välittämisen vapaudelle. Taiteilijaselityksessä korostuu taitelijan ja teoksen suhde sekä huoli taiteilijan toimentulon edellytyksistä. Teollisuusselityksessä luovutuksensaajan oikeudet ovat loukkaamattomat, koska tekijänoikeus on perusoikeussuojaa nauttiva varallisuus oikeus.

Kaikki selitykset kertovat tekijänoikeudesta jotain – mutta ainoastaan jotain. Tasapainoisen kokonaisuuden luominen edellyttää oman viiteryhmän etua laajempaa näkemystä muuttuvasta ympäristöstä sekä vahvaa sitoutumista oikeusjärjestyksen yleisen koherenssin edistämiseen. Tällä hetkellä yhteisen tahtotilan löytäminen näyttää epätodennäköiseltä. Korporaatioiden välisten intressikompromissien kautta edeten on tuloksena ketju osittaisuudistuksia, jotka edelleen fragmentoivat jo valmiiksi vaikeaselkoista lakia. Kattavan, tekijänoikeuden ytimeen asti ulottuvan säädöshuollon toteuttaminen vaatii toisenlaista lähestymistapaa. Siinä niin oikeudenalojen kuin tieteiden rajat ylittävällä tutkimuksella tulisi olla painava sana sanottavanaan.

²⁴² Tapauksessa THO R 11/720 (Sarah's Secret Chamber) hovioikeus sivuutti kokonaan OTT Juha Lavapuron seikkaperäisen lausunnon, joka käsitteli tapauksen erityispiirteitä suhteessa perus- ja ihmisoikeuksiin. *Lavapuro* 2011.

LÄHTEET

Kirjallisuus

- Alanen, Aku*: Elävän musiikin markkinat käännekohtassa. Tieto & trendit 3/2011.
- Andersen, Birgitte – Frenz Marion*: The Impact of Music Downloads and P2P File-Sharing on the Purchase of Music: A Study for Industry Canada. Department of Management, Birkbeck, University of London 2007.
- Aurejärvi, Erkki – Hemmo, Mika*: Velvoiteoikeuden oppikirja. Edita, Helsinki 2007.
- Barker, George – Maloney, Tim*: The Impact of Free Music Downloads on the Purchase of Music CDs in Canada. Centre for Law and Economics ANU College of Law, Working Paper No. 4, 2012.
- Building a Digital Economy: The Importance of Saving Jobs in the EU's Creative Industries. Tera Consultants 2010. Ladattavissa osoitteesta: http://www.teraconsultants.fr/assets/publications/PDF/2010-Mars-Etude_Piratage_TERA_full_report-En.pdf.
- Castrén, Martti*: Vahingonkorvaus immateriaalioikeudessa silmälläpitäen patentti-, tavaramerkki-, mallioikeus-, tekijänoikeus- ja valokuvauslakia. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 130, Vammala 1979.
- Eltell, Tobias – Radetzki, Marcus*: Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt. NIR 3/2005.
- Gelstrhorpe, Loraine*: Copyright infringement: a criminological perspective. Teoksessa Bently, Lionel – Davis, Jennifer – Ginsburg, Jane. C. (eds.): Copyright and Piracy: an Interdisciplinary Critique. Cambridge University Press 2010.
- Ghidini, Gustavo*: Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law. Edward Elgar Publishing 2010.
- Guibault, Lucie M.C.R.*: Contracts and Copyright Exemptions. Teoksessa Hugenholtz, P. Bernt (ed.): Copyright and electronic commerce. Kluwer Law International 2000.
- Haarmann, Pirkko-Liisa*: Tekijänoikeus ja lähioikeudet, Talentum, Helsinki 2005.
- Hamilton, Marci A.*: The TRIPS Agreement: imperialistic, outdated, and overprotective. Vanderbilt Journal of Transnational Law, May 1996, 613–634.
- Handke, Christian*: Digital copying and the supply of sound recordings. Serci 2010. Ladattavissa osoitteesta: <http://www.serci.org/documents.htm>.
- Havu, Katri*: Oikeus kilpailuoikeudelliseen vahingonkorvaukseen EU:n ja Suomen oikeudessa. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 317, Helsinki 1996.
- Hemmo, Mika*: Vahingonkorvauksen sovittelu ja moderni korvausoikeus. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 209, Vammala 1996.
- Hemmo, Mika*: Vahingonkorvausoikeus. WSOYpro, Porvoo 2005.
- Haimi, Sampo*: Hyvitys ja vahingonkorvaus tekijänoikeudessa. Oikeustieteen kandidaatin tutkielma, Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2002.
- Hatanmaa, Joni*: Kohtuullisen hyvityksen määrä tekijänoikeuden loukkauksessa. Pro gradu -tutkielma, Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2011. – <Http://www.edilex.fi/lakikirjasto/9350>.
- IIPA Copyright Industries in the U.S. Economy, the 2011 Report (IIPA 2011). Ladattavissa osoitteesta: http://www.iipa.com/copyright_us_economy.html.

