

OIKEUSTIEDE

JURISPRUDENTIA

XLI

2008

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN VUOSIKIRJA

Toimitusneuvosto

Pekka Vihervuori, puheenjohtaja

Antti Jokela

Matti Ilmari Niemi

Pekka Timonen

Toimittaja

Leena Halila

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300, f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

© 2008 kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys

ISSN 0355-8215

ISBN 978-951-855-282-9

ISBN 978-951-855-730-5 (verkkokirja)

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2008

Sisällys

Kirjoittajat	IV
<i>Kaarlo Hakamies</i>	Taloudellisen hyödyn menettämisestä arvopaperimarkkinarikoksissa 1
<i>Jaakko Husa</i>	Muinaisen oikeustradition ja nationalistisen oikeuden kohtaaminen – Konstantinopolin ekumeeninen patriarkaatti ja Turkki 117
<i>Sanna Mustasaari</i>	Islamilainen perheoikeus Suomen oikeusjärjestelmässä..... 187
<i>Päivi Neuvonen</i>	Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö EU-oikeudessa 267
<i>Janne Salminen</i>	Oikeussuoja ja Euroopan unionin kolmas pilari 363
<i>Pauli Ståhlberg</i>	Juristilukijan näkökulmia Täällä Pohjantähden alla -teokseen 417

Kirjoittajat

Kaarlo Hakamies

VT, OTL, ma. oikeussihteeri, KKO

Jaakko Husa

OTT, professori, Lapin yliopisto (mvs.), Joensuun yliopisto (vv.)

Sanna Mustasaari

OTM, lakimies, Asianajotoimisto Jukka-Matti Laine Oy

Päivi Neuvonen

OTK

Janne Salminen

VT, OTL, yliassistentti, Turun yliopisto

Pauli Ståhlberg

VT, OTT, Kuluttajariitalautakunnan puheenjohtaja

SISÄLLYS

1	JOHDANTO.....	5
1.1	Tutkimuksen lähtökohdista.....	5
1.2	Tutkimuksessa käytetyistä oikeuslähteistä, tutkimuksen tarpeesta sekä sen rakenne.....	8
2	ARVOPAPERIMARKKINOIDEN SÄÄNTELYSTÄ.....	10
2.1	Yleistä arvopaperimarkkinoiden toimintaperiaatteista.....	10
2.2	Arvopaperimarkkinoiden sääntelystä Suomessa 1980-luvulla.....	11
2.3	Arvopaperimarkkinoiden eurooppalaisesta sääntelystä.....	14
2.3.1	EY:n piirissä tapahtunut kehitys.....	14
2.3.2	Euroopan neuvoston yleissopimus sisäpiirin kaupankäynnistä.....	19
3	ARVOPAPERIMARKKINARIKOSTEN SYSTEMATIIKASTA.....	20
3.1	Rikoslain 51 luvun ja arvopaperimarkkinalain taustaa.....	20
3.2	Arvopaperimarkkinoita koskevan lainsäädännön rikkomisen seuraamukset.....	25
3.2.1	Sanktioiden lajit.....	25
3.2.2	Rikoslain kriminalisoinnit.....	26
3.2.3	Erytislaeissa olevat kriminalisoinnit.....	37
3.2.4	Hallinnolliset sanktiot.....	39
3.2.5	Hallinnollisten sanktioiden ja rikosoikeudellisten sanktioiden suhteesta.....	44
3.2.6	Rikoslain 51 luvun kriminalisointien keskinäisistä suhteista.....	46
4	HYÖDYN KONFISKOINNISTA YLEISESTI RIKOSOIKEUDESSA.....	47
4.1	Lainsäädännön kehitys Suomessa sekä konfiskaatiota koskeva kansainvälinen kehitys.....	47
4.2	Konfiskaatioseuraamusten luonteesta: rangaistus vai turvaamistoimi?.....	50
4.3	Konfiskaatioseuraamuksen määräämisen edellytyksistä ja tavoitteista.....	51

5	ARVOPAPERIMARKKINARIKOKSISSA MENETETTÄVÄ HYÖTY.....	56
5.1	Rikoksen ja hyödyn välisestä kausaalisuudesta erityisesti arvopaperimarkkinarikoksissa.....	56
5.2	Hyödyn menettämisessä kehitetyt ekonometriset mallit.....	62
5.3	Hyödyn menettäminen arvopaperimarkkinarikoksissa Ruotsissa.....	70
5.4	Arvopaperimarkkinarikoksissa tuomittu hyöty Suomen oikeuskäytännössä.....	76
5.5	Optio-oikeudet.....	92
5.6	Johtopäätöksiä.....	94
6	HYÖDYN MENETTÄMISTÄ KOSKEVA RATKAISUEHDOTUS.....	96
6.1	Ehdotuksen taustaksi.....	96
6.2	Ehdotus arvopaperimarkkinarikoksissa hyödyn menettämisessä sovellettavaksi malliksi.....	99
6.3	Kohtuullistaminen.....	103
6.4	Vahinkoa kärsineiden sijoittajien asema.....	106
6.5	Lopuksi.....	108
	LÄHTEET.....	109
	FORFEITURE OF THE PROCEEDS OF SECURITY MARKETS OFFENCES.....	115

Kaarlo Hakamies

TALOUDELLISEN HYÖDYN
MENETTÄMISESTÄ
ARVOPAPERIMARKKINARIKOKSISSA

Taloudellisen hyödyn menettämisestä arvopaperimarkkinarikoksissa

1 JOHDANTO

1.1 Tutkimuksen lähtökohdista

Arvopaperimarkkinoita ja niiden sääntelyä koskevat periaatteet ovat hyvin globaaleja. Markkinoiden toimintaa koskevat samantyyppiset ongelmat maasta riippumatta. Tästä syystä tässä artikkelissa ei käsitellä lainkaan arvopaperimarkkinarikosten kriminalisoinnin justifikaatiota, vaikka kriminaalipoliittisesti orientoituneessa keskustelussa voidaankin perustellusti esittää varsin erilaisia näkemyksiä siitä, onko markkinoiden luottamuksen ylläpitäminen sellainen suojeltava oikeushyvä, joka täyttää rationaalisten kriminalisointiperiaatteiden edellytykset. Suomi on osa globaalia maailmantaloutta, jossa pääomat liikkuvat maasta toiseen. Suomi on myös tehnyt sen poliittisen valinnan, että Suomen arvopaperimarkkinat ovat yksi osa eurooppalaisia pääomamarkkinoita, joilla sääntely rakentuu maasta riippumatta samanlaisten normien pohjalle. Näiden normien tarkoituksena on mm. turvata riittävä sijoittajansuoja arvopaperimarkkinoiden väärinkäyttöksiä vastaan ja nämä normit otetaan tässä tutkimuksessa annettuina lähtökohtina, joiden varaan tutkimus rakentuu. Artikkelin tarkoituksena on sen kysymyksen analysointi, miten Suomen rikoslain 10:2:n säännöstä rikoksen tuottaman taloudellisen hyödyn menettämisestä valtiolle on tulkittava arvopaperimarkkinarikosten yhteydessä, jotta rikoksen tekijä ei pääse hyötymään rikoksestaan ja toisaalta ettei konfiskaatio muodostu rangaistukseksi.¹ Tämän kysymyksen onnistuneen ratkaisun voidaan otaksua johtavan osaltaan siihen, että sijoittajien suoja toteutuu riittävällä tavalla.

¹ Arvopaperimarkkinoilla tämä kysymys on ehkä muita rikoksia komplisoidumpi, koska arvopaperimarkkinoiden toimintaan kuuluu olennaisena osana lähtökohtainen hyödyn tavoittelu.

Tämän lainopillisen tutkimuksen näkökulma on siis hyvin vahvasti sama kuin lainsoveltajalla on yksittäistä tapausta ratkaistessaan.

Tutkimuksen toinen lähtökohta on se, että julkisen kaupankäynnin kohteena oleviin arvopapereihin sijoittava henkilö voi luottaa markkinoiden toimintaan. Luottamus markkinoiden toimintaan tarkoittaa käytännössä mm. sitä, että sijoittaja voi luottaa siihen, että hänen sijoituksellaan on taloudellista arvoa, vaikka ainoa seikka, mitä hän sijoituksestaan tietää, on omaisuudenhoitajalta neljännesvuosittain saatu raportti, jossa lukee, mitä arvopapereita ja kuinka paljon hän omistaa. Sijoittajan ei tarvitse mennä itse hankkimaan todisteita (esim. omaisuudenhoitajan tiliotteita) siitä, että hänen sijoittamansa varat on ylipäätänsä sijoitettu tiettyihin arvopapereihin. Sijoittajan ei myöskään tarvitse hankkia todisteita siitä, että arvopaperin liikkeeseenlaskija on laskenut liikkeelle juuri ne arvopaperit (tai todennäköisemmin sähköiset arvo-osuudet), jotka sijoittajalle on aikanaan myyty esim. tietyn yhtiön osakkeina. Edelleen sijoittajan ei tarvitse hankkia todisteita siitä, että liikkeeseenlaskijan itsestään antama informaatio pitää paikkansa – harjoittaako liikkeeseenlaskija myös tosiasiaassa sellaista liiketoimintaa jota se on markkinoille tiedottanut harjoittavansa tai omistaako liikkeeseenlaskija sen käyttöomaisuuden, joka sen taseesta ilmenee. Sijoittaja voi luottaa, että arvopaperin liikkeeseenlaskijan palveluksessa olevat henkilöt eivät kavalla itselleen yhtiöön sijoitettuja varoja. Sijoittaja voi myös luottaa siihen, että arvopaperin liikkeeseenlaskijan palveluksessa olevat henkilöt eivät käytä omaksi hyväkseen ja samalla sijoittajien vahingoksi sellaista tietoa, joka vaikuttaa arvopaperin arvoon. Tällaisesta sijoittajasta voidaan käyttää ilmaisua luottavainen sijoittaja (trusting investor). Luottavainen sijoittaja on modernien markkinoiden toiminnan edellytys.²

Luottavaisen sijoittajan luottamus ei perustu uskoon siitä, että pankkiirit, arvopaperinvälittäjät tai sijoituskohteen palveluksessa olevat ihmiset hyvää hyvyttään eivät anasta hänen työllään ansaitsemiaan säästöjä. Luottavaisen sijoittajan luottamus perustuu siihen tietoon, että oikeusjärjestelmä asettaa näille henkilöille sellaiset tehokkaat rajoitteet tekemästä väärinkäytöksiä sijoittajia vastaan, että sijoittamisen edut ylittävät siihen liittyvät riskit. Tämän luottamuksen ylläpitäminen edellyttää, että lainsäätäjät säätelevät tehokkaita normeja ja että valvontaviranomaiset valvovat sääntöjen noudattamista. Sijoittaja luottaa itse asiassa oikeusjärjestelmään, ei ihmisiin.³

Yhdysvalloissa tällaisen luottavaisen sijoittajan uskoa järjestelmän toimivuuteen on koeteltu 1990–2000-lukujen taitteessa. Sijoitusten arvot laskivat satoja miljardeja dollareita sen jälkeen kun Enronin, Xeroxin, Global

² Stout 2002 s. 2–3, 13, 35.

³ Stout 2002 s. 21.

Crossingin ja WorldComin kyseenalaiset kirjanpitokäytännöt paljastuivat. Yhdysvalloissa 1990-luvulla tapahtunut arvopaperimarkkinoiden sääntelyn ja oikeuskäytännön kehitys oli johtanut siihen, että yritysten johdon ja muiden markkinoilla toimivien henkilöiden oli entistä helpompaa huijata sijoittajia ja välttää rangaistusvastuu. Tämä kehitys muodostui useista pienistä osatekijöistä, kuten ryhmäkanteiden nostamisen vaikeuttamisesta, oikeuskäytännön kiristymisestä mm. osallisuusvastuuta koskevien tulkintojen suhteen sekä rahoitusmarkkinoita valvovan SEC:n resurssien jälkeenjääneisyydestä. Sijoittajien oikeudellinen suoja rapautui, minkä johdosta yhdysvaltalaisen sijoittajan luottamusta käytettiin väärin. Ja kun luottavaista sijoittajaa on kerran petetty, on häntä vaikea saada takaisin markkinoille sijoittamaan uudelleen. Tästä syystä Yhdysvalloissa ryhdyttiin lainsäädäntötoimiin sijoittajien luottamuksen pelastamiseksi ennen kuin se on liian myöhäistä. Sijoittajien luottamuksen menettäminen johtaa hintojen laskuun, mikä johtaa sijoittajien markkinoita kohtaan tuntemaan epäluottamuksen kasvuun, mikä taas lisää hintojen laskua. Tästä noidankehästä on vaikea päästä pois.⁴

Myös Suomessa on tapahtunut kehitystä, jossa luottavaisen sijoittajan uskoa järjestelmän toimivuuteen on koeteltu. Yksittäisellä sijoittajalla ei ole arvopaperimarkkinoita koskevassa rikosprosessissa käytännössä mahdollisuuksia ajaa vahingonkorvauskannetta ratkaisun KKO 2000:82 oikeusohjetta noudatettaessa⁵. Sijoittajilla ei ole myöskään mahdollisuutta nostaa ryhmäkannetta arvopaperin liikkeeseenlaskijaa kohtaan 1.10.2007 voimaantulleen ryhmäkannelain mukaan. Esitöissä tätä ratkaisua on perusteltu sillä, että arvopaperimarkkinat eivät kuulu kuluttajansuojajärjestelmän ydinalueeseen⁶. Käytännössä siis yksittäisen piensijoittajan mahdollisuudet vaatia oikeuksiaan pörssiyritystä vastaan ovat suuren kuluriskinkin vuoksi heikot. Useissa arvopaperimarkkinarikoksia koskevissa rikosprosesseissa syytteet on hylätty; syynä ovat olleet sekä näytön arviointiin että laintulkintaan liittyvät seikat⁷. Suomen tilanne poikkeaa Yhdysvalloista kuitenkin

⁴ Stout 2002 s. 12, 38–43. Yhdysvaltain lainsäädäntömuutoksista 1990-luvulla ja niiden vaikutuksesta markkinavilppiteoriaan (Fraud-on-the-Market-Theory) ks. myös Avgouleas 2005 s. 471–483.

⁵ Ns. Kansallisanti-tapauksessa todettiin, ettei yksittäisellä osakkeita merkinneellä sijoittajalla ole asianomistajan asemaa tiedottamisrikoksessa. Myös Helsingin KäO:n ratkaisussa ns. Soon-tapauksessa (tuomio nro 6342/20.6.2005, dnro R04/10852) yksittäisessä sisäpiirikaupassa vastapuolena olleen osakkeenomistajan vahingonkorvausvaatimus jätettiin tutkimatta puuttuvan asianomistajuuden perusteella.

⁶ HE 154/2006 s. 33.

⁷ Myös esim. Isossa-Britanniassa arvopaperimarkkinarikoksissa syytteitä on usein hylätty. Tämän on arvioitu johtuvan mm. siitä, että maallikot joutuvat arvioimaan vaikeita näyttökysymyksiä. Osin tästä syystä Isossa-Britanniassa kehitys on kulkenut siihen, että arvopa-

siinä suhteessa, että Suomen mahdollisuudet ryhtyä sijoittajien luottamusta lisääviin lainsäädäntötoimiin ovat vähäiset. Suomessa voimassa oleva arvopaperimarkkinoita koskeva sääntely perustuu yhteiseurooppalaisiin säännöksiin. Näiden yhteiseurooppalaisten säädösten muuttaminen puolestaan on kansallisen lain muuttamiseen verrattuna hidasta ja huomattavasti vaikeampaa. Suomessa luottavaisen sijoittajan uskon vahvuus riippuu pitkälti suomalaisen ratkaisukäytännön kehityksestä. Suomalaisten valvontaviranomaisten ja lainkäyttäjien – Rahoitustarkastuksen, poliisin, syyttäjien ja tuomioistuinten – vastuulla on huolehtia siitä, että kansallinen tulkintakäytäntömme vastaa yhteiseurooppalaisia arvopaperimarkkinoita ja sijoittajansuojaa koskevia standardeja⁸. Tässä tutkimuksessa pyrin analysoimaan sitä, miten RL 10:2:n taloudellisen hyödyn menettämistä koskevaa normia on suomalaisten lainsoveltajien tulkittava, jotta se täyttää yleis- ja erityispreventiivisen tehtävänsä rikosten seuraamusjärjestelmässä.

Hyödyn menettämistä koskevan konfiskaatiosäännöksen tulkinnassa on otettava huomioon se, että se ei ole eikä se saa muodostua rikosentekijälle tai muulle henkilölle rangaistukseksi. Vaikka konfiskaatio on rikosprosessissa määrättävä rikosoikeudellinen seuraamus, rangaistusjärjestelmämme perustuu lähtökohtaisesti vankeus- ja sakkorangaistusten varaan. Tämä lähtökohta asettaa myös ”ylärajan” sille, miten rikoshyödyn menettämistä koskevaa RL 10:2:a on tulkittava. Tässä tulkinnassa pyrin hahmottamaan rajoja, milloin hyödyn menettämistä koskeva idea siitä, ettei kyseessä ole rangaistus, on sopusoinnussa tehokkaiden preventiivisten tarkoitusten edistämisen kanssa.

1.2 Tutkimuksessa käytetyistä oikeuslähteistä, tutkimuksen tarpeesta sekä sen rakenne

Arvopaperimarkkinoiden kansainvälisen luonteen johdosta olen käyttänyt lähteitä myös sellaisista oikeusjärjestelmistä, jotka poikkeavat perusteiltaan merkittävästi suomalaisesta järjestelmästä. Kuitenkin arvopaperimarkkinoita koskevan sääntelyn samankaltaisuuden vuoksi pidän tätä perusteltuna, vaikka rikosoikeus onkin perinteisesti ollut vahvasti kansallinen oikeudena. Suomalaisten ongelmien ja ilmiöiden ymmärtäminen helpottuu, kun

perimarkkinoiden väärinkäyttötilanteissa langetetaan ennemmin taloudellisilta arvoiltaan huomattavia hallinnollisia sanktioita epävarmojen rikosprosessien käynnistämisen sijaan. Avgouleas 2005 s. 452–467. Toisaalta esim. Ruotsissa arvopaperimarkkinarikosoikeudenkäynnit ovat usein johtaneet langettaviin tuomioihin. Samuelsson 2005 s. 63–118.

⁸ Voidaan toki kysyä, onko missään EU:n jäsenmaassa onnistuttu toteuttamaan käytännössä niitä tavoitteita, joita markkinoiden väärinkäyttöä koskevalle sääntelylle on asetettu.

nähdään, miten samantyyppiset ongelmat on ratkaistu muualla. Arvopaperimarkkinoiden kansainvälisyys, suuri yhteiskunnallinen merkittävyys sekä luonne oikeus- ja taloustieteellisen tutkimuksen kohteena tuovat omat haasteensa siinä suhteessa, että relevanttia lähdemateriaalia on saatavissa lähes rajattomasti. Materiaalin etsimiseen, valintaan ja analysointiin voi ahkera tutkija käyttää aikaa loputtomiin.

Arvopaperimarkkinoita koskeva oikeustieteellinen tutkimus on ollut vilkasta viime vuosina myös Suomessa. Aiheesta on julkaistu useita väitöskirjoja (Kurenmaa⁹ ja Annola¹⁰ sisäpiirintiedon väärinkäytöstä, Huovinen¹¹ pörssiyrityksen tiedottamiseen liittyen, Häyrynen¹² laajemmin markkinoiden väärinkäytöstä). Myös konfiskaatioseuraamuksesta on julkaistu varsin tuore Raution¹³ väitöskirja, joka on kuitenkin luonteeltaan prosessioikeudellinen. Viljanen¹⁴ on julkaissut hiljattain konfiskaatioita koskevan monografian, jossa arvopaperimarkkinarikoksiin ei kuitenkaan ole puututtu. Haapanen¹⁵ sinällään laadukas artikkeli arvopapereita koskevasta hyötykonfiskaatiosta on suppeahko ja siinä kiinnitetään erityisesti huomiota RL 2:16:n ja RL 10 luvun ajalliseen soveltamiseen.

Tutkimus rakentuu siten, että luvussa 2 käyn läpi arvopaperimarkkinoiden sääntelyn kehitystä niin eurooppalaisella kuin kansallisella tasolla antaakseni lukijalle käsityksen, millaisessa sääntely-ympäristössä arvopaperimarkkinat Suomessa toimivat. Luvussa 3 analysoin arvopaperimarkkinoita koskevaa sanktiojärjestelmää sekä erilaisten sanktioiden keskinäisiä suhteita. Luvussa 4 selvitän yleisemmin rikoshyödyn konfiskointiin liittyvää säädöshistoriaa ja sitä koskevia periaatteita. Luvussa 5 luon katsauksen hyödyn menettämistä arvopaperimarkkinarikoksissa koskevaan problematiikkaan niin Suomessa kuin kansainvälisesti. Luvussa 6 esitän oman näkemykseni siitä, miten rikoslain hyödyn menettämistä koskevaa säännöstä on arvopaperimarkkinarikoksissa tulkittava.

⁹ Kurenmaa, Tero: Sisäpiirintiedon väärinkäyttö (Kurenmaa 2003).

¹⁰ Annola, Vesa: Informaatio, sisäpiiri, markkinat. Arvopaperimarkkinaoikeudellinen tutkimus informaatioepätasapainosta arvopaperikaupassa (Annola 2005).

¹¹ Huovinen, Sakari: Pörssiyrityksen tiedonantovelvollisuus, sijoittajan odotukset ja media. Tutkimus tiedonantovelvollisuuden oikeudellisista ulottuvuuksista (Huovinen 2004).

¹² Häyrynen, Janne: Arvopaperimarkkinoiden väärinkäyttö (Häyrynen 2006).

¹³ Rautio, Jaakko: Hyötykonfiskaatiokanne (Rautio 2006).

¹⁴ Viljanen, Pekka: Konfiskaatio rikosoikeudellisena seuraamuksena (Viljanen 2007)

¹⁵ Haapanen, Olli: Arvopaperimarkkinarikokset ja rikoshyödyn menettäminen (Haapanen 2007). – Lisäksi arvopaperirikosten hyötykonfiskaatiota koskien on mainittava Heli Korkan v:n 2007 lopulla Helsingin yliopistossa valmistunut varsin hyvätasoinen pro gradu -tutkielma ”Hyötykonfiskaatiokanne arvopaperimarkkinarikosten seuraamuksena” (Korkka 2007), jota ei kuitenkaan ole julkaistu.