- IFPI Digital Music Report 2013 (DMR 2013). Ladattavissa osoitteesta: http://www.ifpi.org/content/section_resources/dmr2013.html.
- Jilmstad, Jenny*: Skadestånd vid intrång i upphovsrätt. Teoksessa Förnell, Petra – Jilmstad, Jenny: Immaterialrättsliga skadestånd: patent, upphovsrätt. Stockholms universitet, Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt, Skrifter 93, Tukholma 1997.
- Karhu, Juha*: Edun perusteettomuudesta hyötymisen epäasianmukaisuuteen. Edilex, lakikirjasto 7179, 30.7.2010. Julkaistu aiemmin teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Sopimus, vastuu, velvoite Juhlajulkaisu Ari Saarnilehto 1947–21/11–2007. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2007.
- Kivimäki, T.M.*: Uudet tekijänoikeus- ja valokuvauslait. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, B-sarja N:o 127, Porvoo 1966.
- Kivivuori, Antti*: Vahingonkorvauslain soveltamisala. Defensor Legis 1975, s. 266–276.
- Koelman, Kamien J.*: Online Intermediary Liability. Teoksessa Hugenholtz, Bernt P. (ed.): Copyright and Electronic Commerce. Kluwer Law International 2000.
- Koskinen-Olsson, Tarja*: Direct Copyright Revenue Streams in Creative Industries in Finland – Evaluation Model. Suomen tekijänoikeudellinen yhdistys, Helsinki 2010.
- Koulu, Riikka*: Jokakodin laajakaista – pääsy internetiin perusoikeutena. Lakimies 2/2012, s. 280–302.
- Kuusiniemi, Kari* (toim.): Ympäristönsuojelulainsäädäntö. Edita, Helsinki 2008.
- Lahtinen, Marika*: Tietoverkkopiratismin ennaltaehkäisy lainsäädännön keinoin. OTM-tutkimus, Helsingin yliopisto 2012.
- Lavapuro, Juha*: Asiantuntijalausunto Länsi-Uudenmaan käräjäoikeuden tuomion nro 101, 20.1.2011, asiano R 10/729 suhteesta perustuslaissa turvattuihin perusoikeuksiin ja Euroopan ihmisoikeussopimuksessa turvattuihin oikeuksiin. Ladattavissa osoitteesta: <http://www.turre.com/blog/>.
- Leung, Tin Cheuk*: Music Piracy: Bad for Record Sales but Good for the iPod? Chinese University of Hong Kong, June 4, 2013. Ladattavissa osoitteesta: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2244111.
- Liedes, Jukka*: Tekijänoikeuksien visio – mitä näkyvässä vuoden 2013 perspektiivistä? Lakimies 7–8/2013, s. 1337–1355.
- Lüder, Tilman*: The next ten years in E.U. copyright: making markets work. Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, Autumn 2007, 3–59.
- Länsineva, Pekka*: Perusoikeusjärjestelmä uuden varallisuus oikeuden ytimenä. Teoksessa Mikkilä, Jaakko – Lohi, Tapani (toim.): Oikeus ja kritiikki 3 – kohteena Juha Karhun Uusi varallisuus oikeus. Forum Iuris, Helsinki 2012.
- Mansala, Marja-Leena*: KKO 2001:42 Hyvityksen suuruus tekijänoikeusrikkomuksen yhteydessä. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein 2001 I, Jyväskylä 2001.
- Mansala, Marja-Leena*: KKO 2007:63 Hyvityksen kohtuullisuus. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein 2007 II. Helsinki 2008.
- Mansala, Marja-Leena*: KKO 2010:47 Tietoverkko ja tekijänoikeus. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein 2010 I. Helsinki 2010.
- McClellan, Daniel*: Piracy and authorship in contemporary art and the artistic commonwealth. Teoksessa Bently, Lionel – Davis, Jennifer – Ginsburg, Jane. C. (eds): Copyright and Piracy: an Interdisciplinary Critique. Cambridge University Press 2010.

- Montanari, Andrea*: ”Lex Google”: Copyright Law and Internet Providers, Future Enemies or Allies. *European Intellectual Property Review*, 2010, 35(8), s. 433–438.
- Music & Copyright. February 9, issue 429, 2011.
- Määttä, Kalle*: Oikeustaloustieteellinen näkökulma kotimaiseen lainvalmisteluun. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 242, Helsinki 2009.
- Nordell, Per Jonas*: 1994 års revision av den svenska immaterialrättens sanktionssystem, NIR 1994, s. 309–320.
- Norros, Olli*: Velvoiteoikeus. Sanoma Pro, Helsinki 2012.
- Oberholzer-Gee, Felix – Strumpf, Koleman*: The Effect of File Sharing on Record Sales: An Empirical Analysis. *Journal of Political Economy*, 2007, vol. 115, no. 1.
- Oesch, Rainer*: Taloudellisista seuraamuksista tekijänoikeuden loukkaustilanteissa. *Lakimies* 1/1989, s. 64–86.
- Oker-Blom, Max*: ”Incentive vs access” – lyhyt katsaus immateriaalioikeudenikuisuuskysymykseen. *Lakimies* 7–8/2013, s. 1356–1363.
- Pihlajarinne, Taina*: Internetvälittäjä ja tekijänoikeuden loukkaus. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 2012. (Pihlajarinne 2012a)
- Pihlajarinne, Taina*: Immateriaalioikeuden yleiset opit ja digitalisoituminen – vertailussa tekijänoikeus ja tavaramerkkioikeus. *Lakimies* 3/2012, s. 383–396. (Pihlajarinne 2012b)
- Pihlajarinne, Taina*: Teoskappaleen valmistus – tekijänoikeuden yleisten oppien koetinkivi. *Lakimies* 7–8/2013, s. 1217–1233.
- Pöyhönen, Juha*: Uusi varallisuusoikeus. Talentum, Helsinki 2003.
- Routamo Eero – Ståhlberg, Pauli*: Suomen vahingonkorvausoikeus. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 2000.
- Routamo Eero – Ståhlberg, Pauli – Karhu, Juha*: Suomen vahingonkorvausoikeus. Talentum, Helsinki 2006.
- Schulze, Hendrik – Mochalski, Klaus*: Internet Study 2008/2009. Ipoque, Leipzig 2009. Ladattavissa osoitteesta: <http://www.ipoque.com/en/resources/internet-studies>.
- Saarnilehto, Ari*: KKO 2008:31 ja eri korvausjärjestelmät. *Defensor Legis* 3/2009, s. 351–363.
- Sorvari, Katariina*: Tekijänoikeuden loukkaus. WSopro, Juva 2007.
- Tapio, Veli-Markus*: Fair use ja kolmivaihetesti joustavamman tekijänoikeudellisen sääntelyn mahdollistajina. *Lakimies* 1/2013, s. 35–54. (Tapio 2013a)
- Tapio, Veli-Markus*: Notice and Take Down – Määrämuotoinen ilmoitusmenettely internetissä tapahtuvan oikeudenloukkauksen johdosta. Teoksessa *Nettiajan oikeus – Viestintäoikeuden vuosikirja* 2012. Forum Iuris, Helsinki 2013. (Tapio 2013b)
- Technical report: An Estimate of Infringing Use of the Internet. Envisional 2011. Ladattavissa osoitteesta: http://documents.envisional.com/docs/Envisional-Internet_Usage-Jan2011.pdf.
- Tolppanen, Eero – Tuomainen, Tommi*: Tunnuksia ja tutkimuksia 2 – Musiikkialan talous Suomessa 2011. *Music Finland* 2012. Ladattavissa osoitteesta: <http://archive.org/details/MusiikkialanTalousSuomessa2011>.
- Trompenaars, Bernardine W.M.*: Legal Support for Online Contracts. Teoksessa *Hugenholtz, P. Bernt (ed.): Copyright and electronic commerce*. Kluwer Law International 2000.
- Tuori, Kaarlo*: Kriittinen oikeuspositivismi. WSLT, Vantaa 2000.
- Virtanen, Pertti*: Vahingonkorvaus: laki ja käytännöt. Edita, Helsinki 2011.