2 ARVOPAPERIMARKKINOIDEN SÄÄNTELYSTÄ

2.1 Yleistä arvopaperimarkkinoiden toimintaperiaatteista

Arvopaperimarkkinoiden tehtävänä on ohjata pääomavirtoja sijoittamiseen halukkailta yhteisöiltä ja yksityishenkilöiltä pääomia tarvitseville, arvopapereita liikkeeseen laskeville yhteisöille. Arvopaperimarkkinat jakautuvat ensi- ja jälkimarkkinoihin. Ensimmäisillä yhteisöt hankkivat itselleen oman tai vieraan pääomanetoista rahoitusta laskemalla liikkeelle osakkeita, erilaisia velkakirjoja tai näiden yhdistelmiä eli velkakirjoja, jotka ovat tietyin ehdoin vaihdettavissa tai maksua vastaan muutettavissa osakkeiksi. Kansantalouden suotuisan kehityksen on katsottu edellyttävän toimivia ensimmäisillä, sillä yritykset pystyvät siten hankkimaan itselleen edullista pääomaa niiden kilpailukykyä edistäviin investointeihin. Ensimmäisillä tehokas toiminta edellyttää myös toimivia jälkimarkkinoita, sillä sijoittajan on pystyttävä tarvittaessa realisoimaan sijoituksensa. Jälkimarkkinoilla sijoittajat käyvät keskenään kauppaa liikkeeseen lasketuilla arvopapereilla. Samalla he ohjaavat varojaan sellaisten yritysten arvopapereihin, joista he uskovat saavansa hyötyä esimerkiksi arvopaperin arvon kasvuna tai osinko- tai korkotuottona.¹⁶

Jälkimarkkinoilla voidaan käydä kauppaa paitsi ns. käteismarkkinoilla, joilla kaupan kohteet luovutetaan välittömästi ostajalle, myös ns. johdannaismarkkinoilla eli tulevaisuudessa toteutettavista arvopapereiden luovutuksista¹⁷. Johdannaismarkkinoilla käydään kauppaa optio- ja termiinisopimuksista¹⁸, joilla eri osapuolet ovat sopineet tulevaisuudessa tapahtu-

¹⁶ HE 157/1988 s. 3.

¹⁷ Pörssiosakkeiden lisäksi johdannaisia käytetään yleisesti muutenkin rahoitus- ja raaka-ainemarkkinoilla, esim. pohjoismaisessa sähköpörssissä. Johdannaisia voidaan käyttää esim. riskienhallinnan apuvälineenä.

¹⁸ Optiosopimuksella tarkoitetaan sopimusta, jolla optio-oikeuden saaja voi optionsa perusteella vaatia tai olla vaatimatta vastapuolelta jotain suoritusta, esim. tietyn osakkeen luovutusta tiettyinä päivinä tiettyyn hintaan. Optiosopimuksen vastapuoli eli optionasettaja on velvollinen vaadittaessa tekemään tämän suorituksen. Optionasettaja saa sitoumuksestaan vastikkeen eli preemion, jonka optionsaaja joutuu maksamaan korvaukseksi. Termiinisopimuksella tarkoitetaan kauppaa, jossa kaupantekohetkellä sovittavasta hinnasta tehtävä suoritus on täytettävä tiettyinä määräpäivinä. Termiinisopimukset ovat molemminpuolisesti kaupankäyntiin velvoittavia. Termiinkauppoja käydään useimmiten tuotteilla, joilla on julkisessa kaupankäynnissä määräytyvä markkinahinta. Tällaisissa tapauksissa myyjä ja ostaja voivat sopia, että kaupan täyttämisen sijasta hyvitetään termiinihinnan ja suorituspäivän markkinahinnan välinen erotus toiselle osapuolelle. Johdannaisten vakioinnilla tarkoitetaan sitä, että kaupankäynnin kohteena olevien optio- ja termiinisopimusten ehdot on määritelty markkinapaikan toimesta lukuun ottamatta näiden sopimusten päivittäistä markkinahintaa, joka määräytyy markkinoilla. HE 53/1988 s. 3.

vista luovutuksista ja niiden hinnoista. Optiosopimukset ja osakeyhtiölain mukaiset optio-oikeudet on erotettava toisistaan, sillä OYL:n sääntelemät optiot ovat merkintäoptioita, jotka velvoittavat tiettyä osakeyhtiötä antamaan optionsaajalle sovitun määrän osakkeita. Johdannaismarkkinoilla vaihdannan kohteena olevilla osakkeita koskevilla optiosopimuksilla ja kohdeyhtiöllä ei sen sijaan ole periaatteessa tekemistä toistensa kanssa.¹⁹

Ensi- ja jälkimarkkinoiden toimivuus edellyttää sijoittajien luottamusta niiden puolueettomuuteen ja tehokkuuteen. Puolueettomille markkinoille on kaikilla sijoittajilla avoin pääsy sekä heillä on yhtäläiset mahdollisuudet käyttää tietoa arvopapereista ja niiden liikkeeseenlaskijoista hyväkseen kaupankäynnissään. Edelleen puolueettomilla markkinoilla yksikään yksittäinen toimija ei pysty ohjaamaan arvopaperin hintakehitystä. Tehokkailla markkinoilla puolestaan liikkeeseenlaskijaan, arvopaperiin ja markkinoihin yleensä liittyvät tiedot heijastuvat kaupankäynnin kohteena olevien arvopapereiden hintoihin.²⁰

Markkinapaikkana toimivalta arvopaperipörssiltä edellytetään korostettua puolueettomuutta ja luotettavuutta. Voidakseen täyttää nämä vaatimukset on pörssissä oltava riittävän suuri määrä sekä arvopaperivälittäjiä että riittävä määrä vaihdantaa. Pörssillä itsellään tulee olla tehokkaat keinot liikkeeseenlaskijoita, arvopapereita sekä niiden kurseja ja vaihdantaa koskevan tiedon levittämiseen sekä markkinoiden valvontaan. Vaihdannan kohteena olevan arvopaperin kaupankäynnin on oltava riittävän säännöllistä ja omistuksen riittävän hajautunutta, jotteivät yksittäiset toimijat pystyisi ohjaamaan kurssikehitystä.²¹

2.2 Arvopaperimarkkinoiden sääntelystä Suomessa 1980-luvulla

Sijoittajien luottamuksen lisäämiseksi Helsingin Arvopaperipörssi ja Arvopaperivälittäjien yhdistys olivat 1980-luvulla laatineet erilaisia itsesääntelynormeja. Nämä normit olivat vielä 1980-luvun lopulle saakka käytännössä ainoat arvopapereilla toimivien markkinaosapuolten²² toimintaa ohjaavat normit. Arvopaperipörssin ohje- ja järjestyssääntöjen perusteella markkinaosapuolet sitoutuivat noudattamaan pörssieettisiä määräyksiä, joissa oli

¹⁹ HE 53/1988 s. 3.

²⁰ HE 157/1988 s. 3.

²¹ HE 157/1988 s. 4–5.

²² Markkinaosapuolilla tarkoitan tässä arvopaperivälittäjiä ja arvopapereiden liikkeeseenlaskijoita.

määräyksiä yhtiöiden yleisestä ja erityisesti yleisölle tarjottuihin osakeantoihin liittyvästä tiedonantovelvollisuudesta, sisäpiirin arvopaperikaupoista ja mm. lunastusvelvollisuudesta. Arvopaperivälittäjien yhdistys, joka ylläpiti pienempien yritysten osakkeiden kaupankäyntiin tarkoitettua OTC-listaa, oli myös asettanut samankaltaisia, kuitenkin osittain lievempiä määräyksiä mm. yhtiöiden tiedonantovelvollisuudesta.²³ Näiden itsesääntelynormien etuna oli se, että niillä pystyttiin antamaan nopeasti määräyksiä arvopaperimarkkinoille, mistä syystä itsesääntelyllä on edelleen oma merkityksensä varsinaisen lainsäädännön täydentäjänä. Heikkoutena oli kuitenkin se, ettei niiden vaikutus ulotu muihin toimijoihin kuin niihin, jotka ovat sitoutuneet itsesääntelyyn. Myöskään sääntöjen rikkomisesta seuraavien sanktioiden ei katsottu välttämättä olleen aina riittävän tehokkaita. Itsesääntelynormien myötä kuitenkin esim. yhtiöiden osakeantiensa yhteydessä antaman tiedon taso nousi aikaisempaan verrattuna.²⁴

Arvopaperimarkkinat kasvoivat voimakkaasti Suomessa 1980-luvulla, mikä näkyi niin sijoittajien määrän ja arvopapereiden liikkeeseenlaskun ja vaihdon vilkastumisena kuin osakeyleisindeksin jyrkkänä nousuna. Tuolloin yritykset siirtyivät yhä enenevässä määrin hankkimaan rahoitusta yleisöltä luottolaitosten sijasta. Rahoitusta ryhdyttiin hakemaan myös kansainvälisiltä markkinoilta. Luonnollisten henkilöiden ja tavallisten kotitalouksien kiinnostus arvopaperisäästämiseen oli myös kasvussa. Tästä syystä myös kuluttaja-asiamiehen toimivalta arvopaperimarkkinoihin liittyvissä kysymyksissä nousi ajankohtaiseksi. Johdannaisiin liittyvien riskien vuoksi luonnollisten henkilöiden suojaamisen kannalta oli välttämätöntä, että heillä oli mahdollisuus osallistua optio- ja termiinisijoituksiin ainoastaan lailla säännellyillä ja viranomaisten valvomilla johdannaismarkkinoilla.²⁵

Näissä olosuhteissa arvopaperimarkkinoiden toimintaedellytysten turvaamisen katsottiin edellyttävän, että sijoittajien luottamusta arvopaperimarkkinoihin on vahvistettava. Itsesääntelynormit eivät enää yksistään olleet riittäviä, vaan sijoittajien luottamuksen vahvistaminen edellytti alaa koskevaa yleistä lainsäädäntöä ja myös rikosoikeudellisten sanktioiden asettamista tiettyihin tekoihin. Kansainväliset sitoumukset eivät vielä tuossa vaiheessa suoranaisesti edellyttäneet Suomelta lakitasoista arvopaperimarkkinoiden sääntelyä, vaikka tuolloin olikin jo nähtävillä, että myös kansainvälinen yhteistyö edellyttää Suomelta lainsäädäntötoimenpiteitä.²⁶

²³ HE 157/1988 s. 17–18.

²⁴ HE 157/1988 s. 3–5, 24.

²⁵ HE 157/1988 s. 3, 16, 19, 21–22; HE 53/1988 s. 5, 9–10. Vastaava arvopaperimarkkinoiden kasvu oli maailmalla yleinen ilmiö. Ks. arvopaperimarkkinakaupan määrien kasvusta esim. Ruotsissa Afrell 1991 s. 17.

²⁶ HE 157/1988 s. 19–22.

Ensimmäisenä arvopaperimarkkinoita säätelevänä lakina tuli voimaan 1.11.1988 johdannaismarkkinoiden toimintaa säätelevä laki kaupankäynnistä vakioiduilla optioilla ja termiineillä (optiokauppalaki, 772/1988). Laissa on säännökset luvanvaraisesta optiopörssitoiminnasta, johdannaiskaupankäynnistä sekä johdannaismarkkinoiden valvonnasta ja tietyistä rikosoikeudellisista sanktioista. Arvopaperimarkkinoita yleislakina säätelevä arvopaperimarkkinalaki (495/1989) puolestaan astui voimaan vajaa vuosi myöhemmin eli 1.8.1989. Tässä laissa on säännökset arvopapereiden markkinoinnista, liikkeeseenlaskusta sekä säännöllisestä, jatkuvasta ja liikkeeseenlaskun yhteydessä tapahtuvasta tiedonantovelvollisuudesta, arvopaperikaupasta ja -välityksestä, sisäpiiriläisistä, julkisesta ostotarjouksesta ja lunastusvelvollisuudesta sekä valvonta-, rangaistus- ja vahingonkorvausnormeja.

Johdannaismarkkinoiden luotettavalla toiminnalla katsottiin olevan yleistä merkitystä arvopaperimarkkinoita sekä rahamarkkinajärjestelmää kohtaan tunnettavan luottamuksen kannalta. Johdannaismarkkinat poikkeavat käteismarkkinoista siten, että johdannaismarkkinoihin liittyvän vipuvaikutuksen vuoksi sisäpiirintietoa voidaan käyttää hyväksi pienemmillä sijoituksilla kuin varsinaisilla arvopaperimarkkinoilla.²⁷ Sisäpiiriläisten väärinkäytösten estämiseksi optiokauppalakiin otettiin säännökset, joilla välittäjille ja meklareille asetettiin ilmoitusvelvollisuuksia omistusuusistaan niissä yhtiöissä, joita koskevat johdannaiset olivat kaupankäynnin kohteena. Yhtiöiden johtoon kuuluvilta henkilöiltä kaupankäynti omaa yhtiötä koskevilla johdannaisilla kiellettiin kokonaan. Kurssimanipulaation estämiseksi välittäjiltä kiellettiin myös sellaiset toimenpiteet, jotka oli tehty tarkoituksessa vaikuttaa johdannaisen kurssiin.²⁸ Lain vastainen menettely oli säädetty rangaistavaksi johdannaismarkkinarikoksena, joka tuli kyseeseen tahallisena tai törkeästä tuottamuksesta tehtynä. Ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönti tuli rangaistavaksi johdannaismarkkinarikkomuksena.²⁹

Arvopaperimarkkinalain esitöissä on sijoittajan suojaa ja markkinoiden luotettavuuden merkitystä käsitelty laajemmin. Markkinoiden luotettavan toiminnan ja sijoittajan suojan kannalta katsottiin olevan välttämätöntä, että markkinoilla on saatavissa riittävä ja luotettava informaatio arvopapereista ja niiden liikkeeseenlaskijoista. Järkipäiset sijoituspäätökset ja luotettava hinnanmuodostus edellyttävät totuudenmukaisen ja ajankohtaisen tiedon

²⁷ HE 53/1988 s. 5, 6, 9–10.

²⁸ L kaupankäynnistä vakioiduilla optioilla ja termiineillä (772/1988) 3:11, 3:12 ja 3:13. – Nämä säännökset on sittemmin osin muutettu ja osin kumottu kokonaan. Sisäpiirintiedon väärinkäyttö ja kurssimanipulaatio myös johdannaisilla on kuitenkin edelleen säädetty rikoslaissa rangaistavaksi.

²⁹ L kaupankäynnistä vakioiduilla optioilla ja termiineillä (772/1988) 5:3 ja 5:4.

saantia.³⁰ Arvopaperinvälittäjien toiminnan asianmukaisuudella, erityisesti hinnanmuodostuksen vääristymättömyydellä, todettiin olevan myös keskeinen merkitys markkinoiden luotettavalle toiminnalle ja sijoittajien suojan toteutumiselle.³¹ Samoista syistä myös sisäpiiriläisten toimintaa oli säädeltävä mm. ilmoitusvelvollisuuksien ja kaupankäyntirajoitusten muodossa.³² Arvopaperimarkkina-alueissa säädettyjen velvollisuuksien rikkomisesta oli lain 8 luvussa rangaistussäännökset, joista on kehittynyt nykyisin voimassa oleva rikoslain arvopaperimarkkinoita koskeva 51 luku. Arvopaperimarkkina-alueissa oli lisäksi jo tuolloin säädetty erityisestä vahingonkorvausvelvollisuudesta, kun taas menettämisseuraamusten osalta viitattiin RL 2:16:een.

2.3 Arvopaperimarkkinoiden eurooppalaisesta sääntelystä

2.3.1 Euroopan yhteisön piirissä tapahtunut kehitys

Euroopan talousyhteisön pyrkimyksiin kuului yhteisten eurooppalaisten sisämarkkinoiden luominen myös pääomamarkkinoille. Tähän liittyen EY antoi 1970–1990-luvuilla useita direktiivejä, joiden tarkoituksena oli mahdollistaa tehokkaiden eurooppalaisten arvopaperimarkkinoiden synty. Olennainen edellytys eurooppalaisille arvopaperimarkkinoille oli se, että sijoittajien suoja oli tietyllä vähimmäistasolla jäsenvaltiosta riippumatta. Yhteismarkkinoita pyrittiin edistämään myös siten, että arvopapereiden liikkeeseenlaskijoiden ja kansallisten viranomaisten tekemät toimenpiteet on vastavuoroisesti tunnustettavissa eri jäsenmaissa, mikäli nämä toimenpiteet täyttävät direktiiveissä määrätyt vähimmäisvaatimukset. Yksittäisten jäsenvaltioiden sallittiin kuitenkin edelleen säätävän ankarampia säännöksiä, kunhan niiden avulla ei harjoiteta syrjintää.³³ EY:n direktiiveissä säädettiin mm. tietojenantovelvollisuudesta arvopapereiden liikkeeseenlaskun, pörssilistauksen ja tilinpäätöksen julkaisun yhteydessä samoin kuin pörssiyhtiön jatkuvasta tiedonantovelvollisuudesta³⁴, säännölliseen

³⁰ HE 157/1988 s. 24.

³¹ HE 157/1988 s. 37.

³² HE 157/1988 s. 45.

³³ KM 1991:48 s. 49.

³⁴ Listalleottodirektiivi (79/279/ETY), listalleottoesitedirektiivi (80/390/ETY), listalleottoesitteiden vastavuoroista tunnustamista koskeva direktiivi (87/345/ETY) sekä tarjousesitedirektiivi (89/298/ETY) ja direktiivi tarjousesitteiden vastavuoroista tunnustamista koskevaksi direktiiviksi (90/211/ETY).

tiedonantovelvollisuuteen liittyvästä velvollisuudesta julkaista puolivuotiskatsaus³⁵, velvollisuudesta julkaista merkittävistä omistusmuutoksista pörssiyhtiöissä³⁶ sekä sisäpiirin kaupankäynnistä³⁷.

Listalleottodirektiivin³⁸ tavoitteena oli menettelytapoja yhdenmukaistamalla parantaa sijoittajansuojaa eri maissa sekä toisaalta helpottaa toisesta jäsenvaltiosta olevien arvopaperien ottamista pörssilistalle. Direktiivissä ja sen liitteissä on määräykset siitä, mitä edellytyksiä arvopaperin liikkeeseenlaskijan ja myös itse liikkeeseenlaskettavan arvopaperin on täytettävä, jotta se voidaan ottaa noteerattavaksi viralliselle pörssilistalle. Liikkeeseenlaskijaa koskevat vaatimukset liittyivät mm. yhtiön vähimmäiskokoon ja riittävän pitkään toimintahistoriaan, kun taas listalle otettavan arvopaperin oli oltava mm. vapaasti luovutettavissa ja niiden omistus oli oltava riittävän hajautunutta. Edelleen liikkeeseenlaskijaa koski velvollisuus kohdella arvopaperin omistajia ja muita haltijoita yhdenvertaisesti sekä julkistaa kaikki sellaiset seikat, jotka voivat aiheuttaa olennaisia muutoksia osakkeen hintaan.³⁹

Listalleottoesitedirektiivi täydensi listalleottodirektiiviä ja ne valmisteltiinkin yhdessä. Listalleottoesitedirektiivillä yhtenäistettiin vaatimuksia, jotka koskevat pörssilistautumisen yhteydessä julkaistavaa esitettä. Yhdenmukaistamalla listalleottoesitteen sisältöä koskevia vaatimuksia pyrittiin lisäämään arvopaperimarkkinoiden tehokkuutta sekä turvaamaan riittävän ja mahdollisimman puolueettoman tiedon antaminen sekä nykyisille että tuleville arvopapereiden haltijoille. Samalla direktiivillä pyrittiin edistämään yritysten mahdollisuuksia saada arvopapereitaan listattua toisten jäsenvaltioiden pörssilistoille ja toisaalta sijoittajien mahdollisuuksia saada yhdenvertaisesti tietoa toisissa jäsenvaltioissa listatuista arvopapereista.⁴⁰ Listalleottoesitedirektiivin liitteissä on varsin yksityiskohtaiset määräykset siitä, mitä tietoja esitteessä on kerrottava liikkeeseenlaskijan hallinnosta, liiketoiminnasta, taloudellisesta tilanteesta sekä tulevaisuudennäkymistä.⁴¹

Myöhemmin pääomien hankkimista toisista jäsenvaltioista helpotettiin vielä säätämällä erityinen listalleottoesitteiden vastavuoroista tunnustamista koskeva direktiivi⁴², jonka lähtökohtana on, että yhdessä jäsenvaltiossa hyväksytty listalleottoesite on hyväksyttävä toisessakin jäsenvaltiossa il-

³⁵ Puolivuotiskatsausdirektiivi (82/121/ETY).

³⁶ Liputusdirektiivi (88/627/ETY).

³⁷ Sisäpiiridirektiivi (89/592/ETY).

³⁸ Listalleottodirektiivi (79/279/ETY).

³⁹ Listalleottodirektiivi (79/279/ETY) ja sen liitteet, KM 1991:48 s. 71, 130–133.

⁴⁰ KM 1991:48 s. 103.

⁴¹ Listalleottoesitedirektiivi (80/390/ETY) ja sen liitteet.

⁴² Listalleottoesitteiden vastavuoroista tunnustamista koskeva direktiivi (87/345/ETY).

man, että kansallisilla viranomaisilla on oikeutta vaatia niihin uusia tietoja, poikkeuksena kuitenkin lähinnä kansallista tuloverojärjestelmää koskevat tiedot.⁴³ Listalleottoesitedirektiiviä täydentämään säädettiin vielä 1989 voimaan tullut tarjousesitedirektiivi⁴⁴, joka laajensi tiedonantovelvollisten arvopapereiden liikkeeseenlaskijoiden piiriä laajemmalle kuin pörssissä jo oleviin tai sinne aikoviin liikkeeseenlaskijoihin. Direktiiviä sovellettiin siitä riippumatta, haetaanko yleisölle tarjottuja arvopapereita myöhemmin pörssilistalle vai ei. Olennaista soveltamisessa oli, että tarjottaessa arvopapereita laajalti säännellyillä markkinoilla yleisölle on pyrittävä turvaamaan sijoittajien mahdollisuudet arvioida arvopapereihin liittyvät riskit. Sijoittajilla tuli olla mahdollisuus tehdä sijoituspäätöksensä mahdollisimman tietoisena asiaan vaikuttavista seikoista.⁴⁵ Direktiivissä ja sen liitteissä on varsin yksityiskohtaiset määräykset, mistä seikoista (mm. liikkeeseenlaskijan liiketoiminnasta, taloudesta, hallinnosta sekä tulevaisuudennäkymistä) tarjousesitteessä on mainittava. Myös tarjousesitteet otettiin vastavuoroisen tunnustamisen menettelyn piiriin erillisellä tätä koskevalla direktiivillä.⁴⁶

Puolivuotiskatsausdirektiivin⁴⁷ tarkoituksena oli edelleen parantaa sijoittajansuojaa sekä tehdä sijoittajien keskinäinen asema tasavertaisemmaksi säätämällä pörssiyhtiön säännöllisestä tiedonantovelvollisuudesta tilikausien aikana. Puolivuotiskatsausdirektiivi täydensi listalleottodirektiiviä, jossa oli määräykset vuosittaisen tilinpäätöksen julkaisuvelvollisuudesta. Pörssilistalla olevan yhtiön tuli antaa sekä lukuina että sanallisesti tietoja yhtiön toiminnasta ja tuloksesta puolen vuoden pituiselta katsastuskaudelta; julkaistavien lukujen tuli lähtökohtaisesti perustua kirjanpitoon. Selostuksen tuli sisältää kaikki sellaiset merkittävät tiedot, jotka ovat tarpeen sijoittajalle tämän tehdessä perusteltua arviota yhtiön toiminnan ja tuloksen kehityssuunnasta.⁴⁸

Vuonna 1988 voimaan tulleen liputusdirektiivin⁴⁹ avulla pyrittiin lisäämään erityisesti sijoittajien luottamusta arvopaperimarkkinoihin sekä varmistamaan markkinoiden toimivuutta antamalla sijoittajille riittävät tiedot muista sijoittajista. Pörssiyhtiön tuli julkaista sen omistuksessa ta-

⁴³ KM 1991:48 s. 109–110.

⁴⁴ Tarjousesitedirektiivi (89/298/ETY).

⁴⁵ KM 1991:48 s. 113–114.

⁴⁶ Tarjousesitedirektiivi (89/298/ETY) ja sen liitteet; direktiivi tarjousesitteiden vastavuoroista tunnustamista koskevaksi direktiiviksi (90/211/ETY).