Virallislähteet

Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty

Commission Staff Working Document Analysis of the application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights in the Member States Accompanying document to the Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Social Committee on the application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights COM(2010) 779 final, SEC(2010) 1589 final, 52010SC1589.

Deutscher Bundestag, Drucksache 17/11470, 14.11.2012. Ladattavissa osoitteesta: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/114/1711470.pdf>.

Deutscher Bundestag, Drucksache 17/12534, 27.02.2013. Ladattavissa osoitteesta: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/125/1712534.pdf>.

HE 23/1960 vp. Hallituksen esitys laiksi tekijänoikeudesta kirjallisiin ja taiteellisiin teoksiin ja laiksi oikeudesta valokuvaan.

HE 32/1984 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi tekijänoikeudesta kirjallisiin ja taiteellisiin teoksiin sekä oikeudesta valokuvaan annettujen lakien muuttamisesta.

HE 94/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäviksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi

HE 111/2005 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi tekijänoikeuslain muuttamisesta.

HE 26/2006 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi teollis- ja tekijänoikeuksia koskevan lainsäädännön muuttamisesta.

HE 88/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle kilpailulaiksi.

HE 235/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi tekijänoikeuslain 60 a §:n ja sähköisen viestinnän tietosuojalain muuttamisesta.

KM 1953:5. Komiteamietintö. Ehdotus laiksi tekijänoikeudesta kirjallisiin ja taiteellisiin teoksiin.

KM 1957:5. Komiteamietintö. Tarkistetut ehdotukset laiksi tekijänoikeudesta kirjallisiin ja taiteellisiin teoksiin ja laiksi oikeudesta valokuvaan.

Komission kertomus Euroopan parlamentille, neuvostolle ja Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle sekä alueiden komitealle teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamisesta 29 päivänä huhtikuuta 2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/48/ey soveltaminen, KOM(2010) 779 lopullinen, 52010DC0779.

PeVL 7/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esitykseen HE 28/2004 vp laeiksi tekijänoikeuslain ja rikoslain 49 luvun muuttamisesta.

PeVL 24/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esitykseen HE 28/2004 vp laeiksi tekijänoikeuslain ja rikoslain 49 luvun muuttamisesta.

SOU 1956:25. Statens offentliga utredningar.

OpM 1983:28. Tekijänoikeuskomitean mietintö.

OKM 2012:2. Tekijänoikeustoimikunnan mietintö.

Tekijänoikeuspolitiikka 2012, keskustelumuistio. Ladattavissa osoitteesta: [http://www.okm.fi/OPM/Verkkouutiset/2012/06/tekijanoikeus_kestustelu.html](http://www.okm.fi/OPM/Verkkouutiset/2012/06/tekijanoikeus_keskustelu.html).

Muut lähteet

Karhu, Juha: kommenttipuheenvuoro Katri Havun alustukseen, Suomalainen Lakimiesyhdistys, Tieteiden talo, 10.2.2014.

Pihkala, Jaana: puhelinkeskustelu 4.2.2013.

Internet-lähteet

iTunes, sopimusehdot. Apple. – [Http://www.apple.com/legal/itunes/fi/terms.html](http://www.apple.com/legal/itunes/fi/terms.html) [24.3.2013].