⁴⁷ Puolivuotiskatsausdirektiivi (82/121/ETY).

⁴⁸ KM 1991:48 s. 152–155.

⁴⁹ Liputusdirektiivi (88/627/ETY).

pahtuneet muutokset silloin, kun henkilön tai yhteisön omistusosuus joko suoraan tai välillisesti ylitti tai alitti tiettyjä⁵⁰ rajoja.⁵¹

EY:n arvopaperimarkkinoiden toimintaa säätelevistä direktiiveistä ehkä kiistanalaisin oli sisäpiiridirektiivi⁵², jonka valmistelu aloitettiin jo 1970-luvulla. Komission luonnos direktiiviksi valmistui vasta toukokuussa 1987 paljolti Saksan vastustuksen vuoksi, sillä Saksa ei halunnut jäsenmaita juridisesti sitovaa harmonisointia. Direktiivin taustalla vaikuttivat niin taloustieteellinen keskustelu kuin yhteiskunnalliset oikeudenmukaisuusnäkökohdat. 1960-luvulla käytiin taloustieteilijöiden piirissä keskustelua siitä, onko sisäpiiritiedon avulla tehdyn kaupankäynnin kieltevä lainsäädäntö ylipäättänsä tarpeellista. Sääntelyn vastustajien mukaan sisäpiiriläisen kanssa tehdyt kaupat eivät vahingoita sijoittajia, koska ulkopuolinen sijoittaja olisi tehnyt kaupat samaan hintaan ei-sisäpiiriläisenkin kanssa. Sääntelyn kannattajat puolestaan kiinnittivät huomiota mm. siihen, että sisäpiirintiedon hyväksikäytön salliminen voisi johtaa mm. siihen, että yritysjohto panttaa huonojen tietojen julkistamista. Sääntely ylläpitää sijoittajien luottamusta arvopaperimarkkinoiden toimintaan. Myös markkinaosapuolten tasapuolisuutta ja kaupankäynnin reilua korostavien näkökantojen huomioon ottaminen puoltaa sisäpiirintiedon väärinkäytön kieltoa.⁵³

Sisäpiiridirektiivin mallina toimivat käytännössä Englannin ja Ranskan lainsäädännöt, sillä näissä maissa oli kehittyneimmät kansalliset sisäpiirikauppaa koskevat lain tasoiset säännökset.⁵⁴ Sen sijaan esimerkiksi Saksassa sisäpiirikauppoja koskeva sääntely perustui aikaisemmin puhtaasti arvopaperimarkkinoiden itsesääntelyyn.⁵⁵

Sisäpiiridirektiivi sisälsi määritelmiä mm. siitä, milloin tietoa on pidettävä sisäpiirintietona. Direktiivissä oli määräykset myös siitä, mihin henkilöpiiriin sisäpiirintiedon väärinkäytön kieltä ulottuu. Edelleen direktiivissä oli määräyksiä valvontaviranomaisten toiminnasta sekä direktiivin alueellisesta soveltamisalasta. Säädösvalmistelun yhteydessä Euroopan parlamentissa esitettiin, että myös sisäpiirintiedon väärinkäytöstä seuraavat rangaistukset tulisi harmonisoida. Tämä jäi kuitenkin toteutumatta mahdollisten poliitisten ja juristien ongelmien vuoksi. Komissio lisäsi direktiiviin kuitenkin määräykset siitä, että säännösten rikkomisesta seuraavien sanktioiden tulee olla tuntuvia, mitä ilmaisua neuvosto taas lievensi. Lopullisessa direktiivissä

⁵⁰ Liputusrajat olivat 10 %, 20 %, 1/3, 50 % tai 2/3.

⁵¹ Liputusdirektiivi (88/627/ETY), KM 1991:48 s. 164–167.

⁵² Sisäpiiridirektiivi (89/592/ETY).

⁵³ Hopt 1990 s. 52–56.

⁵⁴ Hopt 1990 s. 72–73; Herrington – Glover 1994 s. 34.

⁵⁵ Hopt 1990 s. 72, 76–77; Heinsius 1994 s. 1–8.

jäsenvaltiot veloitetaan säätämään direktiivin määräysten noudattamisen edistämiseksi ”riittävät” seuraamukset.⁵⁶

Näiden direktiivien sääntelyä tarkennettiin 1990-luvulla vielä joiltakin osin ja direktiivit on sittemmin 2000-luvulla kumottu kokonaan ja korvattu uusilla direktiiveillä⁵⁷. Niissä omaksutut mallit ovat kuitenkin edelleen pohjana arvopaperimarkkinoiden sääntelylle niin Suomessa kuin muualla EU:ssa. Ne myös osoittavat, mitkä seikat ovat nousseet sääntelyn kohteeksi pyrittäessä luomaan yhteiset eurooppalaiset pääomamarkkinat. Lisäksi niiden taustalla olevat tavoitteet – sijoittajien suojan parantaminen sekä toisaalta pääomien tehokas allokointi niitä tarvitseville elinkeinonharjoittajille – ovat edelleen merkityksellisiä myös nykyisiä direktiivejä tulkittaessa.

Nykyisin voimassaoleva arvopaperimarkkinoita ja arvopaperimarkkinari-koksia koskeva Suomen lainsäädäntö perustuu 2000-luvun alussa annettuihin uusiin EY-direktiiveihin⁵⁸, joilla korvattiin ja täydennettiin aikaisempia, 1980-luvulta peräisin olleita direktiivejä. Näiden direktiivien antamisen taustalla vaikuttivat useat seikat. Kodifointidirektiivi, joka koski arvopaperien ottamista pörssilistalle ja siihen liittyvää tiedonantovelvollisuutta, tuli voimaan vuonna 2001. Tämän direktiivin antamisen syynä oli pitkälti se, että 1980-luvulla annettuja direktiivejä oli muutettu vuosien kuluessa useasti, joten selkeyden ja järjeistämisen vuoksi vanhojen arvopapereiden liikkeeseenlaskua ja siihen liittyvää tiedonantovelvollisuutta koskevien säännösten läpikäynti ja kokoaminen yhteen direktiiviin oli tarpeen⁵⁹.

⁵⁶ Sisäpiiridirektiivi (89/592/ETY); Hopt 1990 s. 75. Sisäpiiridirektiivin 13 artiklan mukaan ”Jäsenvaltion on säädettävä tämän direktiivin nojalla annettujen säännösten rikkomisen seuraamuksista. Näiden seuraamusten on oltava riittävät, jotta ne edistävät näiden säännösten noudattamista.”

⁵⁷ Listalleottodirektiivi (79/279/ETY), listalleottoesitedirektiivi (80/390/ETY), listalleottoesitteiden vastavuoroista tunnustamista koskeva direktiivi (87/345/ETY), puolivuotiskatsausdirektiivi (82/121/ETY) ja liputusdirektiivi (88/627/ETY) on korvattu v. 2001 direktiivillä arvopaperien ottamisesta viralliselle pörssilistalle sekä siihen liittyvästä tiedonantovelvollisuudesta. Tarjousesitedirektiivi (89/298/ETY) ja direktiivi tarjousesitteiden vastavuoroisesta tunnustamisesta (90/211/ETY) on korvattu v. 2003 direktiivillä arvopapereiden yleisölle tarjoamisen tai kaupankäynnin kohteeksi ottamisen yhteydessä julkistettavasta esitteestä ja direktiivin 2001/34/EY muuttamisesta, josta käytetään yleisesti myös nimeä esitedirektiivi (2003/71/EY). Sisäpiiridirektiivi (89/592/ETY) on v. 2003 korvattu uudella markkinoiden väärinkäyttöä koskevalla direktiivillä (2003/6/EY). – Sijoituspalveluyritysten toimintaa säätelevä sijoituspalveludirektiivi (1993/22/ETY) on korvattu Rahoitusvälineiden markkinat-direktiivillä (MiFID, 2004/39/EY)

⁵⁸ Ns. kodifointidirektiivi 2001/34/EY, esitedirektiivi 2003/71/EY, markkinoiden väärinkäyttödirektiivi 2003/6/EY sekä markkinoiden väärinkäyttödirektiivin nojalla annetut komission direktiivit (komission määritelmädirektiivi 2003/124/EY, komission sijoitus-suositusdirektiivi 2003/125/EY sekä komission kolmas direktiivi 2004/72/EY) ja komission takaisinostoasetus (EY) N:o 2273/2003.

⁵⁹ Kodifointidirektiivin 2001/34/EY johdantolause.

Kodifiointidirektiivi edusti sikäli vähimmäisharmonisointia, että se antaa mahdollisuuden jäsenvaltioille asettaa tiukempia edellytyksiä viralliselle listalle ottamiselle⁶⁰.

Rahoitusmarkkinat kansainvälistyivät edelleen voimakkaasti 1990-luvulla ja yritykset hankkivat rahoitusta yhä useammin osake- tai muiden arvopapereiden emissioilla. Nämä uusien arvopapereiden liikkeeseenlaskut olivat yhä useammin suunnattu kotimaan lisäksi myös muiden maiden rahoitusmarkkinoille. Hankittaessa pääomaa arvopaperimarkkinoilta keskeisessä asemassa ovat yrityksen antamat tiedot itsestään. Aikaisemmissa direktiiveissä noudatettu vähimmäisharmonisoinnin periaate yhdessä jäsenvaltioiden erilaisten direktiivitulkintojen sekä vastavuoroisen tunnustamisen osittainen puuttuminen aiheutti sen, etteivät yritykset pystyneet kuitenkaan käyttämään yhtä samansisältöistä esitettä hankkiessaan rahoitusta kansainvälisiltä arvopaperimarkkinoilta. Rajat ylittäviä arvopaperiemissioita oli tarpeen pyrkiä tehostamaan emissioiden kustannuksia alentavilla säännöillä, jotka edustivat aikaisemmasta poiketen maksimiharmonisointia. Toimilla pyrittiin edistämään erityisesti pienten ja keskisuurten sekä uusien yritysten mahdollisuuksia hankkia sijoituspääomaa kansainvälisiltä arvopaperimarkkinoilta. Samalla tavoitteena oli myös sijoittajansuojan parantaminen ottamalla huomioon mm. eri sijoittajaryhmien erilaiset tarpeet ja asiantuntemus.⁶¹ Vuonna 2003 annetulla esitedirektiivillä, joka koskee arvopapereiden liikkeeseenlaskun yhteydessä julkaistavassa listalleottoesitteessä annettavia tietoja, pyrittiin ratkaisemaan näitä ongelmia.

2.3.2 Euroopan neuvoston yleissopimus sisäpiirin kaupankäynnistä

Euroopan neuvoston yleissopimuksen ja EY:n sisäpiiridirektiivin keskeisimpänä erona voidaan pitää sitä, että sisäpiiridirektiivin tarkoituksena oli enemmänkin huolehtia siitä, että jäsenvaltiot laativat sisäpiirintiedon väärinkäytön sanktioivan substanssilainsäädännön, kun taas EN:n yleissopimuksessa painopiste on EN:n jäsenvaltioiden keskinäisen kansainvälisen yhteistyön järjestämisessä tilanteissa, joissa on kyse rajat ylittävästä sisäpiirintiedon väärinkäytöstä. Tällainen tilanne voi olla kyseessä esim. silloin, kun sisäpiirintietoa väärinkäyttänyt henkilö asuu muussa kuin varsinaisessa rikoksenteleopaikan eli arvopaperipörssin tai muun markkinapaikan sijaintimaassa.

EN:n yleissopimuksen solmimisen taustalla on mainittu sisäpiirin kielletyn kaupankäynnin haittaavan jäsenvaltioiden kansantaloutta ja niiden

⁶⁰ Kodifiointidirektiivi 2001/34/EY 8 art.

⁶¹ HE 38/2005 s. 5, 18, 21-22; Esitedirektiivin 2003/71/EY johdantolause kohdat 4, 10, 16.

arvopaperimarkkinoiden moitteetonta toimintaa. Edelleen se heikentää sijoittajien yhdenvertaisia mahdollisuuksia sekä markkinoiden luotettavuutta. Tapaukset, joissa sisäpiirintiedon väärinkäyttö muodostuu rajat ylittäväksi rikollisuudeksi, ovat osoittautuneet käytännössä vaikeiksi. Tällaisissa tilanteissa kansainvälistä yhteistyötä on ollut tarpeen parantaa.⁶² Sisäpiiridirektiivin ja yleissopimuksen tavoitteet ovat siten tältä osin yhtenevät ja esimerkiksi kielletyn sisäpiirikaupan määritelmät ovat toisiaan vastaavia⁶³. Yleissopimuksen lisäpöytäkirjan mukaan EY:n jäsenvaltioiden välillä sovelletaan ensisijaisesti EY:n sääntöjä eikä EN:n yleissopimusta. Suomen lainsäädännön kannalta keskeisimmät EN:n yleissopimuksen vaikutukset liittyivät kansainvälisen yhteistyön käytännön järjestämiseen ja erityisesti tässä tapauksessa pankkitarkastusviraston (nykyisen Rahoitustarkastuksen) roolin määrittelemiseen, sen sijaan varsinaiseen sisäpiirintiedon väärinkäyttöä koskevaan materiaaliseen lainsäädäntöön yleissopimuksella ei ollut juurikaan merkitystä⁶⁴.

3 ARVOPAPERIMARKKINARIKOSTEN SYSTEMATIIKASTA

3.1 Rikoslain 51 luvun ja arvopaperimarkkinalain taustaa

Eurooppalaisen tavoitteen, yhtenäisten rahoituspalvelumarkkinoiden saavuttamisen, yksi vaihe oli markkinoiden väärinkäyttöä koskeva direktiivi⁶⁵, jolla kumottiin aikaisemmin voimassa ollut sisäpiiridirektiivi. Uuden direktiivin antamiseen päädyttiin siksi, että voimassa ollut EY:n lainsäädäntö ei riittänyt suojaamaan markkinoiden luotettavuutta, sillä markkinoiden manipuloinnista ei ollut minkäänlaisia EY:n säännöksiä. Jäsenvaltioiden omat säännöt olivat puolestaan huomattavasti toisistaan poikkeavia tai ne saattoivat tältä osin puuttua kokonaan. Näiden erojen todettiin johtavan kilpailun vääristymiseen rahoitusmarkkinoilla sekä estävän samoihin toimintaedellytyksiin perustuvien EU:n laajuisten rahoitusmarkkinoiden kehittymisen.⁶⁶ Rahoituksen yhtenäismarkkinat puolestaan ovat komis-

⁶² EN:n yleissopimuksen (SopS 83/1995) johdantolause; KM 1991:48 s. 213–214.

⁶³ KM 1991:48 s. 213, 226.

⁶⁴ KM 1991:48 s. 223–239.

⁶⁵ Markkinoiden väärinkäyttödirektiivi 2003/6/EY.

⁶⁶ Komission ehdotus markkinoiden väärinkäyttödirektiiviksi s. 3. (Komission ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi sisäpiirikaupoista ja markkinoiden mani-

sion mukaan Euroopan talouden kilpailukyvyn kannalta keskeinen tekijä, joka alentaa sekä pienten että suurten yritysten pääomakustannuksia ja mahdollistaa myös kuluttajille halvempia luottoja ja suurempia eläkkeitä. Arvopaperimarkkinoiden merkitys koko talouden kannalta on kasvanut koko ajan vaikuttaen mm. luottokantaan sekä lainojen vakuuksiin. Niiden häiriötön toiminta ja yleinen luottamus ovat komission mukaan kestävän talouskasvun ja vaurauden perusedellytyksiä. Markkinoiden väärinkäyttö pitää uudet sijoittajat poissa markkinoilta, millä voi olla vakavia seurauksia mm. talouskasvuun ja Euroopan talouspolitiikkaan. Markkinoiden väärinkäyttödirektiivillä pyrittiin varmistamaan rahoitusmarkkinoiden luotettavuus Euroopassa yhteisten normien avulla.⁶⁷

Markkinoiden väärinkäyttödirektiivin säätämisen yhteydessä hyväksyttiin se periaate, että eurooppalaisia arvopaperimarkkinoita säädellään nelitasoisen mallin, ns. Lamfalussy-sääntelyprosessin avulla. Ensimmäisellä tasolla ovat laajoja yleisperiaatteita säätelevät neuvoston ja parlamentin direktiivit, toisella tasolla täytäntöönpanotoimia säätelevät teknisluontoiset ja yksityiskohtaisemmat komission direktiivit, kolmannella tasolla on valvontaviranomaisten yhteistyö yhtenäisten menettelytapojen ja käytäntöjen aikaansaamiseksi. Neljännellä tasolla on komission suorittama valvonta sen seuraamiseksi, että jäsenvaltiot ovat saattaneet EY-säädökset kansallisesti voimaan ja että niitä myös käytännössä noudatetaan. Siten sääntelyprosessista pyrittiin tekemään nopeampi, tehokkaampi ja avoimempi. Menettelyä käyttäen normit pysyvät paremmin markkinoiden ja niiden valvonnan kehityksen tasolla.⁶⁸

Käytännössä nelitasoinen malli ilmenee mm. siten, että yleisperiaatteita säätelevien markkinoiden väärinkäyttödirektiivin nojalla komissio antoi kolme täytäntöönpanodirektiiviä ja yhden täytäntöönpanoasetuksen⁶⁹. Komission määritelmädirektiivissä täsmennetään sisäpiirintiedon väärin-

puloinnista (markkinoiden väärinkäyttö), KOM(2001) 281 lopullinen, annettu 30.5.2001, EYVL C 240 E, 28.8.2001, s. 265.)

⁶⁷ Komission ehdotus markkinoiden väärinkäyttödirektiiviksi s. 2. Rahoituspalvelujen yhtenäismarkkinoiden tärkeyttä on korostettu myös markkinoiden väärinkäyttödirektiivin johdantolauseessa, jossa niiden on todettu olevan ”ratkaisevan tärkeitä yhteisön taloudelliselle kasvuille ja työpaikkojen luomiselle”. Direktiivin todettiin myös vastaavan huoleen siitä, miten terroritoiminnan rahoittamista voidaan torjua. Markkinoiden väärinkäyttödirektiivin johdantolauseen kohdat 1 ja 13. – Direktiivin johdantolauseeseen ja komission ehdotuksessa mainittuihin perusteluihin on syytä suhtautua ainakin joltain osin kriittisesti.

⁶⁸ HE 137/2004 s. 17; Häyrynen 2006 s. 20–22.

⁶⁹ Komission määritelmädirektiivi 2003/124/EY, komission sijoitussuositusdirektiivi 2003/125/EY, komission kolmas direktiivi 2004/72/EY, joka koskee mm. hyväksytyjä markkinakäytäntöjä, hyödykejohdannaisten sisäpiiritietoa ja johtohenkilöiden sekä epäillyttävien arvopaperikauppojen ilmoittamisvelvollisuutta, sekä komission takaisinostoasetus (EY) N:o 2273/2003.

käyttöön ja markkinoiden manipulointiin liittyviä termejä. Siinä kuvataan siis varsin yksityiskohtaisesti, millaisia tekoja on pidettävä esim. kurssin vääristämisenä ja millaista tietoa on pidettävä sisäpiirintietona. Määritelmädirektiivi on Suomessa pantu kansallisesti täytäntöön ottamalla direktiivin määritelmät arvopaperimarkkinalakiin.⁷⁰

Komission sijoitussuositusdirektiivi koskee tilanteita, jolloin esim. analyttikot antavat tutkimustietoonsa perustuen suosituksia tietyn arvopaperin ostamisesta ja myymisestä tai arvioita arvopaperin tulevasta hintakehityksestä. Direktiivillä pyritään siihen, että esitettävistä sijoitussuosituksista ilmenee mahdolliset sellaiset eturistiriidat, jotka voivat vaikuttaa sijoitussuosituksen objektiivisuuden arviointiin. Sijoitussuosituksista on myös käytävä ilmi se, mihin keskeisiin lähteisiin annettu sijoitussuositus perustuu ja milloin sijoitussuosituksessa puhutaan sen laatijan omasta mielipiteestä eikä eksaktista tosiasiaista.⁷¹ Sijoitussuositusdirektiivi on implementoitu Suomen lainsäädäntöön siten, että yleissäännökset on otettu AML:n 4:4.4:ään sekä 4:10:een ja laissa on delegoitu Rahoitustarkastukselle oikeus antaa tarkempia määräyksiä.

Komission kolmannessa direktiivissä annetaan määräyksiä hyväksytyistä markkinakäytännöistä, hyödykejohdannaisten sisäpiirintiedon määritelmästä sekä sisäpiiriluetelujen laatimisesta ja sisäpiiriläisten tekemien arvopaperikauppojen ilmoittamisesta. Markkinaosapuolille on tietyissä tapauksissa sallittu ryhtyä toimiin, jotka esim. parantavat markkinoiden likviditeettiä. Olennaista tällaisten toimien hyväksymisessä on se, että ko. toimet ovat läpinäkyviä, ts. markkinoilla tiedossa. Direktiivissä annetaan mm. määräyksiä siitä, miten toimien hyväksyttävyyttä arvioitaessa viranomaisten on meneteltävä.⁷² Hyödykejohdannaisten osalta direktiivissä on tarkennettu markkinoiden väärinkäyttödirektiivin sisäpiirintiedon määritelmää. Hyödykejohdannaisten osalta sisäpiirintietoa on sellainen johdannaiseen liittyvä tieto, joka tavanimukaisesti tai eri säädösten nojalla annetaan hyödykejohdannaismarkkinoilla toimiville henkilöille. Direktiivi ei edellytä tiedolla olevan hintavaikutusta päinvastoin kuin muita arvopapereita koskevalla sisäpiirintiedolla edellytetään.⁷³ Suomen arvopaperimarkkinalaissa ei hyödykejohdannaisten osalta ole tehty poikkeusta sisäpiirintiedon suhteen, vaan se on määritelty samalla tavoin kuin muissakin arvopapereissa⁷⁴.

⁷⁰ HE 137/2004 s. 22, AML 5 luku.

⁷¹ HE 137/2004 s. 23–26.

⁷² Komission kolmas direktiivi 2004/72/EY, johdantolause sekä artikkelit 2 ja 3.

⁷³ Komission kolmas direktiivi 2004/72/EY, artikla 4.

⁷⁴ AML 5:1.