Musiikkituottajien jäsenyhtiöiden äänitteiden kappalemääräinen myynti. Musiikkituottajat – IFPI Finland ry. – [Http://ifpi.fi/tilastot/vuosimyynti/](http://ifpi.fi/tilastot/vuosimyynti/) [22.1.2013].

Nettipiratismiin tappiot Suomessa 355 miljoonaa euroa vuodessa. Kulttuuriuutiset.net / Luovan työn tekijät ja yrittäjät (Lyhty). – [Http://www.kulttuuriuutiset.net/gallupit/piratismiin_tuomat_menetykset_2010](http://www.kulttuuriuutiset.net/gallupit/piratismiin_tuomat_menetykset_2010) [4.2.2013].

Piraattipalvelimelle kova tuomio KKO:sta. YLE 4.6.2012. – [Http://yle.fi/uutiset/piraattipalvelimelle_kova_tuomio_kkosta/1796365](http://yle.fi/uutiset/piraattipalvelimelle_kova_tuomio_kkosta/1796365) [18.8.2013].

Tutkittua asiaa tiedostonjakamisesta. Piraattipuolue. – [Http://piraattipuolue.fi/tiedostonjakaminen-osa-2](http://piraattipuolue.fi/tiedostonjakaminen-osa-2) [30.4.2013].

Who Music Theft Hurts. The Recording Industry Association of America (RIAA). – [Http://www.riaa.com/physicalpiracy.php?content_selector=piracy_details_online](http://www.riaa.com/physicalpiracy.php?content_selector=piracy_details_online) [21.1.2013].

Worldwide Telecom Industry Revenue to Reach \$2.7 Trillion by 2017. PR Newswire. – [Http://www.prnewswire.com/news-releases/worldwide-telecom-industry-revenue-to-reach-27-trillion-by-2017-says-insight-research-corp-137423078.html](http://www.prnewswire.com/news-releases/worldwide-telecom-industry-revenue-to-reach-27-trillion-by-2017-says-insight-research-corp-137423078.html) [24.3.2013].

Worstall, Tim: The RIAA: Do Not Believe a Word They Say, Ever, For They're Claiming \$72 Trillion in Damages. Forbes 24.5.2012. – [Http://www.forbes.com/sites/timworstall/2012/05/24/the-riaa-do-not-believe-a-word-they-say-ever-for-theyre-claiming-72-trillion-in-damages/](http://www.forbes.com/sites/timworstall/2012/05/24/the-riaa-do-not-believe-a-word-they-say-ever-for-theyre-claiming-72-trillion-in-damages/) [18.4.2013].

OIKEUSTAPAUKSET

Korkein oikeus

KKO 1974 II 49 (Likaiset kädet)

KKO 1977 II 85 (Asekätkentäjuttu)

KKO 1978 II 149

KKO 1980 II 3 (Koru- ja solkimallit)

KKO 1980 II 46 (Asuntomessut)

KKO 1983 II 157

KKO 1984 II 183

KKO 1987:16 (Pakina)

KKO 1987:87

KKO 1989:87 (Valintatalo)

KKO 1989:151 (Videokopiot)

KKO 1991:31 (Pelikortit)

KKO 1995:202 (Europa Vision)
KKO 1996:59
KKO 1997:49
KKO 1997:63
KKO 1998:91 (Tietokoneohjelmat)
KKO 1998:155 (Yhteisantenni)
KKO 1999:8
KKO 1999:115 (Elektroninen postilaatikko)
KKO 2000:68 (Ky:n vastuu)
KKO 2001:42 (Kirpputori)
KKO 2005:43 (Sanasto)
KKO 2005:92 (Kantola)
KKO 2007:63 (Taideväärennös)
KKO 2010:47 (Finreactor)
KKO 30.6.2010, R 2008/73, 1399 (Finreactor II)
KKO 2011:92