Markkinoiden väärinkäyttödirektiivin ja sen nojalla annettujen komission direktiivien jälkeen säädetty keskeinen arvopaperimarkkinoilla tapahtuvaa tiedottamista koskeva direktiivi on avoimuusdirektiivi⁷⁵, joka koskee arvopapereiden liikkeeseenlaskijoiden säännöllistä tiedonantovelvollisuutta sekä liputusvelvollisuutta. Aikaisempiin EU-säädöksiin nähden merkittävin muutos oli se, että liikkeeseenlaskijat veloitettiin puolivuotiskatsauksen lisäksi antamaan tilikauden kolmelta ja yhdeksältä kuukaudelta osavuotinen johdon selvitys⁷⁶. Avoimuusdirektiivi edustaa vähimmäisharmonisointia, joten kansallisessa lainsäädännössä annettiin mahdollisuus säätää tätä tiukemmista vaatimuksista, jolloin liikkeeseenlaskijoiden, jotka jo kansallisen lainsäädännön nojalla julkaisivat neljännesvuosikatsauksia, ei tarvitse erikseen tehdä osavuotisia johdon selvityksiä⁷⁷. Kansallisen lainsäädännön tiukempien määräysten soveltamisalaa on kuitenkin rajoitettu ns. kotijäsenvaltiösäännöksillä. Direktiivin mukaan liikkeeseenlaskijan kotijäsenvaltiota tiukempia toisen jäsenvaltion määräyksiä säännöllisestä tai jatkuvasta tiedonantovelvollisuudesta ei voida soveltaa siinä tapauksessa, että arvopapereita noteerataan tässä toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevalla markkinapaikalla. Säännöksen tarkoituksena on edesauttaa poistamaan esteitä arvopapereiden ottamiseksi kaupankäynnin kohteiksi toisissa jäsenvaltioissa⁷⁸. Avoimuusdirektiivissä edellytetään, että jäsenvaltiot sanktioivat omassa kansallisessa lainsäädännössään vähintään hallinnollisilla seuraamuksilla direktiivin säännösten vastaisen menettelyn. Seuraamusten on oltava tehokkaita, oikeasuhtaisia ja varoittavia.⁷⁹

EU-tasolla tapahtuva arvopaperimarkkinoiden sääntely on siis edelleen pitkälti vähimmäisharmonisointia, joka mahdollistaa jäsenvaltioille myös tiukemman sääntelyn kuin EU:n tasolla säädetyissä direktiiveissä edellytetään. Maksimiharmonisointia, josta poikkeavia säännöksiä jäsenvaltiot eivät voi antaa, on sovellettu arvopaperimarkkinoiden sääntelyssä lähinnä listalleottoesitteessä julkaistaviin tietoihin. Jäsenvaltiot eivät voi määrätä,

⁷⁵ Avoimuusdirektiivi 2004/109/EY.

⁷⁶ Osavuotinen johdon selvitys on direktiivin määräysten mukaan suppeampi kuin puolivuotiskatsaus, jossa on julkaistava mm. lyhennetyt tilinpäätösasiakirjat, kun taas osavuotisessa johdon selvityksessä yksinkertaistaen riittävää on selvitys ajanjakson merkittävistä tapahtumista ja liiketoimista ja niiden vaikutuksesta liikkeeseenlaskijan taloudelliseen asemaan sekä yleiskuvaus liikkeeseenlaskijan taloudellisesta asemasta ja kehityksestä. Avoimuusdirektiivi 2004/109/EY artiklat 5 ja 6.

⁷⁷ Avoimuusdirektiivi 2004/109/EY johdantolause kohta 16 ja 3 artikla. Suomessa oli jo aikaisemmin voimassa osavuosikatsausta koskeva AML:n 2:5, joka edellytti osavuosikatsauksessa julkaistavan tarkempia tietoja kuin avoimuusdirektiivin johdon osavuotisessa selvityksessä.

⁷⁸ Avoimuusdirektiivi 2004/109/EY johdantolause kohta 7 ja 3 artikla.

⁷⁹ Avoimuusdirektiivi 2004/109/EY 28 artikla.

että arvopaperin liikkeeseenlaskija antaa arvopapereiden liikkeeseenlaskun yhteydessä enempää tietoja kuin direktiivissä edellytetään⁸⁰. Rikoslain sääntöjä ei sen sijaan ole suoraan harmonisoitu. Jäsenvaltioille on jätetty varsin laaja harkintavalta sen suhteen, millä tavoin erilaisten rikosoikeudellisten tai muiden sanktioiden toteuttaminen tapahtuu. Markkinoiden väärinkäyttödirektiivi, esitedirektiivi ja avoimuusdirektiivi velvoittavat jäsenvaltioita ainoastaan säätämään tehokkaat, oikeasuhtaiset ja varoittavat sanktiot direktiivin tarkoituksen toteuttamiseksi. EU-tasolla on kuitenkin mahdollista yhdenmukaistaa hallinnollisia sanktioita, mitä mm. markkinoiden väärinkäyttödirektiivinkin kansallinen implementointi on Suomessa aiheuttanut. Tämän direktiivin johdosta Rahoitustarkastukselle säädettiin toimivalta määrätä itsenäisesti tai esittää markkinaoikeudelle määrättäväksi tietyissä tilanteissa hallinnollisia maksuseuraamuksia markkinoilla toimiville osapuolille⁸¹.

Suomessa EU-tason sääntely on implementoitu ottamalla tarvittavat määräykset arvopaperimarkkinalakiin, jossa on myös toisaalta delegoitu säädösvaltaa alemmalle tasolle; toisaalta kansallisille viranomaisille ja toisaalta myös EU:n komissiolle. Rikoslain normit kytkeytyvät arvopaperimarkkinalakiin siten, että rikoslaissa on kuvattu rangaistava menettely mutta viitattu määritelmien osalta arvopaperimarkkinalakiin⁸². Näin ollen rikoslain 51 luvun tunnusmerkistöjen sisältö tulee pitkälti arvopaperimarkkinalaista, jonka muuttuessa myös rangaistavan käyttäytymisen ala muuttuu. On kuitenkin huomattava, että rikoslain 51 luvussa esiintyy myös sellaisia tunnusmerkistökitejä, joita arvopaperimarkkinalaki ei tunne (esim. hyötmistarkoitus kurssin vääristämisessä). Kun arvopaperimarkkinalaki pitkälti pohjautuu EU-säädöksiin, on EU-tason sääntelyllä kuitenkin huomattava tulkintavaikutus⁸³ arvioitaessa sitä, onko tietty menettely rikosoikeudellisesti rangaistavaa vai ei. Tällöin on lainsoveltajan kiinnitettävä erityistä huomiota siihen, edustaako EU-sääntely maksimiharmonisointia vai onko kyseessä vähimmäisharmonisointia edustava EU-säännös. Esimerkiksi tilanteessa, jossa toisessa EU-jäsenvaltiossa kotipaikkaansa pitävä pörssi-yhtiö, jonka osakkeet on noteerattu myös Helsingin pörssissä, ei käsitykseni mukaan

⁸⁰ HE 38/2005 s. 21.

⁸¹ Laki rahoitustarkastuksesta 24b–26a § antavat rahoitustarkastukselle mahdollisuuden määrätä rikemaksun, julkisen huomautuksen, julkisen varoituksen tai esittää ankaramman seuraamusmaksun määräämistä, josta päättää markkinaoikeus. Julkinen huomautus ja julkinen varoitus kuuluivat Ratan toimivaltuuksiin jo ennen markkinoiden väärinkäyttödirektiiviäkin. Ks. HE 137/2004 s. 40–41. – Hallinnollisia sanktioita ja niihin liittyviä ongelmia käsittelee myöhemmin tässä artikkelissa.

⁸² Arvopaperimarkkinalain lisäksi rikoslaissa on viittauksia myös optiokauppalakiin.

⁸³ Eurooppaoikeuden vaikutuksesta kansallisen rikoslain soveltamisessa yleensä ja sen tulkintavaikutuksesta ks. Nuotio 2007 s. 394–397.

voi syyllistyä tiedottamisrikokseen Suomen rikoslain nojalla⁸⁴, jos tiedottaminen täyttää yhtiön kotijäsenvaltion asettamat avoimuusdirektiivin mukaiset vaatimukset.

3.2 Arvopaperimarkkinoita koskevan lainsäädännön rikkomisen seuraamukset

3.2.1 Sanktioiden lajit

Arvopaperimarkkinoita koskevan lainsäädännön rikkomisesta seuraavat sanktiot voidaan jakaa hallinnollisiin ja rikosoikeudellisiin sanktioihin. Lisäksi itsesääntelynormien kuten Helsingin arvopaperipörssin sääntöjen nojalla erilaiset yhteisöjen omat kurinpitomenettelyt voivat olla mahdollisia. Näissä kurinpitomenettelyissä määrättävät sanktiot voivat olla julkisoikeudellisiin hallinnollisiin tai rikosoikeudellisiin seuraamuksiin verrattuna varsin ankaria⁸⁵.

Rikoslain arvopaperimarkkinakriminalisoinnit on sijoitettu RL 51 lukuun, jossa määrätään rangaistavaksi sisäpiirintiedon väärinkäyttö (RL 51:1) ja kurssin vääristäminen (RL 51:3) tavallisine ja törkeine tekemuotoineen sekä arvopaperimarkkinoita koskeva tiedottamisrikos (RL51:5). Näiden normien vastaisesta menettelystä voi myös oikeushenkilön rangaistusvastuu tulla kyseeseen (RL 51:8). Rikoslain rangaistusasteikot vaihtelevat sakko-rangaistuksesta enintään neljän vuoden pituisiin vankeusrangaistuksiin. Arvopaperimarkkina- ja optiokauppalaissa on omia rangaistussäännöksiä, jotka ovat pääasiallisesti luonteeltaan hallinnollisten määräysten rikkomisen varalta säädettyjä tehostekriminalisointeja. Kuitenkin myös tiedonantovelvollisuuden laiminlyönnin kriminalisoinnista on optiokauppalaissa erityissäännös⁸⁶, joka kuitenkin väistyy, mikäli teko tulee ankarammin

⁸⁴ Suomen rikoslain soveltamisala määräytyy RL 1 luvun mukaisesti. Suomen rikoslain soveltaminen on pitkälti kytköksissä lähinnä tekopaikkaan tai tekijän ja teon kohteen kansallisuuteen, sen sijaan esim. yhtiön muodollinen kotipaikka ei ole välttämättä yksinään ratkaiseva tekijä. Siten ulkomaalaisen yhtiön toimet Suomen arvopaperimarkkinoilla voivat tulla arvioitavaksi Suomen rikoslain nojalla.

⁸⁵ Esimerkiksi Helsingin arvopaperipörssin sääntöjen tai hyvien arvopaperikauppatapojen vastaisesta menettelystä pörssin kurinpitolautakunta voi määrätä varoituksen tai kurinpitomaksun, jonka määrä on vähintään 10 000 euroa ja enintään 500 000 euroa. Kurinpitolautakunta voi myös tehdä esityksen pörssille arvopaperin poistamiseksi pörssilistalta. Arvopaperipörssin säännöt, voimassa 15.2.2007 lukien, kohta 4.2. Kurinpitomenettely.

⁸⁶ Optiokauppalaki 5:4 (johdannaismarkkinarikkomus), joka velvoittaa ao. johdannaismarkkinoilla toimivat osapuolet ilmoittamaan poikkeuksellisista tai olennaisista rajoituksista sähkön tai maakaasun tuotannossa, siirrosta tai kulutuksessa.

rangaistavaksi jonkin muun normin perusteella. Näiden kahden erityislain rangaistusasteikot vaihtelevat sakkorangaistuksista enintään vuoden pituisiin vankeusrangaistuksiin.

Hallinnollisista seuraamuksista on määrätty Rahoitustarkastuksesta annetussa laissa. Lain 24b §:ssä säädetty rikemaksu, jonka määrää Rahoitustarkastus, on lähinnä luonteeltaan laissa asetettujen hallinnollisten määräysten tehostesanktio. Myös sijoitusrahaston omien sääntöjen vastaisesta menettelystä voidaan määrätä lain 24b §:n mukaan rikemaksu. Rikemaksun suuruus on oikeushenkilölle vähintään 500 ja enintään 10 000 euroa, kun taas yksityishenkilön kohdalla rikemaksu on vähintään 50 ja enintään 1 000 euroa. Rahoitustarkastus voi määrätä myös julkisen huomautuksen tai vakavamman julkisen varoituksen. Seuraamusmaksun, josta on säädetty lain 26a §:ssä, määrää markkinaoikeus rahoitustarkastuksen esityksestä. Se ei ole luonteeltaan itsenäinen seuraamus, vaan se voidaan määrätä rahoitustarkastuksen lain 25 §:n nojalla antaman julkisen varoituksen ohella. Seuraamusmaksu on tarkoitettu tilanteisiin, jotka ovat rikoslaissa säädettyjä kriminalisointeja lievempiä tapauksia tai joita ei tarkoituksenmukaisuussyistä ole tarpeen käsitellä rikosprosessissa⁸⁷. Seuraamusmaksun suuruus on oikeushenkilölle vähintään 500 ja enintään 200 000 euroa, kun taas yksityishenkilölle määrättävä maksu on vähintään 100 ja enintään 10 000 euroa.

3.2.2 Rikoslain kriminalisoinnit

Sisäpiirintiedon väärinkäyttö (RL 51:1) ja törkeä sisäpiirintiedon väärinkäyttö (RL 51:2)

Sisäpiirintiedon väärinkäyttönä (RL 51:1) rangaistaan teosta, jossa taloudellisen hyödyn hankkimistarkoituksessa käytetään hyväksi julkisilla markkinoilla noteerattuun arvopaperiin liittyvää sisäpiirintietoa joko käymällä arvopaperilla itse omaan tai toisen lukuun kauppaa tai neuvomalla jotakuta toista henkilöä tällaisen arvopaperin kaupassa. Rangaistavuuden edellytyksenä on tahallisuus tai törkeä huolimattomuus. Myös yritysasteelle jäänyt tahallinen teko on säädetty rangaistavaksi.

Sisäpiirintiedon väärinkäyttöä voidaan luonnehtia rangaistussäännökseksi, jolla pyritään estämään hyötyminen epäsymmetrisen informaation

⁸⁷ Häyrynen 2006 s. 364. – Muista seuraamuksista todettakoon se, että luvanvaraisen toiminnan ollessa kyseessä voi myös toimiluvan peruuttaminen tulla kyseeseen kuten esim. arvopaperipörssiltä, välittäjältä tai selvitys yhteisöltä. Rahoitustarkastus voi kieltää myös tiettyä henkilöä toimimasta valvonnan kohteena olevan oikeushenkilön johtotehtävissä. Myös arvopaperipörssin säännöissä on säädetty mahdollisuudesta poistaa pörssiosake tietyissä tapauksissa kokonaan listalta.

avulla, ts. kaupankäynti arvopapereilla niissä tilanteissa, joissa yhdellä markkinaosapuolella on muita osapuolia enemmän arvopaperiin liittyvää julkistamatonta tietoa.

Normaalitapauksessa sisäpiirintiedon väärinkäytön tunnusmerkistön täyttyminen edellyttää siis vähintään kolmen elementin täyttymistä: osto- tai myyntitoimeksiantoa, sisäpiirintietoa ja hyötymistarkoitusta, joka ilmenee tunnusmerkistössä kahdella eri tapaa ("hankkiakseen itselleen tai toiselle taloudellista hyötyä" sekä "käyttää --- sisäpiirintietoa hyväksi").

Sisäpiirintietoa on AML 5:1:n mukaan arvopaperiin liittyvää luonteeltaan täsmällistä tietoa, jota ei ole julkistettu tai joka muuten ei ole ollut markkinoilla saatavilla ja joka on omiaan olennaisesti vaikuttamaan sanotun arvopaperin arvoon. Sisäpiirintiedon määritelmää on täsmennetty komission määritelmädirektiivin 1 artiklassa⁸⁸.

Tapauksessa KKO 2006:110, joka on nykyisinkin voimassaolevan lainsäädännön kannalta relevantti prejudikaatti, on myös otettu kantaa sisäpiirintiedolta edellytettäviin vaatimuksiin. KKO:n mukaan tiedon täsmällisyyden kannalta olennaista on, että tieto koskee joitakin yksilöitävissä olevia tosiasioita tai olosuhteita, joiden ilmenemiseen tai toteutumiseen on objektiivisesti arvioituna tosiasiallinen mahdollisuus. Tiedon on lisäksi oltava riittävän tarkkaa, jotta sen perusteella voidaan tehdä johtopäätös olosuhteiden tai tapahtumien mahdollisesta vaikutuksesta arvopapereiden arvoihin.⁸⁹ Tiedon julkistamattomuuden kannalta olennaista on se, missä määrin markkinoilla jo oleva tieto vastaa väitettyä sisäpiirintietoa. KKO:n

⁸⁸ Komission määritelmädirektiivin 2003/124/EY 1 artiklan mukaan "tiedon katsotaan olevan täsmällistä, jos se viittaa ilmenneisiin olosuhteisiin tai olosuhteisiin, joiden voidaan kohtuudella olettaa ilmenevän, tai toteutuneeseen tapahtumaan tai tapahtumaan, jonka voidaan kohtuudella olettaa toteutuvan, ja jos se on riittävän tarkkaa, jotta sen perusteella voidaan tehdä johtopäätös edellä mainittujen olosuhteiden tai edellä mainitun tapahtuman mahdollisesta vaikutuksesta rahoitusvälineiden tai kyseisiin rahoitusvälineisiin liittyvien johdannaissovimusten hintaan." Edelleen tiedon hintavaikutuksella tarkoitetaan "tietoa, jota järkevästi toimiva sijoittaja todennäköisesti käyttäisi yhtenä sijoituspäätöksensä perusteena".

⁸⁹ KKO 2006:110 kohdat 17 ja 18. Sisäpiirintiedolta edellytettävää täsmällisyyttä arvioitaessa KKO:n ratkaisussa on viitattu esitöihin (HE 137/2004 s. 60). Kyseinen HE 137/2004 s. 60 puolestaan perustuu tältä osin komission määritelmädirektiivin (2003/124/EY) 1. artiklan 1 kohtaan. Tapauksessa on kuitenkin ollut kyse tapahtumista, jotka ovat tapahtuneet ennen komission määritelmädirektiivin voimaansaattamista ja joihin on sovellettu tuolloin voimassa olleita rikossäännöksiä. Tällaista menettelyä, jossa vanhaa säännöstä tulkitaan uuden lainsäädännön esitöiden perusteella, voidaan pitää legaliteettiperiaatteen kannalta ongelmallisena. KKO:n perusteluista käy ilmi, ettei lain materiaalisessa sisällössä ole tosiasiallisesti tapahtunut tältä osin muutoksia, mistä johtuen menettely on tässä tapauksessa perusteltavissa. Ratkaisu heijastaa nähdäkseni tietyllä tapaa myös yleisellä tasolla EU-oikeuden tulkintavaikutusta kansallisen rikoslain soveltamisessa, jolloin ei välttämättä viitata suoraan eurooppalaiseen oikeusnormiin, mutta tulkinnassa päädytään kuitenkin tosiasiallisesti ottamaan huomioon EU-oikeuden säännökset.

mukaan ”jos sellainen osa sisäpiirintiedoksi katsottavasta tiedosta, joka todennäköisesti vaikuttaisi markkinoilla tehtäviin sijoituspäätöksiin, jää julkistamatta tai ei muutoin ole markkinoilla saatavissa, ei tieto ole julkistettu tai muutoin ollut saatavissa mainittujen lainkohtien tarkoittamalla tavalla”.⁹⁰ Sisäpiirintiedolta edellytettävästä arvovaikutuksesta KKO kiinnitti huomiota lain esitöissä⁹¹ olleeseen lausumaan, jonka mukaan muutoksen olennaisuus on suhteutettava markkinoiden tyypillisiin muutoksiin, jolloin usein jo muutaman prosentin äkillinen muutos on olennainen. Tässä tapauksessa KKO totesi, että mikäli sisäpiirintiedon muodostanut Sampo Oyj:n suunnittelema 40 %:n osuuden hankinta Pohjola Oyj:n osakekannasta olisi toteutunut, olisi Pohjola Oyj:n osakekurssi todennäköisesti noussut huomattavasti. Tällaisissa kaupoissa osakkeesta nimittäin maksetaan usein ylihintaa eli preemiota. Siten jo pelkkää kaupan valmistelua koskevan tiedon on täytynyt olla omiaan vaikuttamaan arvopaperin arvoon.⁹² Korkeimman oikeuden ratkaisusta on pääteltävissä, että kun suunniteltu lopputulos (= osakkeiden hankinta) toteutuessaan olisi *todennäköisesti* vaikuttanut huomattavasti arvopaperin arvoon, on tätä suunnitelmaa koskeva tieto *omiaan* vaikuttamaan arvopaperin arvoon, jolloin tiedon arvovaikutus täyttyy, vaikkei suunnitelma ikinä toteutuisikaan.

Korkein oikeus on ratkaisussaan KKO 2006:110 analysoinut myös hyötymistarkoituselementtiä. Tapauksessa nimittäin väitettiin, että vastaajana olleelta L:ltä puuttui hyötymistarkoitus, sillä hän olisi ilman sisäpiirintietoakin hankkinut syytteessä tarkoitettuja osakkeita. KKO jättää ratkaisussaan tämän seikan vaille merkitystä todeten, että on perusteltua katsoa sisäpiirintiedon lisännen näiden osakkeiden kiinnostavuutta sijoituskohteena sisäpiirintiedon arvovaikutuksen vuoksi. Näin ollen L oli siis toiminut hyötymistarkoituksessa.⁹³

Hyötymistarkoituksen rajalliseen merkitykseen arvopaperimarkkinarikosten tunnusmerkistöjen ja erityisesti kurssin vääristämisen soveltamisalaa rajaavana tekijänä on kiinnittänyt huomiota myös Knuts. Hänen mukaansa on lähes mahdotonta väittää, että tekijältä varsinkaan tahallisissa teoissa puuttui objektiivisesti arvioiden hyötymistarkoitus tekohekellä, koska arvopaperimarkkinoiden luonteeseen kuuluu lähtökohtaisestikin voitontavoittelu. Kun arvopaperimarkkinoiden toimijat yrittävät saada voittoa niillä toimillaan, joita he markkinoilla tekevät, on kaikilla markkinoilla

⁹⁰ KKO 2006:110 kohta 22.

⁹¹ HE 254/1998 s. 35

⁹² KKO 2006:110 kohdat 30–33.

⁹³ KKO 2006:110 kohta 36.

tehdyillä toimilla hyötymistarkoituksella.⁹⁴ Sisäpiiriläisen kohdalla hyötymistarkoituksella toimii rangaistavuuden alaa supistavana tekijänä lähinnä niissä tilanteissa, joissa sisäpiiriläinen tekee transaktion toiseen suuntaan mitä järkevästi ajatteleva sijoittaja yleensä tekisi. Tällainen tilanne voi olla kyseessä esim. silloin, kun sisäpiiriläinen, jolla on tietoa osakkeen arvoa kohottavasta seikasta, myy osakkeensa ennen tiedon julkaisua. Motiivina tällaiseen toimintaan voi olla esim. sisäpiiriläisen akuutti likviditeettitarve, joka ei mahdollista jäädä odottamaan tiedon julkaisua ja tiedon kohottavaa vaikutusta kurssiin. Häyrysen mukaan hyötymistarkoituksella voi toimia rangaistusvastausta rajaavana tekijänä silloinkin, jos sekä myyjällä että ostajalla on sama sisäpiiritieto⁹⁵. Hyötymistarkoitusta ei ole myöskään silloin, jos arvopaperin kauppa perustuu esim. johdannaissopimukseen, jossa kaupan kohteena olevien arvopapereiden määrä ja hinta ovat jo etukäteen määrättyjä ennen kuin toinen osapuoli sai sisäpiirintietoa – tällöin on kuitenkin kiinnitettävä huomiota etukäteen annetun sitoumuksen tosiasialliseen laatuun⁹⁶. Hyötymistarkoituksen puuttumiselle on tosiasiaa annettava merkitystä rangaistusvastausta rajaavana tekijänä vain tietyissä poikkeustilanteissa.

Törkeän sisäpiirintiedon väärinkäytön kriteerit liittyvät rikoksella tavoitellun taloudellisen hyödyn määrään, tekijän vastuulliseen asemaan, teon suunnitelmallisuuteen sekä teon kokonaisarvosteluun. Törkeä sisäpiirintiedon väärinkäyttö edellyttää luonnollisesti myös tahallisuutta. Törkeän tekemuodon täytyminen ei sen sijaan edellytä tiukempia kriteerejä hyötymistarkoituksesta tai sisäpiirintiedon luonteelta. Ei liene kuitenkaan pois-suljettua, että myös näihin viimeksi mainittuihin tunnusmerkistötekijöihin saattaa yksittäistapauksessa liittyä sellaisia elementtejä, jotka johtavat siihen, että kokonaisarvioinnin kannalta tekoa käsitellään tavallisena eikä törkeänä rikoksena jonkin kvalifiointiperusteen täyttymisestä huolimatta.

⁹⁴ Knuts 2004 s. 584–585. Myös Häyrysen mukaan arvopaperikaupassa on lähes aina kyse hyötymistarkoituksesta. Häyrynen 2006 s. 145. – Kurssimanipulaatiotilanteissa hyötymistarkoituksella voisi puuttua lähinnä tilanteissa, joissa on levitetty väärää tai harhaanjohtavaa tietoa puhtaassa vahingoittamistarkoituksessa. Knuts 2004 s. 585.

⁹⁵ Häyrynen 2006 s. 148–149.

⁹⁶ Häyrynen 2006 s. 149–152. Ks. myös Joonan 2007 s. 134–138. – Joonan näyttäisi käyttävän turvasatama-käsitettä (Joonan s. 135) mm. Häyrysestä (Häyrynen 2006 s. 168–171), Kurenmaasta (Kurenmaa 2003 s. 175–185) ja RL 51:7:sta poikkeavalla laajentavalla tavalla. Joonan näyttää soveltavan turvasatamaoppia sellaisiinkin tilanteisiin, joihin sitä ei ole markkinoiden väärinkäyttödirektiivin ja komission takaisinostoasetuksen (Komission asetus 22.12.2003 (EY) N:o 2273/2003) perusteella tarkoitettu.

Kurssin vääristäminen (RL 51:3) ja törkeä kurssin vääristäminen (RL 51:4)

Kurssin vääristämisen (RL 51:3) tunnusmerkistö muodostuu näennäisesti kahdesta elementistä, hyötymistarkoituksesta ja kurssin vääristämisestä (”vääristää --- kurssia”). Tunnusmerkistö on kuitenkin monimutkaisempi kuin ensisilmäyksellä näyttää, sillä kurssin vääristämisen sisältö määräytyy AML 5:12:n perusteella. AML 5:12:ssa on luettelo poikkeuksineen siitä, millaisilla toimilla tarkoitetaan kurssin vääristämistä. Lisäksi AML 5:13:ssa on osin RL 51:7:ää vastaava rajoitussäännös tilanteista, joita ei kuitenkaan ole pidettävä kiellettyinä. AML 5:12:n luettelo kurssin vääristämistä tarkoittavista toimenpiteistä voidaan tiivistää siten, että kurssin vääristäminenä pidetään arvopaperia koskevan väärän tai harhaanjohtavan tiedon levittämistä sekä sellaisia liiketoimia (osto- ja myyntitoimeksiantoja jne.), joilla aiheutetaan arvopaperin kurssin asettuminen keinotekoiselle, normaalista poikkeavalle tasolle tai jotka antavat väärää tietoa mm. arvopaperiin kohdistuvasta kysynnästä, tarjonnasta tai hinnasta. Siten vaikka RL 51:3 muistuttaakin seuraustunnusmerkkiä⁹⁷ (vääristää --- kurssia), tunnusmerkistön täytyminen ei kuitenkaan edellytä AML 5:12:n perusteella sitä, että joku markkinaosapuoli tulisi tosiasiallisesti johdetuksi harhaan, mikä aiheuttaisi kurssin vääristymisen⁹⁸. Kurssin vääristämistä voidaan siten pitää tekurikoksena, jossa rangaistavaa on tietty menettely sellaisenaan eikä seurauksen tosiasiallisen täyttymistä edellytetä. Kurssin vääristäminen on sisäpiirintiedon väärinkäytöstä ja tiedottamisrikoksesta poiketen rangaistavaa ainoastaan tahallisuutena⁹⁹. Kurssin vääristämisen tekijäjoukko on avoin kuten sisäpiirintiedon väärinkäytönkin. Yritysasteelle jäänyttä tekoa ei ole sisäpiirintiedon väärinkäytöstä poiketen säädetty rangaistavaksi, koska teko täyttyy jo silloin, kun tekijä ryhtyy täytäntöönpanotoimeen säännöksen edellyttämällä tavalla¹⁰⁰.

Kurssin vääristämistä voidaan luonnehtia tunnusmerkistöksi, jolla pyritään estämään hyötymistarkoituksessa tapahtuneiden väärin ja harhaanjohtavien tietojen levittäminen markkinoille, jotta arvopaperien hinnanmuodostus perustuisi oikeisiin tietoihin¹⁰¹. Kurssin vääristäminen poikkeaa kuitenkin

⁹⁷ Esimerkiksi RL 21:1:n tappo, jonka täytyminen edellyttää tahallista hengen riistämistä toiselta ihmiseltä, on formuloitu muotoon ”Joka tappaa toisen...”

⁹⁸ Knuts 2004 s. 567–570.

⁹⁹ Knuts on katsonut, että kurssin vääristämisessä tahallisuutta tulee arvioida olosuhtetahallisuuden kautta kaikkien tunnusmerkistön osatekijöiden kohdalla. Knuts 2004 s. 578–583.

¹⁰⁰ Häyrynen 2006 s. 222.

¹⁰¹ Vrt. Häyrynen 2006 s. 193. Myös Knuts kiinnittää huomiota siihen, että säännöksen takana on tarve suojella markkinaosapuolia harhaanjohtavalta informaatiolta. Knuts 2004

RL 51 luvun muista tunnusmerkistöistä sikäli, että kurssin vääristäminen ei rajoitu pelkästään tiedon levittämiseen, vaan sillä pyritään estämään laajemmaltikin ne toimet, joilla vaikutetaan epäasiallisesti arvopapereiden hinnanmuodostukseen. Siten kurssin vääristäminen voi tulla kyseeseen myös mm. harhaanjohtavilla osto- tai myyntitoimeksiannoilla tai muilla toimilla, joilla arvopaperin hintaa vääristetään. Kun sisäpiirintiedon väärinkäytössä rangaistavaa on epäsymmetrisen informaation hyväksikäyttäminen, voidaan kurssin vääristämisen nähdä sijoittuvan ajallisesti varhaisempaan vaiheeseen. Kurssin vääristämisen kriminalisoinnilla on tarkoitus estää tilanteet, joissa ainakin osa markkinoista toimii virheellisten tietojen perusteella. Keskeinen keino kurssimanipulaation estämiseksi onkin luotettavan informaation saattaminen markkinoille ripeästi¹⁰². ”Markkinat” on tässä yhteydessä ymmärrettävä laajasti ulottuen koskemaan paitsi markkinoilla kauppaa käyviä osapuolia, myös niitä tahoja, jotka voivat tehdä päätöksiä arvopaperien hintatason perusteella, kuten markkinaosapuolten velkojat tai listayhtiöiden luotonantajat. Häyrynen näkeekin kurssin vääristämisen suojeleobjektina arvopaperin aidon kysynnän ja tarjonnan turvaamisen sekä markkinoiden hinnanmuodostuksen luotettavuuden.¹⁰³

Kurssin vääristämisen tekotavat ovat varsin avoimia. Tämä on luonnollista, sillä kurssin vääristämiseen voidaan pyrkiä monilla eri tavoilla monissa eri yhteyksissä. Se voi ilmetä esim. arvopaperin kurssin keinotekoisena hetkellisenä nostamisena tai laskemisena tai myös keinotekoisena, pidempiaikaisena ylläpitämisenä tai tukemisena tietyllä tasolla. Kurssin vääristämistä helpottaa, mikäli sen kohteena on epälikvidi arvopaperi ja tekijällä on käytettävissään huomattavia resursseja.¹⁰⁴ Kurssin vääristämisen tunnusmerkistö on sen avoimuuden vuoksi ongelmallinen. Tämä on aiheuttanut myös kansainvälistä keskustelua siitä, miten kurssimanipulaatio tulisi oikeastaan määritellä¹⁰⁵.

AML:n 5:12.2:n kohdissa 1–3 kuvatut kurssin vääristämisen tekotavat ovat luonteeltaan sellaisia harhaanjohtavia liiketoimia, kuten osto- ja myyntitarjouksia sekä näennäiskauppoja, jotka antavat toisille markkinaosapuolille väärää informaatiota arvopaperien likviditeetistä tai hinnasta. Kyseiset toimet saattavat myös tosiasiaassa aiheuttaa sen, että kurssi vääristyy, mutta kurssin tosiasiallinen vääristyminen ei ole tunnusmerkistön täyttymisen

s. 568.

¹⁰² Ks. KM 1989:36 s. 282.

¹⁰³ Häyrynen 2006 s. 193.

¹⁰⁴ Häyrynen 2006 s. 200.

¹⁰⁵ Avgouleas 2005 s. 104–116.

edellytys¹⁰⁶. Ulkoisesti nämä markkinaosapuolia harhaanjohtavat toimet eivät välttämättä eroa normaalista kaupankäynnistä, vaan ne eroavat lähinnä toimien taustalla olevien motiivien perusteella sallituista menettelytavoista. Toimenpiteiden taustalla olevat todelliset olosuhteet salataan tai ne esitetään harhaanjohtavassa muodossa markkinoille.¹⁰⁷

Kurssin vääristäminen muuten kuin vääriä tai harhaanjohtavaa informaatiota levittämällä voi tapahtua hyvin monilla eri tavoilla, joita kuvaavat mm. seuraavat esimerkit: Kurssien likviditeettiin liittyvästä manipuloinnista voi olla kyse silloin, kun määräävässä asemassa oleva taho vaikuttaa arvopaperin kysyntään tai tarjontaan. Likviditeetin lisääntyminen voi lisätä kiinnostavuutta arvopaperiin sijoituskohteena ja siten vaikuttaa sen hintatasoon. Tiettyinä ajankohtana (esim. juuri ennen kaupankäyntipäivän päättymistä) tehdyt manipulatiiviset toimenpiteet voivat vaikuttaa mm. johdannaissopimusten tai eri indeksien arvoon niiden arvonlaskuhetkellä. Johdannaissopimukseen liittyvän vipuvaikutuksen vuoksi johdannaisen kohteena olevan arvopaperin hinnan manipulointi johtaa suhteellisesti erityisen suuriin voittoihin johdannaismarkkinoilla. Varainsiirtoveron välttämiseksi voidaan sisäisillä kaupoilla tai ”ylimääräiset osake-erät” ostamalla kurssitasoa manipuloida sellaiselle tasolle, joka mahdollistaa tietyn pörssin ulkopuolella sovitun arvopaperikaupan toteuttamisen normaalisti pörssissä, jolloin vältetään pörssin ulkopuolella tapahtuvasta arvopaperikaupasta seuraava varainsiirtoveron maksuvelvollisuus. Viimeksi mainittuja tapauksia on aikaisemmin esiintynyt myös Suomessa.¹⁰⁸

Kurssin vääristämisen AML 5:12.2:n 4-kohdassa määritellyllä tekotavalla, joka koskee väärän tai harhaanjohtavan tiedon levittämistä tai julkaisemisesta, voidaan pyrkiä saamaan tietojen kohteena olevan arvopaperin kurssi muuttumaan sellaiseen suuntaan, joka hyödyttää tiedonlevittäjän intressejä. Tiedon levittämisellä voi olla myös kurssitasoa ylläpitävä vaikutus. Arvopaperin liikkeeseenlaskijan tai muun tiedottamisvelvollisen ollessa kyseessä kurssin vääristäminen voi tapahtua paitsi aktiivisen väärän tiedon levittämisellä myös aktiiviseen erehdyttämiseen rinnastettavalla salaamisella niissä tapauksissa, jolloin tiedottaminen siihen liittyvän harkitun salaamisen

¹⁰⁶ Knuts 2004 s. 567–570.

¹⁰⁷ Häyrynen 2006 s. 202. – Tekotapojen moninaisuus johtaa siihen, että myös rangaistavan käyttäytymisen alan määrittävät lainsäädännökset (tässä tapauksessa lähinnä AML 5:12) on hankala kirjoittaa legaliteettiperiaatteen edellyttämällä tarkkuudella. AML 5:12.2:n 1–3-kohdissa on kielletty liiketoimien lisäksi ”muut toimet” ja ”muu vilpillinen toimintatapa”. Nämä avoimet tunnusmerkistökijät korostavat vastaavasti hyötymistarkoituksen ja erityisesti harhaanjohtavuuden merkitystä rangaistavuuden alaa määrittävinä tekijöinä.

¹⁰⁸ Laajemmin kurssimanipulaation tekotavoista ks. Avgouleas 2005 s. 118–154 ja Häyrynen 2006 s. 200–211. Ks. myös KM 1989:36 s. 268–275.

johdosta on harhaanjohtavaa tai totuudenvastaista. Sinällään pelkkä tietojen salaaminen ilman, että samanaikaisesti tiedotetaan harhaanjohtavasti, ei sen sijaan täytä kurssin vääristämisen tunnusmerkistöä.¹⁰⁹

Arvopaperin liikkeeseenlaskija, kuten pörssiyhtiö voi haluta pitää oman osakkeensa hintatason korkealla ja vakaana varmistaakseen tulevaisuudessa tapahtuvan osakeannin menestyksen. Erityisesti valtaus- ja yrityskaupatilanteissa, joissa ostaja käyttää omia osakkeitaan maksuvälineenä, on erittäin merkityksellistä, mihin kurssiin ne noteerataan. Toteutuneesta systemaattisesta arvopaperin liikkeeseenlaskijan harjoittamasta kurssi-manipulaatiosta voidaan mainita esimerkkinä Ruotsin Fermenta-tapaus, jossa kasvuyhtiön johdossa ollut pääomistaja välitti virheellisiä tulostietoja ja ennusteita markkinoille tarkoituksenaan yrityksen kasvattaminen yritysostoin, jotka maksettiin yhtiön omilla osakkeilla.¹¹⁰ Väärinkäytökset ovat mahdollisia myös yhtiön johdon osakeperusteisiin kannustinjärjestelmiin liittyen silloin kun ne ovat riippuvaisia yhtiön osakkeen tai muun arvopaperin kurssikehityksestä. Johdon kannustinjärjestelmät voivat olla riippuvaisia tietyn kurssitason saavuttamisesta tai esim. osakeoptioiden myöntämisaikankohdasta voi vaikuttaa tiedottamiseen. Optioita tai osakkeita voidaan myös myydä sen jälkeen kun yhtiön osakkeen kurssi on saatu keinotekoisesti korkealle tasolle.¹¹¹

Hyötymistarkoituksen merkitys rangaistusvastuuta rajaavana tekijänä on varsin rajoitettu erityisesti silloin, jos henkilö on tahallaan pyrkinyt vääristämään arvopaperin kurssia. Arvopaperimarkkinoiden toimintaan sisäänrakennetun hyötymisfunktion johdosta tietty henkilö ryhtyessään kurssia vääristäviin toimenpiteisiin toimii hyötymistarkoituksessa. Rangaistavuuden kannalta voidaan pitää myös riittävänä sitä, että kurssin vääristäminen hyötymistarkoituksessa on ollut ainoastaan osasyynä menettelyyn.¹¹² Hyötymistarkoitus voi ilmetä paitsi manipulaation kohteena olleiden arvopapereiden ostoina tai myynteinä, myös osakkeilla maksettavan yrityskaupan yhteydessä vaihtosuhteen määrittelyssä tai yhtiön rahoitusjärjestelyissä¹¹³.

Törkeän kurssin vääristämisen kvalifiointikriteereinä ovat laajamittainen taloudellinen vahinko tai se, että kurssin vääristäminen on ollut omiaan huomattavasti heikentämään luottamusta arvopaperimarkkinoiden toimintaan. Lisäksi edellytetään kokonaistörkeysarvostelua. Laajamittaisella

¹⁰⁹ Häyrynen 2006 s. 211–215, HE 254/1998 s. 29.

¹¹⁰ KM 1989:36 s. 271, 273–275.

¹¹¹ Vrt. Haapaniemi 2006 s. 41–42 ja 50.

¹¹² Knuts 2004 s. 583–584, Häyrynen 2006 s. 218–219.

¹¹³ Häyrynen 2006 s. 217–218.

taloudellisella vahingolla tarkoitetaan manipulaatiosta välittömästi johtuvaa kurssimuutoksiin sidottua tappiota, joka kohdistuu arvopaperin omistajiin joukkona ja on lisäksi kokonaisuudessaankin merkittävä. Luottamuksen heikkenemiseen liittyvällä kriteerillä puolestaan tarkoitetaan sitä, että kysymyksessä olevalla teolla on yleensä luottamusta huomattavasti heikentävä vaikutus. Sitä voidaan arvioida mm. siltä kannalta, miten teko vaikuttaisi arvopaperisäästäjien halukkuuteen jatkaa sijoittamista. Myös pitkäaikainen totuudenvastainen ja harhaanjohtava tiedottaminen siihen liittyvine arvopaperikauppoineen voi tekona täyttää kvalifiointikriteerin.¹¹⁴

Arvopaperimarkkinoita koskeva tiedottamisrikos (RL 51:5)

Arvopaperimarkkinoita koskeva tiedottamisrikos (RL 51:5) määrittelee kaksi erilaista kiellettyä menettelytapaa: totuudenvastaisten tai harhaanjohtavien tietojen antamisen ja toisaalta sellaisen tiedon julkaisematta jättämisen, jonka arvopaperimarkkinalaki velvoittaa antamaan. Totuudenvastaisten tai harhaanjohtavien tietojen antaminen voi tapahtua arvopaperien ammattimaisen markkinoinnin tai hankkimisen (RL 51:5 1 kohta) sekä tiedottamisvelvollisuuden täyttämisen yhteydessä (RL 51:5 2 kohta), kun taas tietojen antamatta jättäminen itsenäisenä tekotapana liittyy pelkästään tiedottamisvelvollisuuteen (RL 51:5 2 kohta). Tiedottamisvelvollisuuden laiminlyöntiin liittyviltä tai totuudenvastaisilta tai harhaanjohtavilta tiedoilta edellytetään lisäksi, että ne ovat omiaan vaikuttamaan arvopaperin arvoon. Tekijäpiiri on periaatteessa avoin, mutta säännöksen sanamuoto kuitenkin rajoittaa tekijät niihin, jotka ammattimaisesti markkinoivat tai hankkivat arvopapereita ja arvopaperin liikkeeseenlaskijan palveluksessa tai toimielimissä oleviin henkilöihin, joilla on orgaani- tai palvelussuhteensa vuoksi tiedottamisvelvollisuus liikkeeseenlaskijan puolesta. Käytännössä rikostunnusmerkistö koskee siis tiettyjä markkinoilla ammattimaisesti toimivia henkilöitä. Tiedottamisrikos täyttyy paitsi tahallisenä, myös törkeästä huolimattomuudesta tehtynä.

Tiedottamisrikoksella kuten kurssin vääristämistä koskevalla kriminaalisoinnillakin pyritään estämään epäsymmetrisen informaatiotilanteen syntyminen markkinoille.¹¹⁵ Kun tiedottamisrikosta koskeva sääntely koskee tosiasiaassa rajattua, ammattimaista henkilöpiiriä, joille on arvopaperimarkkinalaissa ja sen nojalla annetuissa säännöksissä asetettu melko yksityiskohtaisia toimimisvelvoitteita eri tilanteissa, on rangaistavuuden rajan asettaminen törkeään huolimattomuuteen perusteltua. Tiedottamisrikoksen 2-kohdan tekotavassa on kyse abstraktista vaarantamisrikoksesta,

¹¹⁴ HE 254/1998 s. 29–30.

¹¹⁵ Häyrynen 2006 s. 233.

jossa rangaistavuus on yleisesti sidottu siihen, oliko menettely omiaan aiheuttamaan vaaraa suojeluobjektille, ts. sijoittajien tasavertaiselle tiedonsaannille sekä arvopaperien hinnanmuodostuksen luotettavuudelle¹¹⁶.

Aktiiviseen tietojenantoon liittyvään tekotapaan sisältyy kaksi eri elementtiä, joilla rangaistavuuden alaa on määritelty, eli totuudenvastaisuus ja harhaanjohtavuus. Totuudenvastaisilla tiedoilla tarkoitetaan vääriä tietoja, joiden todenperäisyys voidaan objektiivisin kriteerein tarkistaa. Väärä tieto voi liittyä liikkeeseenlaskijaan, arvopaperiin tai sen markkinointiin. Harhaanjohtava tieto voi sinällään olla totuudenmukainen, mutta puutteellisuutensa tai esittämistapansa takia se antaa vastaanottajalle virheellisen käsityksen. Se voi ilmetä esim. epäolennaisten seikkojen korostamisena, olennaisten seikkojen salaamisena tai jos annettu lausuma moniselitteisyytensä vuoksi on omiaan johtamaan harhaan. Arvopaperien markkinoinnissa annettu esite voi kokonaisuudessaankin antaa harhaanjohtavan vaikutelman ilman, että se sisältäisi yksittäisiä virheellisiä tietoja. Harhaanjohtavuuden arvioinnin yhteydessä voidaan kiinnittää huomiota myös tiedon lähteeseen: sijoittajat luottavat erityisesti liikkeeseenlaskijan ylimmän johdon antaman tiedon asianmukaisuuteen ja luotettavuuteen, joten ylimmän johdon antamien tietojen kohdalla harhaanjohtavuuskriteeri täyttynee helpommin kuin muista lähteistä peräisin olevan tiedon kohdalla. Harhaanjohtavuutta arvioitaessa kiinnitetäänkin enemmän huomiota tiedon vastaanottajan eli sijoituspäätöstä tekevän henkilön subjektiiviseen näkökulmaan.¹¹⁷

Tiedonantovelvollisuuden laiminlyönnin kriminalisointi perustuu siihen, että arvopaperimarkkina-alaissa, erityisesti sen 2 luvussa on säännöksiä siitä, mitä tietoja arvopaperin liikkeeseenlaskijan on toiminnastaan annettava markkinoille. Tietojenantovelvollisuus voidaan jakaa AML:n 2 luvussa laajemmin säädelyyn säännölliseen tiedonantovelvollisuuteen, jonka mukaan arvopaperin liikkeeseenlaskijan on mm. julkistettava tilinpäätöksensä ja osavuosikatsauksensa ja AML 2:7:n mukaiseen jatkuvaan tiedonantovelvollisuuteen, jonka mukaan arvopaperin liikkeeseenlaskijan on julkistettava kaikki sellaiset päätökset ja sen toimintaa koskevat seikat, jotka ovat omiaan olennaisesti vaikuttamaan arvopaperin arvoon. Laiminlyöntikriminalisointi tulee itsenäisenä tekotapana yleensä kyseeseen nimenomaan jatkuvan tiedonantovelvollisuuden laiminlyönninä. Mikäli säännönmukaisen tiedonantovelvollisuuden nojalla julkistetaan pörssitiedote, jossa jätetään kuitenkin ilmoittamatta arvovaikutuksen täyttäviä tietoja, voi tässä tilanteessa tulla

¹¹⁶ Häyrynen 2006 s. 233–234.

¹¹⁷ Häyrynen 2006 s. 241–243.

sovellettavaksi totuudenvastaisten tai harhaanjohtavien tietojen aktiivista antamista koskeva kriminalisointi, jos salaaminen on harkittua¹¹⁸.