Hovioikeudet

HHO 6.3.2001, S 99/327, 557 (Playboy)
HHO 2006:9, 20.6.2006, S 04/1824, 1891
HHO 2007:6, 28.12.2006, R 06/723, 4034
HHO 2007:14, 29.5.2007, R 06/3285, 1756 (DirectConnect)
HHO 29.6.2007, R 06/3285,
HHO 28.11.2007, R 07/647, 3850.
KouHO 2005:11, 16.12.2005, R 05/137, 1440
RoHO 13.1.2012, R 10/1126, 29 (Finnish Fast Speed)
THO 2006:6, 31.3.2006, R 05/2789, 814
THO 6.7.2012, R 11/720, 1528 (Sarah's Secret Chamber)
VHO 24.2.2005, S 03/1350, 327 (Romaniperinteen esitys)
VHO 17.9.2009, R 08/1033, 1107

Euroopan Unionin tuomioistuim

C-162/10 Phonographic Performance v Ireland

Muut ulkomaiset tuomioistuimet

Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom, EIT
Ultramares Corp. v. Touche, USA 174 N.E. 441 (1932)

SECTION 57 OF THE FINNISH COPYRIGHT CODE – FINANCIAL LIABILITY AS A MEANS OF PREVENTING MUSIC PIRACY

As an ever-increasing amount of media content is distributed digitally, the world is currently experiencing a shift comparable to the invention of book printing half a millennium ago. The downside of this development is that a double-digit percentage of the Internet's traffic is estimated to consist of illegal file sharing. In the field of copyright law, a critical look of the core legal concepts and principles is in order regarding their adaptability to the environment they were not originally designed for.

The object of this study is to analyze the section 57 of Finnish Copyright Code (the provisions concerning compensations and damages resulting from copyright infringement) and its application in recent legal cases of illegal music file sharing via peer-to-peer networks. Instead of treating the subject in the isolation of intellectual property, an emphasis has been put on viewing copyright related damages from the perspective of common principles of tort law.

In the western legal tradition, the general condition of liability is negligence. This principle, set to the context of European intellectual property law, is affirmed in Article 13 of the directive 2004/48/EC on the enforcement of intellectual property rights. The injured party is entitled to claim damages from an infringer who knowingly engages in infringing activity. According to the second paragraph of the article, judicial authorities may also order the recovery of profits or the payment of damages, even in cases where the infringer acts unknowingly.

In the Nordic countries, which share an essentially uniform copyright code, such two-step approach has been in place for more than half a century. Anyone who uses a copyright protected work without permission shall be obliged to pay a reasonable compensation to the author or the right holder. If, however, the infringement is caused by a willful or negligent act the infringer shall, in addition to the aforesaid compensation, pay damages for any other loss, including mental suffering and other detriment.

Both of these legal instruments, the reasonable compensation and the additional damages, serve ultimately two distinct purposes. On one hand, the object is to reinstate the right holder to the financial position prior to the infringement (reparatory function); on the other hand, the financial obligation serves as a deterrent for future infringements (preventive function). The reparation has often been considered as the principal one of the two.

In a traditional setting, the infringing party has been typically an enterprise obliged to pay a modest compensation to an individual artist to reimburse a largely immaterial harm. In today's digital world, the infringement is commonly caused by an incalculable amount of infringing acts of individual persons causing economic loss to an assignee enterprise. The losses can be significant, which leads to damages that potentially exceed the tortfeasor's financial standing. This, in turn, prevents restitution from taking place.

We argue that in the light of the recent Finnish case-law, the digitalization of music distribution has indirectly caused a significant shift in balance between the financial compensation's two aforesaid functions. In the digital environment, the liability resulting from a copyright infringement serves mainly the purpose of deterrence – and possibly retribution. As both of these concepts have their natural place in penal law, a rational reading of the current situation suggests a re-evaluation of the enforcement measures' functions, as well as their positioning in the legal system. This holds true especially within the continental civil law tradition, to which the concept of punitive damage is alien.

Kirjoittajat

Markku Järvenoja

OTT, KTM, veroasiantuntija, Ernst & Young Oy

Antti Kolehmainen

OTT, perhe- ja jäämistöoikeuden professori, Itä-Suomen yliopisto

Juhana Riekkinen

OTM, tutkija, Lapin yliopisto

Pekka Savola

TkL, OTM, apurahatutkija, Helsingin yliopisto

Toni Selkälä

OTM, tohtorikoulutettava, Turun yliopisto

Veli-Markus Tapio

MuT, OTM, erityisasiantuntija, Suomen Kulttuurirahasto