Tiedottamisrikoksen 2-kohdan tekotapaan, joka koskee nimenomaan rangaistavaa menettelyä tiedottamisvelvollisuuden yhteydessä, on asetettu 1-kohdasta poiketen lisäedellytykseksi vaatimus tiedon arvovaikutuksesta. Tämä ”on omiaan olennaisesti vaikuttamaan sanotun arvopaperin arvoon” -edellytys on yhteneväinen sisäpiirintiedolta edellytettävän arvovaikutuksen kanssa. Kysymys on tiedon merkittävydestä sijoittajan näkökulmasta arvioituna – käyttäisikö järkevästi toimiva sijoittaja todennäköisesti tietoa yhtenä sijoituspäätöksensä perusteena. Yksittäisen julkaisematta jätetyn seikan ei välttämättä yksinään tarvitse ylittää olennaisuuskynnystä, vaan olennaisuuskynnys voi ylittyä muiden, sinällään vähäisten yksittäisten seikkojen muodostaman yhteisvaikutuksen vuoksi.¹¹⁹

Tiedottamisrikoksesta ei ole säädetty erillistä törkeää tekomuotoa. Tiedottamisrikos on sinällään jo ankarammin rangaistu kuin RL 30:1:n markkinointirikos, jonka mukaan rangaistavaa on erilaisten hyödykkeiden ammattimaisessa markkinoinnissa kohderyhmän kannalta merkityksellisten totuudenvastaisten tai harhaanjohtavien antaminen ja jonka maksimirangaistus on 1 vuosi vankeutta. Esitöissä tätä tiedottamisrikoksen ankarampaa rangaistustasoa suhteessa markkinointirikokseen on perusteltu sillä, että muusta markkinoinnista eroavana alueena arvopaperimarkkinat ovat alttiimpia niihin kohdistuvalle epäluottamukselle kuin markkinointi yleensä, ja epäluottamus voi aiheuttaa vakavia seurausvaikutuksia myös arvopaperimarkkinoiden ulkopuolella. Esimerkiksi laiminlyönti julkistaa seikka, joka on omiaan olennaisesti vaikuttamaan arvopaperin arvoon (AML 2:7), voi merkittävästi heikentää markkinoita kohtaan tunnettavaa luottamusta. Luonteeltaan vakavimpina tiedottamisrikoksina voidaan pitää edellä mainitun luottamusta heikentävien tekojen lisäksi myös niitä, joissa rikokseen liittyy tietoinen pyrkimys huomattavan hyödyn tai henkilökohdaisen edun hankkimiseen. Tällöin on kuitenkin otettava huomioon se, että teko saattaa tulla arvioitavaksi myös kurssin vääristämisenä tai törkeänä kurssin vääristämisenä.¹²⁰

¹¹⁸ Vrt. HE 254/1998 s. 29, jonka mukaan kurssin vääristämisessä myös tietojen harkittu salaaminen voi täyttää totuudenvastaisten tai harhaanjohtavien tietojen antamisen edellytykset. Ks. myös Häyrynen 2006 s. 241.

¹¹⁹ Häyrynen 2006 s. 269–273.

¹²⁰ HE 254/1998 s. 33.

3.2.3 *Erityislaeissa olevat kriminalisoinnit*

Arvopaperimarkkinalain rangaistussäännökset

Arvopaperimarkkinalain 8 luvussa on säädetty ne arvopaperimarkkinalain soveltamisalaa kuuluvat menettelyt, joiden rikkomisesta seuraa rangaistus. AML 8:1 on luonteeltaan viittaussäännös rikoslakiin koskien sisäpiirintiedon väärinkäyttöä, kurssin vääristämistä ja tiedottamisrikosta. Samoin AML 8:4 on viittaussäännös rikoslakiin (RL 38:1) salassapitovelvollisuuden rikkomisesta.

Luvattoman arvopaperikaupankäynnin järjestämisestä on rangaistussäännös AML 8:2:ssa. Arvopaperipörssitoiminta sekä muun julkisen kaupankäynnin järjestäminen arvopapereilla edellyttävät valtiovarainministeriön lupaa, ja sillä on myös tietyissä tilanteissa valta määrätä kaupankäynti keskeytettäväksi. Valtiovarainministeriön lupien ja määräysten vastaisen toiminnan lisäksi rangaistavaa on myös menettely, jossa arvopaperipörssi tai muu luonnollinen tai oikeushenkilö ryhtyy pörssilistalla järjestämään julkista kaupankäyntiä arvopapereilla vastoin arvopaperin liikkeeseenlaskijan hakemusta tai ottaa kaupankäynnin kohteeksi arvopaperin, joka ei täytä arvopaperimarkkinalaissa ja sen nojalla annetuissa määräyksissä säädettyjä edellytyksiä kaupankäynnin kohteeksi ottamiselle. Arvopaperikauppojen selvitys, jossa hoidetaan arvopaperi- ja rahaliikenne ostajan ja myyjän välillä, edellyttää myös valtiovarainministeriön toimilupaa. AML 8:2a §:ssä on säädetty rangaistavaksi tällaisen selvitystoiminnan harjoittaminen ilman sellaista lupaa. AML 8:2:n ja AML 8:2a:n rikkominen edellyttävät tahallisuutta tai törkeää huolimattomuutta, ja niistä voidaan tuomita sakkoon tai enintään yhden vuoden pituiseen vankeusrangaistukseen.

Arvopaperimarkkinarikkomus (AML 8:3) koskee nykyään kaupankäyntimenettelyn, siis pörssi- tai muun julkisen kaupankäynnin järjestämisen, markkinointia antamalla totuudenvastaisia tai harhaanjohtavia tietoja tai toimimalla muuten sopimattomalla tavalla. Arvopaperimarkkinarikkomus eroaa RL 51:5:ssa tarkoitetusta tiedottamisrikoksesta siten, että tiedottamisrikoksessa väärit tai harhaanjohtavat tiedot liittyvät itse arvopaperiin, kun arvopaperimarkkinarikkomuksessa tiedot koskevat kaupankäyntimenettelyä. Arvopaperimarkkinarikkomuksesta voi seurata sakkorangaistus, ja se on rangaistavaa tahallisesti tai huolimattomuudesta tehtynä.

Arvopaperimarkkinalain omat rangaistussäännökset eivät ole siis luonteeltaan sellaisia tekoja, joissa jouduttaisiin käytännössä pohtimaan rajanvetoa rikoslain 51 luvun säännösten soveltamiseen. Arvopaperimarkkinalaissa rangaistavaksi säädettyt teot eivät ole rikoslaisissa säädettyjen tekojen lievempiä tekumuotoja, vaan tunnusmerkistöjä (erityisesti AML 8:2 ja 8:2a)

voidaan pitää pikemminkin hallinnollisten määräysten tehostekriminalisointeina. Arvopaperimarkkinarikkomukseen (AML 8.3) puolestaan liittyy kuluttajansuojan näkökulma.

Optiokauppain rangaistussäännökset

Optiokauppain 5 luvun 3–5 §:ssä on rangaistussäännökset optiokauppain vastaisista menettelyistä. Optiokauppain 5:3.2:ssa on viittaukset kurssin vääristämistä ja sisäpiirintiedon väärinkäyttöä koskeviin rikoslain säännöksiin ja optiokauppain 5:5:ssa on puolestaan viitattu rikoslakiin salassapitovelvollisuuden rikkomisen osalta.

Optiopörssitoiminta ja optiokauppojen selvitystoiminta edellyttävät myös valtiovarainministeriön lupaa. Johdannaismarkkinarikkoksena (OptiokauppaL 5:3.1) on rangaistu menettely, jossa optioyhteisön toimintaa harjoitetaan ilman lupaa tai silloin, kun kaupankäynti on ministeriön tai rahoitustarkastuksen määräyksellä keskeytetty. Rangaistavuus edellyttää tahallisuutta tai törkeää huolimattomuutta. Rangaistusasteikko on sakkoa tai enintään yksi vuosi vankeutta.

Johdannaismarkkinarikkomus (OptioL 5:4) koskee sähkö- ja maakaasujohdannaisiin liittyvän ilmoitusvelvollisuuden laiminlyöntiä. Sähkö- ja maakaasujohdannaisten ovat hyödykejohdannaisten, jolloin kaupankäynnin kohteena ovat näiden hyödykkeiden toimitussopimukset. Näiden sopimusten arvoon vaikuttavat olennaisesti tiedot itse hyödykkeiden tuotantoon, siirtoon ja kulutukseen liittyvistä muutoksista. Tästä syystä näiden hyödykejohdannaismarkkinoiden osapuolilla, joita ovat sähkön ja maakaasun tuottajat ja käyttäjät, on velvollisuus ilmoittaa muille markkinaosapuolille olennaisista rajoituksista näiden raaka-aineiden tuotannossa, siirrossa ja kulutuksessa (OptioL 3:11). Tällaiset muutokset, jotka täytyy ilmoittaa toisille markkinaosapuolille, voivat olla esimerkiksi suuren tuotantoyksikön tehon pudotukset tai suuren kulutusyksikön kuten paperitehtaan pysäytys. Ilmoitusvelvollisuudella pyritään estämään sellaisen tilanteen syntyminen, että jollakin markkinaosapuolella olisi sisäpiirintietoa toisiin osapuoliin nähden.¹²¹ Johdannaismarkkinarikkomus on rangaistava tahallisenä tai törkeänä huolimattomuudesta tehtynä ja rangaistukseksi voidaan tuomita sakkoa.

¹²¹ Vrt. HE 52/1997 s. 9–10. – HE 52/1997:n mukaan sähköön perustuvien johdannaissopimusten osalta sisäpiirintiedon väärinkäytön kieltäminen on ongelmallinen, koska näitä sopimuksia koskeva sisäpiirintieto ei ole vielä täsmäntynyt eikä ole edes selvää se, voidaanko sisäpiirintietoa käyttää näillä markkinoilla hyväksi. HE 52/1997 s. 5. – Toisaalta HE:ssä puhutaan mm. siitä, että sisäpiirintiedon väärinkäytön mahdollistavat tapaukset, joissa kohde-etuuden hintaan liittyvä tieto ei ole kaikkien osapuolten käytettävissä. HE 52/1997 s. 6. – Sinällään AML 10:1.1:n nojalla sisäpiirintiedon väärinkäyttö ja kurssin vääristäminen voivat tulla kyseeseen myös optiokauppalaissa säädettyjen johdannaisten kaupankäynnissä.

Johdannaismarkkinarikkomus muistuttaa muodoltaan RL 51:5:n tiedottamisrikosta. Johdannaismarkkinarikkomus on kuitenkin erillisenä rikoksena tarpeen siitä syystä, että arvopaperimarkkinalain jatkuvaa tiedottamisvelvollisuutta koskevat säännökset eivät sovellu AML 10:1.1:n mukaan optiokauppalain mukaisiin johdannaisiin.¹²² Johdannaismarkkinarikkomus voi nähdäkseni tuottaa tekijälleen tai muulle henkilölle samanlaista rikoshyötyä kuin RL 51:5:n tiedottamisrikos.

3.2.4 Hallinnolliset sanktiot

Rikemaksu

Rahoitustarkastuksesta annetun lain 24b §:n mukaan Rahoitustarkastus voi määrätä oikeushenkilölle 500–10 000 euron ja luonnolliselle henkilölle 50–1 000 euron rikemaksun tiettyjen laissa asetettujen velvoitteiden tai myös sijoitusrahaston ollessa kyseessä, sen omien sääntöjen vastaisesta varojen sijoittamisesta. Rikheet, joiden johdosta maksu voidaan määrätä, on lueteltu laissa tyhjentävästi. Ne koskevat mm. ilmoitusvelvollisuuden laiminlyöntiä arvopaperinvälittäjän (AML 4:7) tai sisäpiiriläisen tekemistä kaupoista (AML 5:4–5, sijoitusrahastolaki 99 §), sisäpiirirekisterin ylläpitämisen laiminlyöntiä (AML 5:7–11, sijoitusrahastolaki 100 §), arvopaperin liikkeeseenlaskijaa koskevan vuosikoosteen julkistamisen laiminlyöntiä (AML 2:10c) sekä sijoitusrahastolain 11 luvussa tai rahaston omissa säännöissä määrättyjen sijoituskohteita koskevien rajoitusten rikkomista. Nämä rikheet ovat luonteeltaan sellaisia, ettei niiden ja nykyisten kriminalisoin-

¹²² Sen sijaan AML:n 2:1, jonka mukaan arvopapereiden *markkinoinnissa* ei saa antaa totuudenvastaisia tai harhaanjohtavia tietoja tai käyttää hyvän tavan vastaista menettelyä, soveltuu myös optiokauppalain mukaisiin johdannaisiin. Optiokauppalain mukaisiin johdannaisiin soveltuu siten myös RL 51:5:n 1- kohta. Voidaan kysyä, voisiko tämä säännös tulla sovellettavaksi OptioL 5:4:n nojalla (jonka mukaan johdannaisrikkomus ei tule kyseeseen, jos teosta on muualla laissa säädetty ankarampi rangaistus) myös sähkö- ja maakaasujohdannaisiin, joilla käyvät kauppaa ammattimaiset ostajat ja myyjät. Näiden johdannaisten on hankala nähdä olevan erityisten markkinointitoimenpiteiden kohteena lukuun ottamatta ehkä sitä mahdollisuutta, että totuudenvastaiset ja harhaanjohtavat tiedot saattaisivat koskea sitä, onko esim. johdannaispimuksen kohteena oleva sähkö ns. ”ekosähköä”, josta voitaisiin periä muuta sähköä korkeampi hinta.

Ottaen huomioon erityisesti pohjoismaisen sähköpörssin laajuuden ja sähkömarkkinoiden merkityksen koko kansantalouden kannalta voidaan kysyä, onko johdannaismarkkinarikkomuksen rangaistusasteikko oikeassa suhteessa arvopaperimarkkinoita koskevaan tiedottamisrikokseen. On huomioitava, että tiedottamisrikokset koskevat kuitenkin lähtökohtaisesti yksittäistä pörssiyhtiötä, jonka osakevaihto voi olla varsin suppea, kun taas esim. sähköntuotantoa koskevilla muutoksilla on varsin suoraan vaikutus koko pohjoismaisiin sähkömarkkinoihin. Tässä työssä ei kuitenkaan ole mahdollisuutta paneutua tarkemmin hyödykejohdannaismarkkinoiden toimintaan, joten jätän ottamatta kantaa rangaistustasojen oikeasuhtaisuuteen.

tisäännösten välinen rajanveto tuota ongelmia. Ennen 1.7.2005 voimaan tullutta lain muutosta nämä teot olivat rikosoikeudellisesti rangaistavia arvopaperimarkkina- ja sijoitusrahastorikkomuksena.¹²³

Julkinen huomautus

Rahoitustarkastuksen määräämä julkinen huomautus (RataL 25 §) voidaan antaa tilanteissa, joissa Ratan valvonnan piirissä oleva tai muu markkinoilla toimiva oikeushenkilö menettelee rahoitusmarkkinoita koskevien säännösten ja määräysten vastaisesti. Valvottavan ollessa kyseessä myös toimiluvan vastaisesta menettelystä voi seurata julkinen huomautus.¹²⁴ RataL:n 25.2 §:n mukaan myös markkinoilla toimivalle luonnolliselle henkilölle, esim. meklarille voidaan antaa julkinen huomautus samoilla perusteilla kuin oikeushenkilölle. Rajanvetoa RL 51 luvun soveltamisalaan joudutaan käymään niissä tilanteissa, joissa henkilölle annetaan julkinen huomautus sellaisen menettelyn perusteella, joka kyllä rikkoo mm. AML:n markkinoiden väärinkäyttöä koskevia tai tietojen julkaisemista koskevia säännöksiä¹²⁵ mutta ei täytä RL 51 luvun tunnusmerkistöä. Hallituksen esityksen mukaan ratkaisevaa rajanvedossa hallinnollisten ja rikosoikeudellisten seuraamusten soveltamisalan määrittelyssä on se, että hallinnolliset

¹²³ HE 137/2004 s. 79-80. TaVM 4/2005:ssa esitettiin, että Rata julkaisisi ohjeellisen taulukon rikemaksun soveltamisesta. Tällainen taulukko onkin julkaistu internetissä, ks. <http://www.rahoitustarkastus.fi/Fin/Saantely/Sanktiot/Rikemaksu/rikemaksut.htm>, viittauspäivä 19.9.2007.

¹²⁴ RataL:n 25.1 § koskee nimenomaan oikeushenkilöitä, sillä Rahoitustarkastuksen valvottavia ovat oikeushenkilöt – pankit, pankkiiriliikkeet jne. Julkisen huomautuksen edellytyksenä on *oikeushenkilön* tahallinen tai huolimaton menettely. Tämä oikeushenkilön tahallisuutta koskeva sääntelytekniikka poikkeaa rikosoikeudellisesta tahallisuusarvioinnista, jossa tahallisuus koskee luonnollisia henkilöitä. RL 9 luvussa, jossa on säädetty oikeushenkilön rangaistusvastuun edellytyksistä, oikeushenkilö ei ole tekijä. Oikeushenkilön rangaistusvastuu rakentuu sen varaan, että oikeushenkilön johdossa toiminut henkilö on osallisena rikoksen tekemiseen, sallinut rikoksen tekemisen tai oikeushenkilön toiminnassa ei ole noudatettu vaadittavaa huolellisuutta ja varovaisuutta rikoksen ehkäisemiseksi (RL 9:2). RataL:n esitöissä ei ole otettu kantaa siihen, onko julkista huomautusta ja varoitusta annettaessa arvioitava tahallisuuskysymyksiä rikoslain periaatteista poikkeavalla tavalla.

¹²⁵ RataL:n 25.3 §:n mukaan julkinen huomautus voidaan antaa myös muulle henkilölle, joka laiminlyö tai rikkoo muulla kuin rikoslain 51 luvussa säädetyllä tavalla arvopaperimarkkinain tai sen nojalla annettuja markkinoiden väärinkäyttöä, julkisen kaupankäynnin tai sitä Euroopan talousalueeseen kuuluvassa valtiossa vastaavan kaupankäynnin kohteena olevan tai sen kohteeksi haetun arvopaperin arvoon vaikuttavien tietojen julkistamista, arvopapereiden tarjoamiseen tai julkisen kaupankäynnin tai sitä Euroopan talousalueeseen kuuluvassa valtiossa vastaavan kaupankäynnin kohteeksi ottamiseen liittyvää tiedonantovelvollisuutta, julkisia ostotarjouksia tai tarjousvelvollisuutta koskevia säännöksiä tai Euroopan yhteisöjen komission Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2003/71/EY täytäntöönpanosta antamia asetuksia. Luonnolliselle henkilölle julkinen huomautus voidaan antaa, jos tämä menettelee häntä henkilökohtaisesti velvoittavien säännösten tai määräysten vastaisesti.

seuraamukset eivät edellytä hyötymistarkoitusta kuten kurssin vääristäminen ja sisäpiirintiedon väärinkäyttö ja toisaalta rikoslain säännösten soveltaminen edellyttää tahallisuutta tai törkeää huolimattomuutta, kun taas hallinnollisissa sanktioissa näitä tahallisuuteen tai huolimattomuuden asteeseen liittyviä vaatimuksia ei ole.¹²⁶

Rahoitustarkastus on antanut julkisen huomautuksen sisäpiirintiedon lainvastaisesta käytöstä 18.1.2008¹²⁷. Tapauksessa Aspo Oyj:n hallituksen jäsen A antoi 26.6.2007 toimeksiannon ostaa sijoitusyhtiölleen 5 000 kpl Aspo Oyj:n osakkeita n. puoli tuntia sen jälkeen, kun hallitus oli tehnyt päätöksen ostaa markkinahintaan yhtiön omia osakkeita enintään 400 000 kpl ja ennen kuin tieto tästä päätöksestä oli julkaistu markkinoilla; tiedon julkaiseminen tapahtui n. kaksi tuntia hallituksen kokouksen päättymisen jälkeen. Rahoitustarkastus katsoi, ettei sillä seikalla ollut merkitystä arvioitaessa A:n huolimattomuutta, että hän oli kysynyt yhtiön sisäpiirivastaavalta ennen kauppaa mahdollisesta esteellisyydestään, koska A:lla itsellään oli sisäpiirintietoa. Sisäpiirivastaava ei ilmeisesti ollut tietoinen hallituksen päätöksestä. Rahoitustarkastus katsoi, että kyse oli huolimattomuudesta.¹²⁸

– Oma kysymyksensä on se, mikä Rahoitustarkastuksen hallinnollisen päätöksen oikeusvoimavaikutus on mahdollisen konfiskaatioprosessin kanalta: Kun päätöksessä on todettu, että henkilö on käyttänyt sisäpiirintietoa, voinee olla mahdollista, että syyttäjä nostaa konfiskaatiokanteen. Tällöin nousee esiin kuitenkin kysymys siitä, onko tahallisuus tai huolimattomuus tunnusmerkistön osa vai ei¹²⁹ ja toisaalta se seikka, onko tätä kysymystä arvioitava samalla tavoin rikosprosessissa ja hallinnollisessa menettelyssä. Mikäli huolimattomuutta arvioidaan samalla tavoin, nousee oikeusvoimavaikutus korostetusti esille.

Rahoitustarkastus on antanut julkisen huomautuksen myös tiedonantovelvollisuuden laiminlyönnistä, kun Elektrobit Oyj laiminlöi tiedottaa markkinoille päätöksestään vetäytyä erään puhelintyyppin kumppanoidun

¹²⁶ HE 137/2004 s. 80–81. Knuts on kiinnittänyt huomiota siihen, että hyötymistarkoituksen merkitys hallinnollisten sanktioiden ja rikoslain soveltamisalaa määrittävänä tekijänä on käytännössä vähäinen, jolloin olennaista on tahallisuuden arviointi. Knuts 2004 s. 583–584.

¹²⁷ Ratan päätös 18.1.2008 Dnro 1/445/2008. Ratkaisuun ei ole haettu muutosta markkinaoikeudesta.

¹²⁸ Julkaistun ratkaisun perusteella Ratan näkemys siitä, että teko tapahtui huolimattomuudesta, voi olla kritiikille altis ainakin siinä tapauksessa, jos tarkoituksena on se, että hallinnollisissa sanktioissa huolimattomuutta, törkeää huolimattomuutta ja tahallisuutta arvioidaan yhteismitallisesti rikosoikeudellisen järjestelmän kanssa.

¹²⁹ Rautio on katsonut, että konfiskaatiovaateen hyväksymisen edellytyksenä on sekä subjektiivinen että objektiivinen syyksiluettavuus (Rautio 2006 s. 153–154).

valmistuksen liiketoimintamallista.¹³⁰ Tiedottaminen viivästyi yli kahden kuukauden ajan. Tiedon julkistamispäivän päätöskurssi oli 12,4 % alhaisempi kuin edellisen päivän päätöskurssi. Rahoitustarkastus piti yhtiön menettelyä ”vähintäänkin huolimattomana” ja katsoi, että päätöksestä olisi pitänyt ilmoittaa erillisellä pörssitiedotteella.¹³¹

Julkinen varoitus

Rahoitustarkastus voi määrätä RataL 26 §:n nojalla julkisen varoituksen niissä tilanteissa, joissa julkista huomautusta ei ole pidettävä riittävänä sanktiona. Julkisen huomautuksen ja julkisen varoituksen soveltamisala on muuten samanlainen. Rahoitustarkastus on 3.3.2008 antanut päätöksen¹³², jossa pörssiyhtiö Cencorp Oyj:lle annettiin julkinen varoitus tiedonantovelvollisuuden laiminlyönnistä. Kyseisessä tapauksessa yhtiö antoi perusteettomasti liian positiivisia tulevaisuudennäkymiä ja myös yhtiön tilinpäätös ei antanut oikeaa ja riittävää kuvaa yhtiön toiminnan tuloksesta ja taloudellisesta asemasta. Päätöksen mukaan yhtiö antoi jatkuvasti ja toistuvasti huolimattomuudesta perusteettomia arvioita tulevaisuudennäkymistään, viivytteli perustellun tiedon antamista eikä myöskään sen kahden vuoden tilinpäätökset antaneet oikeaa ja riittävää kuvaa yhtiön tilanteesta vuosien 2005 ja 2006 konsernitalinpäätösten olennaisten virheiden johdosta, jolloin yhtiön menettely katsottiin niin moitittavaksi, ettei julkista huomautusta ollut pidettävä riittävänä seuraamuksena. Yhtiö oli kirjannut perusteetta n. 1,3–1,65 meur laskennallista verosaamista, mikä määrä verovelvoilla vähennettynä vastasi vuonna 2005 n. 24 % ja vuonna 2006 51 % yhtiön omasta pääomasta. Rahoitustarkastus kuitenkin katsoi, ettei asia antanut kokonaisuutena harkiten aihetta ankarampiin toimenpiteisiin.¹³³ – Myös tämän päätöksen vaikutus mahdollisen rikosprosessin kannalta voi olla mielenkiintoinen. Rahoitustarkastuksen päätöksessä kuvattu menettely saattaisi tulla arvioitavaksi¹³⁴ RL 30:9:n kirjanpitorikoksena tai mahdollisesti myös törkeänä kirjanpitorikoksena (RL 30:9a) summien suuruuden vuoksi¹³⁵. Rahoitustarkastuksella ei kuitenkaan sinällään ole toimivaltaa

¹³⁰ Ratan päätös 21.9.2007 Dnro 8/230/2007.

¹³¹ Ratan päätös 21.9.2007 Dnro 8/230/2007 s. 1, 5, 8.

¹³² Ratan päätös 3.3.2008 Dnro 4/445/2008.

¹³³ Ratan päätös 3.3.2008 Dnro 4/445/2008 s. 1–3, 12–14.

¹³⁴ Päätöksestä ei kuitenkaan käy tarkemmin ilmi yhtiön toiminnan laajuutta ja taseasemaa kuvaavat luvut, joten pelkästään päätöksen perusteella rikostunnusmerkistön täyttymistä on vaikea arvioida.

¹³⁵ Törkeän kirjanpitorikoksen tunnusmerkistön täyttymisestä ks. KKO 2008:32, jossa 120 000 mk:n summien katsottiin koskevan törkeässä kirjanpitorikoksessa tarkoitettuja suuria summia (erityisesti perustelujen kohdat 6–8)

määrätä sanktioita menettelystä, joka täyttää RL 30:9:n kriteerit, joten oikeusvoimavaikutusta ei tässä suhteessa ratkaisulla voi olla, vaan sillä voi olla merkitystä lähinnä todisteena. Oikeusvoimavaikutusta ei nähdäkseni ole silläkään perusteella, että ratkaisussa on otettu kantaa ainoastaan oikeushenkilön vastuuseen, joka ei RL 30:9:n kirjanpitorikoksessa voi edes teoriassa tulla kyseeseen, kun rangaistusvastuuta ei RL 30:13:ssa ole ulotettu koskemaan oikeushenkilöitä. Siten vaikka päätöksessä on todettu oikeushenkilön toimineen ”huolimattomasti”¹³⁶, voinee rikosvastuu yhtiön johdossa toimineita luonnollisia henkilöitä kohtaan kuitenkin tulla tarkasteltavaksi tuomioistuimessa myös tahallisen rikoksen osalta.

Seuraamusmaksu

Markkinaoikeus voi RataL 26a §:n perusteella määrätä Rahoitustarkastuksen esityksestä seuraamusmaksun, joka on julkisen huomautuksen oheisseuraamus. Seuraamusmaksua ei voida määrätä teosta, joka on rangaistavaa RL 51 luvun nojalla. Teot, joista seuraamusmaksu voidaan määrätä, poikkeavat kuitenkin RataL:n 25 ja 26 §:n soveltamisaloista. Seuraamusmaksun määräämisen edellytykset poikkeavat lisäksi jonkin verran oikeushenkilön ja luonnollisen henkilön kohdalla toisistaan. Lyhyesti voidaan todeta, että seuraamusmaksu voidaan määrätä mm. AML:n markkinointi- ja tiedonantovelvollisuuksien sekä sisäpiirintiedon väärinkäyttöä ja kurssin vääristämistä koskevien säännösten rikkomisesta.¹³⁷ Seuraamusmaksun määräämisen

¹³⁶ Ratan päätös 3.3.2008 Dnro 4/445/2008 s. 14.

¹³⁷ Seuraamusmaksun määräämisestä todetaan RataL:n 26a §:ssä. Sen mukaan mikäli valvottava ja muu rahoitusmarkkinoilla toimiva oikeushenkilö, joka tahallaan tai huolimattomuudesta

¹⁾ laiminlyö tai rikkoo muulla kuin rikoslain 51 luvussa tai arvopaperimarkkinalain 8 luvussa säädetyllä tavalla arvopaperimarkkinalain 1 luvun 2 b §:ää, 2 tai 6 luvun säännöksiä tai niiden nojalla annettuja säännöksiä arvopaperien markkinoinnista, liikkeeseenlaskusta, tarjoamisesta tai tiedonantovelvollisuudesta, taikka julkisista ostoparjousista tai tarjousvelvollisuudesta,

²⁾ laiminlyö tai rikkoo muulla kuin rikoslain 51 luvussa säädetyllä tavalla arvopaperimarkkinalain 5 luvun 2 tai 12 §:n säännöksiä taikka 15 §:n nojalla annettuja säännöksiä,

³⁾ laiminlyö tai rikkoo muulla kuin rikoslain 51 luvussa säädetyllä tavalla Euroopan yhteisöjen komission Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2003/71/EY täytäntöönpanosta antamia asetuksia, voidaan määrätä maksamaan julkisen varoituksen ohella seuraamusmaksu, jos menettely tai laiminlyönti on jatkuvaa, toistuvaa tai suunnitelmallista taikka muuten niin moitittavaa, ettei varoitusta yksin ole pidettävä riittävänä, eikä teko tai laiminlyönti kokonaisuutena arvioiden anna aiheita ankarampiin toimenpiteisiin. Seuraamusmaksu voidaan määrätä maksettavaksi myös muulle henkilölle, joka laiminlyö tai rikkoo muulla kuin rikoslain 51 luvussa säädetyllä tavalla 1 momentissa tarkoitettuja arvopaperimarkkinalain tai sen nojalla annettuja sisäpiirintietoja, kurssin vääristämistä tai julkisen kaupankäynnin kohteena olevan tai sen kohteeksi haetun arvopaperin arvoon vaikuttavien tietojen julkistamista taikka arvopaperien tarjoamiseen ja julkisen kaupankäynnin

edellytyksenä on lisäksi oikeushenkilön osalta, että menettely on ollut jatkuvaa, toistuvaa tai suunnitelmallista tai muuten niin moitittavaa, ettei pelkkä varoitus ole riittävä seuraamus. Myös luonnollisen henkilön osalta seuraamusta määrättäessä on otettava huomioon menettelyn laatu, laajuus ja suunnitelmallisuus sekä teolla tavoiteltu hyöty ja aiheutettu vahinko.

Esitöissä seuraamusmaksun määräämisen edellytyksiä oikeushenkilölle on kuvattu tavoilla, jotka viittaavat oikeushenkilön rikosoikeudellisen rangaistusvastuun edellytyksiin. Seuraamusmaksua oikeushenkilölle määrättäessä tulisi kiinnittää huomiota mm. siihen, onko teko tehty oikeushenkilön puolesta tai hyväksi ja onko tekijä toiminut oikeushenkilön johdossa. Pääsääntöisesti seuraamusmaksu on tarkoitus määrätä vain oikeushenkilöille, maksun määräämisen luonnollisille henkilöille on tarkoitus olla poikkeuksellista. Seuraamusmaksun ja rikosoikeudellisten sanktioiden välinen suhde ratkeaa HE 137/2004:n mukaan samalla tavoin kuin julkisen huomautuksen ja rikosoikeudellisten seuraamusten välinen suhde: Erot ilmenevät lähinnä tahallisuuden asteessa sekä kurssin vääristämisen ja sisäpiirintiedon väärinkäytön kohdalla myös hyötymistarkoituksen ilmenemisenä. Seuraamusmaksua ei voida määrätä, jos asia on vireillä esitutkinnassa, syyteharkinnassa tai tuomioistuimessa rikosasiaan.¹³⁸

3.2.5 Hallinnollisten sanktioiden ja rikosoikeudellisten sanktioiden suhteesta

Häyrynen on antanut seuraamusmaksun ja rikosoikeudellisten sanktioiden välisen suhteen arvioinnissa merkitystä kokonaisarvioinnille, jossa otetaan huomioon teon haitallisuus mm. markkinoiden luotettavuutta kohtaan ja tekijän syyllisyyden aste sekä yleisen ja yksityisen edun vaatimukset. Suhteellisuusperiaatteen mukaisesti hallinnolliset seuraamukset tulevat kyseeseen silloin, kun rikkomusta on pidettävä vähäisenä. Esimerkiksi tiedonantovelvollisuuksien laiminlyöntitilanteissa hallinnollinen seuraamus voi Häyrysen mukaan olla mahdollinen silloin, kun tarkoituksenmukaisuussyistä seuraamus on soveliaampi antaa oikeushenkilölle kuin yksittäisille luonnollisille henkilöille kuten hallituksen jäsenille näiden toiminnan vähäisen moitittavuuden vuoksi. Sisäpiirintiedon väärinkäyttötilanteissa

tai sitä Euroopan talousalueeseen kuuluvassa valtiossa vastaavan kaupankäynnin kohteeksi ottamiseen liittyvää tiedonantovelvollisuutta, julkisia ostotarjouksia tai tarjousvelvollisuutta koskevia säännöksiä tai Euroopan yhteisöjen komission Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2003/71/EY täytäntöönpanosta antamia asetuksia.

¹³⁸ HE 137/2004 s. 81- 82.

voitaisiin merkitystä antaa saadun hyödyn ja kaupan suuruuden lisäksi myös käytetyn tiedon olennaisuudelle.¹³⁹

Häyrysen analyysiä siitä, että hallinnollisten seuraamusten ja erityisesti seuraamusmaksun sekä rikosoikeudellisten sanktioiden välinen valinta tulisi tehdä sillä perusteella, onko tekoa kokonaisuutena arvioiden pidettävä niin vähäisenä, ettei rikosprosessiin ole aiheutta, voidaan pitää perusteltuna. Kun RL 51 luvun mukaisista teoista ei ole säädetty lievää tekemuotoa, joka saattaisi mahdollistaa mm. summaarisen rangaistusmääräysmenettelyn käyttämisen, on hallinnollisten seuraamusten käyttämiselle myös muita perusteita kuin markkinoiden väärinkäyttödirektiivin asettamat velvoitteet. Nykyisten hallinnollisten sanktioiden sääntelytekniikkaa voidaan kuitenkin pitää epäonnistuneena. Rahoitustarkastuksesta annetun lain kirjoitustavan vuoksi hallinnollisten sanktioiden suhde rikosoikeusjärjestelmään ja rikosoikeuden piirissä noudatettuun käsitteistöön on epämääräinen ja sekava. Tämä korostuu erityisesti seuraamusmaksun kohdalla. On varsin hankala hahmottaa tilanteita, joissa ”huolimattoman oikeushenkilön” toiminta voisi olla ”suunnitelmallista” tai jolloin ”tahallisen oikeushenkilön” pitkäkestoisista toimintaa ei ainakin tutkittaisi poliisiin toimesta esim. RL 51:5:n tiedottamisrikoksena. Ottaen huomioon sen, että arvopaperimarkkinoilla tapahtuvat väärinkäytökset siirtyvät poliisiviranomaisten tutkittaviksi ja siten pois hallinnollisten sanktioiden piiristä siinä vaiheessa, kun ”syytä epäillä rikosta” -kynnys ylittyy, on vaarana hallinnollisen seuraamusmaksun jääminen käytännössä vaille merkitystä¹⁴⁰. Käytännössä rajanveto tulisi tehdä Häyrysen mainitsemaalla tavalla kokonaisarvioinnin pohjalta eikä kiinnittäen huomiota yksittäisiin tekijöihin. Kokonaisarvioinnin tekeminen ei kuitenkaan ole helppoa, sillä siinä käytettävät kriteerit (mm. teon merkitys markkinoiden luotettavuudelle) ovat erittäin avoimia ja tulkinnanvaraisia. Rahoitustarkastuksen edellä selostetun kolmen päätöksen nojalla on vielä liian aikaista tehdä johtopäätöksiä siitä, millaiseksi hallinnollisten sanktioiden ja rikosprosessin käynnistämisen suhde muodostuu. Ratkaisujen perusteella on olemassa kuitenkin mahdollisuus, että kynnys seuraamusmaksun määräämiseen tai rikosprosessin käynnistämiseen asettuu jatkossa

¹³⁹ Häyrynen 2006 s. 367–369. – Hallinnolliset sanktiot voivat tulla kyseeseen myös niissä AML 10:1a:n mukaisissa johdannaisissa, joihin ei sovelleta viittaussäännösten puuttuessa RL 51-luvun säännöksiä (vrt. AML 10:1) mutta kylläkin esimerkiksi joitakin AML:n tiedonantovelvollisuutta, kurssin vääristämistä tai sisäpiirintiedon väärinkäyttöä koskevia säännöksiä.

¹⁴⁰ Myös Häyrynen on kiinnittänyt huomiota siihen, että käytännössä harvinaiseksi voivat jäädä ne tilanteet, joissa menettely ei täytä tai sen ei ole syytä epäillä täyttävän RL:n tunnusmerkistöjä, mutta tekoa on pidettävä niin moitittavana, ettei pelkkää julkista varoitusta voida pitää riittävänä seuraamuksena. Häyrynen 2006 s. 366.

hyvin korkealle¹⁴¹. Nähdäkseni tällöin voidaan perustellusti kysyä, täytyykö tällöin markkinoiden väärinkäyttödirektiivin 14 artiklassa asetettu vaatimus ”tehokkaista, oikeasuhtaisista ja varoittavista” toimenpiteistä käytännössä.

3.2.6 Rikoslain 51 luvun kriminalisointien keskinäisistä suhteista

Rikoslain 51 luvun rikosten keskinäisiä suhteita voidaan havainnollistaa seuraavalla esimerkillä: Pörssi-yhtiö päättää hankkia lisää varoja järjestämällä yleisöannin, jonka yhteydessä julkaistavassa pörssitiedotteessa ja antiesitteessä annetaan tahallisesti liian positiivisia tietoja toteutuneesta tuloksesta ja tulevaisuudennäkymistä, mikä aiheuttaa sen, että yhtiön osakekurssi nousee ja annissa osakkeet merkitään ennakkoon ilmoitetun merkintähinnan vaihteluvälin ylärajalla. Kysymys kuuluu: mitkä RL 51 luvun normit soveltuvat tilanteeseen ja onko joidenkin normien välillä sellainen lainkonkurrenssisuhde, joka syrjäyttää jonkin normin soveltamisen?

Lähtökohtaisesti tilanteeseen voisivat soveltua kaikki RL 51 luvun rikossäännökset. Kun teossa annetaan totuudenvastaisia ja harhaanjohtavia tietoja, jotka ovat omiaan vaikuttamaan arvopaperin arvoon, voidaan tekoa arvioida RL 51:5:n tiedottamisrikoksena. Kun totuudenvastaisia ja harhaanjohtavia tietoja annetaan siinä yhteydessä, kun yhtiö hankkii itselleen lisää pääomaa, voidaan teon perustellusti katsoa tapahtuneen hyötymistarkoituksessa, jolloin myös RL 51:3:n kurssin vääristäminen voi tulla kyseeseen. Ja kun yhtiön johto on ollut tietoinen siitä, että julkisuuteen annetut tiedot eivät vastaa todellisuutta, on heillä ollut sisäpiirintietoa, jota on käytetty hyväksi arvopapereiden luovuttamisessa yhtiön laskiessa liikkeelle uusia osakkeita, joten myös RL 51:1:n sisäpiirintiedon väärinkäyttö saattaa täytyä. Ongelmattomana voitaneen pitää sisäpiirintiedon väärinkäytön suhdetta kurssin vääristämiseen ja tiedottamisrikokseen: sisäpiirintiedon väärinkäyttö edellyttää käytännössä jonkinlaista toteutunutta arvopaperikauppaa tai sen yritystä, kun taas kurssin vääristäminen ja tiedottamisrikos täytyvät jo aikaisemmin, vaikkakin kurssin vääristämisen hyötymistarkoitus usein ilmeneekin jonkinlaisen arvopaperikaupan muodossa. Siten yllä olevassa esimerkissä tekijän menettelyä tulee arvioida ”yksin teoin tehtynä” vähintään kahden tunnusmerkistön kautta. Ongelmallista kuvatussa tilanteessa on erityisesti kurssin vääristämisen ja tiedottamisrikoksen suhde: ovatko

¹⁴¹ Myös mm. Isonsa-Britanniassa kynnys viedä arvopaperimarkkinoilla tapahtuvia väärinkäytöksiä rikosprosessiin on noussut. Ison-Britannian järjestelmä poikkeaa Suomesta kuitenkin siten, että hallinnollisissa seuraamuksissa ei ole määrätty rahamääräistä ylärajaa. Avgouleas 2005 s. 310–312, 375–378, 383–387.

ko. normit sillä tavoin päällekkäisiä, että tekoa ei tarvitse arvioida erikseen tiedottamisrikoksena, mikäli kurssin vääristäminen täyttyy? Kysymystä on lyhyesti käsitelty HE 254/1998:ssa, jonka mukaan tietyissä tilanteissa kurssin vääristämistä koskevan RL 51:3:n soveltuessa voi olla tarpeetonta arvostella tekoa RL 51:5:n tiedottamisrikoksena¹⁴². Kuten kuvatusa esimerkistä ilmenee, voi teko tapahtua organisaation piirissä, jolloin tekoon osallisten tekijäkumppaneiden ja avunantajien osallisuusasemien erot voivat aiheuttaa sellaisia tilanteita, joissa voi olla perusteltua päätyä myös siihen näkökantaan, etteivät kurssin vääristäminen ja tiedottamisrikos ole lainkonkurrenssissa keskenään.¹⁴³

Olennaista tämän tutkimuksen kannalta on se, että kun arvioidaan taloudellisen hyödyn menettämistä tietyn arvopaperimarkkinarikoksen, kuten esim. tiedottamisrikoksen perusteella, on ymmärrettävä, että RL 51 luvun rikokset voivat tietyissä tilanteissa mennä päällekkäin. Hyödyn menettämistä koskevien oppien on tällöin oltava sellaisia, että ne muodostavat johdonmukaisen kokonaisuuden, joka ottaa huomioon paitsi yksittäisen rikosnimikkeen ”ydinalueen”, myös ne kohdat, joissa toimitaan tunnusmerkistöjen leikkauskohdissa.

4 HYÖDYN KONFISKOINNISTA YLEISESTI RIKOSOIKEUDESSA

4.1 Lainsäädännön kehitys Suomessa sekä konfiskaatiota koskeva kansainvälinen kehitys

Taloudellisen hyödyn konfiskoimista koskevat säännökset tulivat ensimmäistä kertaa voimaan Suomen rikoslaissa 1.7.1921, jolloin RL:n 2:16:ssa säädettiin rikoksen tuottaman hyödyn menettämistä joko tekijältä itseltään tai siltä, jonka hyväksi rikoksentehtäjä toimi. Hyödyn konfiskointi oli pakollista ja saadun hyödyn määrä oli tuomioistuimen vapaasti harkittavissa ottaen huomioon koko rikollisen toiminnan laajuus. Hyödyn

¹⁴² HE 254/1998 s. 33.

¹⁴³ Kysymys kurssin vääristämisen ja tiedottamisrikoksen lainkonkurrenssista aktualisoitui 1.6.1999, jolloin astui voimaan arvopaperimarkkinarikoksia koskeva RL 51 luku. Aikaisemmin AML 8:2:n nojalla arvopaperimarkkinarikoksena rangaistu kurssimanipulaatio koski vain arvopaperinvälittäjiä, joten käytännössä tiedottamisesta vastanneet henkilöt eivät voineet syyllistyä kurssimanipulaatioon. – Tässä työssä ei ole mahdollisuutta analysoida syvällisemmin kurssin vääristämisen ja tiedottamisrikoksen mahdollista lainkonkurrenssia.

menettämistä koskevien säännösten puuttuminen koettiin lakia säädettyäessä ”tuntuvana aukkona”, koska tuolloin voimassa ollut rikoslaki ei muuten kyennyt estämään riittävän tehokkaasti rikoksenteijää hyötymästä taloudellisesti teostaan. Rikoksella hyötymistä oli yritetty aikaisemmin torjua määräämällä rikoksista välillä ”aivan suunnattoman suuret sakot”, mutta koska rikoksen tuottama taloudellinen hyöty saattoi nousta niin suureksi, että se ylitti korkeimmatkin käytettävissä olevat sakot, ei tämäkään keino aina auttanut. Lisäksi sakko oli luonteeltaan rangaistus, joka tuli määrätä kaikki teon olosuhteet huomioiden eikä pelkästään hyötyä tai aiheutettua vahinkoa arvioiden. Tuolloin voimassa olleen rikoslain mukaan vapautteen kohdistuvan rangaistuksen ohella ei voitu määrätä sakkorangaistusta, joten ”häpeällinen voitto” juuri törkeimmissä rikoksissa jäi usein ”aivan koskemattomana rikosten tekijäin haltuun”. Edelleen jo tuolloin havaittiin, että rikoksen tekijänä saattoi usein olla osakeyhtiön toimitusjohtaja, jonka tekemästä rikoksesta kertynyt hyöty jäi yhtiön hyväksi.¹⁴⁴ Taloudellisen hyödyn konfiskoimisen taustalla yli 85 vuotta sitten vaikuttaneet kriminaalipoliittiset näkemykset ovat nykyäänkin varsin relevantteja myös arvopaperimarkkinarikosten yhteydessä.

Kansainvälisen yhteistyön kohteena rikoksen tuottaman hyödyn menettäminen on ollut erityisesti huumausaine- ja rahanpesurikoksissa. YK:n huumausaineyleissopimuksen¹⁴⁵ mukaan sopimusvaltiot ”päättävät viedä laittomaan huumausainekauppaan sekaantuneilta henkilöiltä heidän rikollisesta toiminnastaan saamansa hyödyn ja siten poistaa sellaisen toiminnan pääasiallisen yllykkeen”. Myös Euroopan Neuvoston konfiskaatiosopimuksen¹⁴⁶ solmimisen taustalla on ollut pyrkimys torjua vakavaa kansainvälistä rikollisuutta tehostamalla rikoksen tuottaman hyödyn menettämistä. Sekä YK:n huumausaineyleissopimuksessa että EN:n rahanpesusopimuksessa on määritelmät rikoksen tuottamasta hyödystä, jotka poikkeavat jossain määrin Suomen RL 10:2:n soveltamiskäytännöstä siten, ettei näissä sopimuksissa ole erikseen mainittu rikoksella aikaansaadun säästön olevan sellaista hyötyä, joka voisi olla menettämisseuraamuksen kohteena.¹⁴⁷

¹⁴⁴ HE 36/1920 s. 2 – Myös Ailio käyttää vielä v. 1964 ilmaisua ”häpeällinen hyöty”, mikä kuvaa hyvin hyötykonfiskaatioon liittyvää vahvaa moraalista latausta (Ailio 1964b s. 329).

¹⁴⁵ Wienin yleissopimus 20.12.1988 (SopS 44/1994)

¹⁴⁶ Rikoksen tuottaman hyödyn rahanpesua, etsintää, takavarikkoa ja menetetyksi tuomitsemista koskeva yleissopimus, Strasbourg 8.11.1990 (SopS 53/1994).

¹⁴⁷ YK:n yleissopimuksen 1 artiklan mukaan rikoksen ”tuotto” tarkoittaa kaikkea ”omaisuutta”, joka on saatu suoraan tai välillisesti huumausaine- tai rahanpesurikoksella. ”Omaisuus” on puolestaan määritelty kaikenlaiseksi aineelliseksi tai aineettomaksi varallisuudeksi. EN:n rahanpesusopimuksen 1 artiklan mukaan ”rikoksen tuottama hyöty” tarkoittaa rikoksen tuottamaa aineellista etuutta. Se voi olla mitä tahansa omaisuutta, joka on puolestaan mää-

Suomessa omaksuttu näkemys myös rikoksella saavutetun säästön kelpaamisesta konfiskaation kohteeksi ei ole kuitenkaan kansainvälisesti ottaen ainutlaatuinen; esimerkiksi myös Englannissa säästö voi olla menettämisseuraamuksen kohteena.¹⁴⁸

Myöhemmästä hyödyn konfiskointiin liittyvästä kansainvälisestä kehityksestä voidaan todeta vuonna 2004 Suomessa voimaan astuneen YK:n yleissopimuksen kansainvälisestä järjestäytyneestä rikollisuudesta¹⁴⁹. Yleissopimus velvoitti siihen liittyneet valtiot mm. kriminalisoimaan järjestäytyneeseen rikollisryhmään kuulumisen ja rahanpesun. EU:n neuvosto on tehnyt vuonna 2001 puitepäätöksen¹⁵⁰ mm. rikoksen tuottaman hyödyn menetyksi tuomitsemisesta, jonka mukaan jäsenvaltioiden on mm. ryhdyttävä tarpeellisiin toimiin rikoksen tuottamaa hyötyä vastaavan arvon konfiskoimiseksi niissä tapauksissa, joissa rikoksen tuottamaa suoraa hyötyä ei ole tavoitettu ja takavarikoitu. Edelleen EU:n neuvosto on tehnyt vuonna 2005 uuden puitepäätöksen¹⁵¹ konfiskaatiota koskien, jolla on tarkoitus puuttua erityisesti järjestäytyneeseen rikollisuuteen.

Rikoslain 2:16 säilyi muuttumattomana vuoteen 2002 asti, jolloin astui voimaan uudistettu RL:n 10 luku, johon koottiin aikaisemmin hajallaan olleet menettämisseuraamuksia koskevat normit. Merkittävimmät taloudellisen hyödyn menettämistä koskevat muutokset olivat vahingonkorvauksen ja taloudellisen hyödyn menettämisen välisen suhteen tarkempi sääntely sekä kokonaan uusi, RL 10:3:ssa säädetty ns. laajennettu hyödyn menettäminen. Nykyisin voimassa olevat RL 10:2:n hyödyn menettämistä koskevat peruseriaatteen vastaavat melko tarkoin aikaisempia RL 2:16:n määräyksiä.¹⁵²

ritelty samalla tavoin kuin YK:n yleissopimuksessa. – Välillisellä omaisuudella tarkoitetaan rikoksella saadun hyödyn tilalle tullutta surrogaattia.

¹⁴⁸ Rautio 2006 s. 158, Millington – Sutherland Williams 2003 s. 221–224.

¹⁴⁹ New Yorkin yleissopimus 15.11.2000 (SopS 20/2004).

¹⁵⁰ Neuvoston puitepäätös 2001/500/YOS rahanpesusta, rikoksentekovälineiden ja rikoksen tuottaman hyödyn tunnistamisesta, jäljittamisestä, jäädyttämisestä tai takavarikoimisesta ja menetetyksi tuomitsemisesta A:26.6.2001.

¹⁵¹ Neuvoston puitepäätös 2005/212/YOS rikoksen tuottaman hyödyn ja rikoksella saadun omaisuuden sekä rikoksentekovälineiden menetetyksi tuomitsemisesta A:24.2.2005.

¹⁵² HE 80/2000 s. 4; Viljanen 2002 s. 6–11.

4.2 Konfiskaatioseuraamusten luonteesta: rangaistus vai turvaamistoimi?

Kysymys menettämisseuraamusten oikeudellisesta luonteesta – onko menettämisseuraamusta pidettävä rangaistuksena vai turvaamistoimena – on ollut erityisesti vanhemmassa oikeustieteellisessä kirjallisuudessa mielenkiinnon kohteena. Ailio on väitöskirjassaan käsitellyt kysymystä monipuolisesti päätyen pitämään menettämisseuraamuksia pääsääntöisesti turvaamistoimina. Jotkin Ailion näkemyksensä tueksi esittämät argumentit ovat nykyäänkin relevantteja ja painavia, kun taas joidenkin argumenttien oikeudellinen merkitys on nykyään kyseenalainen. Menettämisseuraamuksen luonnetta turvaamistoimena puoltaa nykyäänkin mm. se, että konfiskointi voi kohdistua muihinkin henkilöihin kuin rikoksen tekijään. Rikoksen tekijä puolestaan voi joutua menettämään esim. rikoksella saamansa hyödyn silloinkin, kun hän on rangaistusvastuusta vapaa alaikäisyyden tai syynta-keettomuuden vuoksi. Ailion esittämistä argumenteista sen sijaan ei voida pitää relevanttina sitä näkemystä, jonka mukaan rangaistuksen kärsiminen on rikoksen sovittamista. Ailion mukaan menettämisseuraamuksen erottaa rangaistuksesta erityisesti menettämisseuraamuksen preventiivinen luonne eikä sillä ole tarkoitus aiheuttaa kärsimystä sen kohteeksi joutuneelle, vaikka sillä voikin olla myös kärsimystä tuottava vaikutus.¹⁵³ Kun nykyisin myös varsinaista rangaistusta perustellaan sen tulevaisuuteen suuntautuvalla yleis- että erityispreventiivisellä vaikutuksella, voidaan toisaalta kysyä, onko konfiskaatioseuraamuksella ja varsinaisella rangaistuksella sittenkään merkittävää ajatuksellista eroa.

Rautio toteaa, ettei konfiskaation oikeudellisen luonteen pohdiskelu ylipäättänsä ole kovinkaan hedelmällistä. Raution mukaan konfiskaatio on luonteeltaan preventiivinen turvaamistoimi. Rangaistuksesta sen erottaa lähinnä se, että konfiskaatioseuraamuksilla pyritään estämään rikos-tekijän fyysisiä mahdollisuuksia tehdä uusia rikoksia, kun taas rangaistuksen yleispreventiivisellä vaikutuksella pyritään vaikuttamaan potentiaalisen rikos-tekijän tahdontoimintaan. Toisaalta myös menettämisseuraamuk- sella on yleispreventiivinen ja rangaistuksella erityispreventiivinen vaikutus, mutta niitä ei varsinaisesti legitimoida näillä perusteilla.¹⁵⁴

Menettämisseuraamusten oikeudellisen luonteen ymmärtämisellä on nähdäkseni merkitystä siinä mielessä, että mikäli ne ymmärretään rangaistuksiksi eikä turvaamistoimiksi, on lainsoveltajan harkintavalta esimerkiksi menetettäväksi tuomittavan hyödyn määrän arvioimisessa

¹⁵³ Ailio 1964a s. 13–53

¹⁵⁴ Rautio 2006 s. 12

suurempi. Lainsoveltaja voisi tällöin tuomita sopivan suuruisen menettämisseuraamuksen laissa määrätyt kriteerit huomioon ottaen samalla tavoin kuin rangaistuksen määräämisessä toimitaan. Tällöin seuraamusharkinnassa ei tarvitsisi kiinnittää niin paljon huomiota siihen, muodostuuko menettämisseuraamuksesta varsinaisen sakko- tai vankeusrangaistuksen ohella lisärangaistus rikoksen tekijälle. Mikäli taas menettämisseuraamus ymmärretään turvaamistoimeksi, on lainsoveltajan pyrittävä ainakin ajatuksellisesti estämään se, ettei menettämisseuraamusta käytetä rangaistuksena, vaan konfiskaatiolla on pyrittävä pelkästään rikoksen tuottaman hyödyn tai muun laissa määritellyn konfiskoitavan omaisuuden saamiseen valtion haltuun. Rikoksen tekijälle määrätään sitten rangaistus erikseen RL 6 luvussa määrätyillä perusteilla.

Menettämisseuraamuksia koskevassa hallituksen esityksessä on otettu selkeästi kantaa konfiskaatiosäännösten oikeudelliseen luonteeseen ja todettu niiden olevan turvaamistoimia eikä niitä tule käyttää rangaistuksen luonteisena seuraamuksena¹⁵⁵. Käsitykseni mukaan tämä turvaamistomilunne korostaa sitä, että rikoksen tuottamaa hyötyä konfiskoitaessa näytetty hyödyn määrä toimii lähtökohtaisesti sekä ylä- että alarajana sille, minkä suuruisena menettämisseuraamus tulee määrätä. Rikoslain 10:10:ssä mainituilla kohtuullisuuskriteereillä lainsoveltajalla on sitten tarvittaessa mahdollisuus alittaa se hyödyn määrä, joka rikosprosessissa on näytetty rikoksesta aiheutuneen. Sen sijaan RL 10:2.2:ssa oleva lausuma siitä, että rikoksesta saadun hyödyn määrä voidaan arvioida ottaen huomioon rikoksen laatu ja toiminnan laajuus sekä muut olosuhteet, on tarkoitukseltaan selvästikin prosessiekonominen. Arviointi tulee kyseeseen vain silloin, kun asiasta saatava näyttö on kunkin tapauksen erityisolosuhteet huomioiden liian vaikeasti hankittavissa eikä arvioinnissa sinällään tule ottaa kantaa rikoksen paheksuttavuuteen. Säännös on laadultaan samanlainen kuin OK 17:6, jonka mukaan tuomioistuin voi tarvittaessa arvioida vahingonkorvauksen määrän.¹⁵⁶

4.3 Konfiskaatioseuraamuksen määräämisen edellytyksistä ja tavoitteista

Menettämisseuraamuksen tuomitsemisen edellytyksenä voi olla RL 10:1:n mukaan mikä tahansa laissa määrätty rikos. Rikoksen tuottaman

¹⁵⁵ HE 80/2000 s. 15.

¹⁵⁶ Rautio on suhtautunut torjuvasti ajatukseen, että tuomioistuin arvioisi hyödyn suuremmaksi kuin mitä syyttäjät on vaatinut. Rautio 2006 s. 136–140.

hyödyn menettäminen puolestaan edellyttää sitä, että rikos on tuottanut taloudellista hyötyä, joka voi olla esim. rikoksella anastettua omaisuutta tai rikoksen tekemisestä saatu palkkio. Myös saavutettu kustannussäästö mukaan lukien investoinnin viivästymisen aiheuttama korkohyöty voi olla rikoksen tuottamaa hyötyä esim. ympäristörikoksissa, joissa elinkeinonharjoittaja on laiminlyönyt tarpeelliset ympäristönsuojelutoimet. Rikoksen ja hyödyn välillä edellytetään syy-yhteyttä, jotta hyöty voitaisiin määrätä menetettäväksi.¹⁵⁷

Oikeustieteessä on koettu ongelmaksi se, miten rikoksella saavutetun taloudellisen hyödyn syy-yhteyttä varsinaiseen rikokseen tulisi arvioida. Tämä kysymys heijastuu myös rikoksella saadun hyödyn määrän laskemisen lähtökohtien arviointiin. Pekka Viljanen on esittänyt näkemyksen, jonka mukaan rikoshyötynä tulisi tuomita menetetyksi se lisähyöty, joka on saatu sillä, että on valittu rikollinen vaihtoehto laillisen sijasta¹⁵⁸.

Oikeustaloustieteessä rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän nähdään toimivan kannustimena lain noudattamiseen. Keskeinen ajatus on, että mitä korkeammaksi rikoksesta seuraava rangaistus tulee suhteessa rikoksesta saatuun hyötyyn, sitä vähemmän rikoksia tehdään. Mikäli rikoksesta seuraava hyöty on suurempi kuin siitä maksettava hinta (eli rangaistus ja/tai muu seuraamus), rationaalinen rikosentekijä syyllistyy rikokseen. Kokonaan toinen asia sitten on, missä määrin rikoksen tekeminen on rationaalisen pohdinnan tulos. Esimerkiksi väkivaltarikoksissa rikosta ei monestikaan tehdä rationaalisen harkinnan tuloksena.¹⁵⁹

Arvopaperimarkkinarikoksissa niiden luonteen vuoksi rikoksen tekijöiksi valikoituu usein ihmisiä, jotka osaavat arvioida paitsi yleisiä sijoitustoimintaan liittyviä riskejä myös rikoksen tekemisellä saavutettavia hyötyjä suhteessa kiinnijäämisriskiin ja mahdollisiin rikoksen seuraamuksiin. Siten arvopaperimarkkinarikoksissa voi monia muita rikoksia helpommin perustellusti hyväksyä sen lähtökohdan, että rikoksen tekeminen on rationaalisen pohdinnan tulos. Näin ollen jos laittomien toimintojen nettotuotto nousee suuremmaksi kuin laillisten vaihtoehtojen nettotuotto, henkilö päätyy rikosentekijäksi. Harkitessaan rikoksen tekemistä henkilö on valintatilanteessa, jossa hän arvioi keskenään rikoksella saavutettavaa tuottoa suhteessa kiinnijäämisriskiin ja rangaistuksen taloudelliseen arvoon.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Rautio 2006 s. 152–164.

¹⁵⁸ Viljanen 1989 s. 527–528.

¹⁵⁹ Määttä – Pihlajamäki 2003 s. 49–51. Avgouleas (Avgouleas 2005) on teoksessaan käsitellyt laajasti hyötyjen ja sanktioiden sekä muiden negatiivisten seuraamusten suhdetta arvopaperimarkkinoiden väärinkäytön kannalta.

¹⁶⁰ Määttä – Pihlajamäki 2003 s. 63–64.

Valintaa siitä, kannattaako rikoksen tekeminen vai ei, on kuvattu Gary S. Beckerin 1968 esittämän yhtälön avulla:

$$EU = pU(Y-f) + (1-p)U(Y), \text{ jossa}$$

EU = odotettu hyöty
 p = kiinnijäämistodennäköisyys
 f = rangaistuksen taloudellinen arvo ja
 Y = rikoksella saavutettava tuotto¹⁶¹

Tilannetta voidaan selvittää esimerkillä, jossa oikeushenkilön puolesta toimivat henkilöt harkitsevat, kannattaako sellaisen rikoksen tekeminen, jossa on korkea kiinnijäämisriski. Oikeushenkilön rangaistusvastuu toteutetaan yhteisösakolla, joka on RL 9:5:n mukaan enintään 850 000 euroa. Yhtälön mukaan esimerkiksi kiinnijäämisriskin¹⁶² ollessa 99 %, rikoksen tekeminen on kannattavaa, jos siitä saatava hyöty ylittää 841 500 euroa. – Esimerkki osoittaa, että ennakoitaessa erittäin korkeaa kiinnijäämisriskiä, jossa määrätään maksimirangaistus, tosiasiallinen preventiivinen vaikutus rakentuu pitkälti henkilökohtaisen rangaistusvastuun ja hyötykonfiskaation varaan. Esimerkkilaskelmassa ei oteta huomioon sitä, että rikokseen syyllistyneille luonnollisille henkilöille saattaa myös seurata erillinen rangaistus. Esimerkki ei myöskään ota huomioon niitä muita tosiasiallisia seuraamuksia, joita rikoksesta saattaa aiheutua, kuten mahdollisen negatiivisen julkisuuden liiketoiminnalle aiheuttamia haittoja. Toisaalta näiden muiden tosiasiallisten seuraamusten merkitykseen on syytä suhtautua varauksellisesti, sillä esim. negatiivinen julkisuus voi olla hyvin lyhytaikaista eikä sillä välttämättä ole mitään mitattavaa vaikutusta esimerkiksi yrityksen liikevaihtoon.

Esimerkki toisaalta korostaa myös sitä, millainen merkitys rikoksen tuottaman hyödyn menettämässäänöksillä on sellaisissa rikoksissa, jotka ovat omiaan tuottamaan suuria taloudellisia voittoja. Arvopaperimarkkinarikoksissa pelkällä rikoksesta seuraavalla rangaistuksella ei välttämättä ole riittävää yleispreventiivistä vaikutusta, kun oikeushenkilön rangaistusvastuun yläraja on 850 000 euroa ja luonnollisille henkilöille arvopaperimarkkinarikoksista on oikeuskäytännössä tuomittu Suomessa enintään ehdollinen vankeusrangaistus. Vertailun vuoksi todettakoon, että lokakuussa 2006 Outokumpu Oyj myi pörssilistauksen yhteydessä 80 % tytäryhtiönsä Outokumpu Technology Oyj:n osakekannasta saaden myynnistä n. 450 000 000 euroa ja myyntivoiton ollessa n. 330 000 000 euroa¹⁶³. Tämä tuo mielestäni varsin hyvin esiin arvopaperimarkkinoilla

¹⁶¹ Becker 1968 s. 203–204. Becker mallintaa artikkelissaan myös laajemmin optimaalisia toimintatapoja laittoman toiminnan ehkäisemiseksi. Määttä – Pihlajamäki 2003 s. 64.

¹⁶² Kiinnijäämisriskillä tarkoitetaan sitä todennäköisyyttä, joka johtaa rikoksen paljastumisen, esitutkinnan ja syyteharkinnan jälkeen langettavaan tuomioon.

¹⁶³ Outokumpu Oyj:n lehdistötiedotteet: Outokumpu Oyj:n osavuositiedotus 23.10.2006, Outokumpu Technology Oyj:n osakemyynti ja listautuminen 25.9.2006. www.outokumpu.com, viitaspäivä 19.12.2006.

liikkuvien pääomien suuruuden suhteessa rikosoikeudellisiin rangaistuksiin. Nämä pääomat ovat niin suuria, ettei oikeushenkilön rangaistusvastuulla ole rationaalisen rikoksenteikijän kannalta kovinkaan suurta merkitystä rikoksenteleopääätöstä tehtäessä.

Kuten aikaisemmin on todettu, rikoksen tuottamaan hyötyyn kohdistuva konfiskaatio ymmärretään turvaamistoimeksi, joka pidetään erillään varsinaisesta rangaistuksesta ja jolla ei aiheuteta rikoksen tekijälle ylimääräistä taloudellista menetystä. Kun rikoksenteleotilanne nähdään valintatilanteena, jossa potentiaalinen rikoksenteleijä puntaroi rikoksen hyötyjä ja haittoja suhteessa kiinnijäämisriskiin, voidaan hyötykonfiskaatio nähdä tässä tilanteessa elementtinä, joka poistaa potentiaaliselta rikoksenteleijältä hyötymotiivin. Hyötykonfiskaation tarkoituksena on saattaa potentiaalinen rikoksenteleijä valintatilanteessa siihen asemaan, että hän joutuu tosiasiasa pohtimaan erityisesti rangaistuksen haitallista merkitystä. Hyödyn menettäminen voidaan nähdä keinona, jolla lainsäätjä pyrkii tekemään rikoksen päättämistilanteessa lain noudattamisen ja sen rikkomisen keskenään indifferenteiksi¹⁶⁴ vaihtoehtoiksi. Varsinainen rangaistus sitten on se elementti, joka valintatilanteessa ohjaa potentiaalisen rikoksenteleijän noudattamaan lakia. Hyödyn menettäminen toimii preventiivisessä tarkoituksessa, koska potentiaalinen rikoksenteleijä ei pääse punnitsemaan, kannattaako hänen ottaa kiinnijäämisriskin vuoksi epävarma rangaistus ja varma rikoshyöty, vaan rikoksen tekijän on aina arvioitava myös sitä, että mahdollisessa kiinnijäämistilanteessa rikos ei myöskään muodostu taloudellisesti kannattavaksi.

Elinkeinoelämän rikoksissa hyötykonfiskaation merkitys yleispreventiivisenä tekijänä voi olla merkittävä. Hyötykonfiskaatiolla estetään se, ettei rikollisella tavalla toimiva yritys saa kilpailuetua muihin yrityksiin verrattuna. Mikäli hyötykonfiskaation mahdollisuutta ei olisi, saattaisi vaarana olla se, että muut yritykset joutuvat seuraamaan rikollisen menettelytavan valinnutta yritystä turvatakseen oman toimintansa. Lakia rikkova yritys voi vahvistua lakia seuraavien yritysten kustannuksella ilman konfiskaatiomahdollisuutta.¹⁶⁵ Arvopaperimarkkinoilla tilannetta voidaan kuvata niin, että ilman hyötykonfiskaatiomahdollisuutta yrityksille voi tulla kiusaus

¹⁶⁴ Ilmaisia ”indifferentti” käytetään kansantaloustieteessä vakiintuneesti kuvaamaan tilanteita, joissa esim. kuluttaja saa tarpeensa tyydytettyä yhtä hyvin valitsemalla tuotteen A tuotteen B sijasta tai päinvastoin. Kuluttajalle ei siis ole merkitystä, kumman tuotteen hän ostaa, jolloin hän on indifferentti näiden kahden vaihtoehdon välillä. Varian 1996 s. 34.

¹⁶⁵ Määttä – Rautio 1999 s. 114.

antaa itsestään liian positiivinen kuva sijoituskohteena niiden kerätessä ensimarkkinoilta pääomia.

Valintatilanne-ajattelutapa palautuu aina yksittäiseen rikostunnusmerkistöön. Kunkin rikoksen tunnusmerkistötekijöistä käy ilmi se kielletty menettely, joka määrää valintatilanteen arvioimisajankohdan. Taloudellisen hyödyn arvioimista koskevassa oikeustieteellisessä keskustelussa on pohdittu sitä, milloin menettäväksi on tuomittava ns. bruttohyöty ja milloin nettohyöty¹⁶⁶. Kysymys on kulminoitunut erityisesti tapausten KKO 1999:89 ja KKO 2004:73 johdosta. Nuutila kritisoi KKO:n 1999:89 ratkaisua siitä syystä, että tapauksessa KKO tuomitsi kokonaan valtiolle vastaajan hallusta löydettyt rahat 69 900 mk, jotka olivat kätkeytyneinä keittiön hellan alla olevaan halkopinnoon muovipussissa, eikä asiassa vähennetty mahdollisia huumausaineiden hankintaan tai valmistamiseen liittyneitä kuluja. Nuutilan mukaan KKO:n ratkaisu merkitsisi, että hyötykonfiskaatiota määrättäessä joudutaan arvioimaan ”mala in se” -rikokset eli sellaisenaan pahat teot ”mala prohibita” -tyyppisistä, moraalisesti värittömistä rikoksista. Tällaisia ”mala in se” -rikoksia ovat Nuutilan mukaan mm. huumausainerikokset kun taas ”mala prohibita” -rikoksia ovat esim. luvaton elinkeinon harjoittaminen.¹⁶⁷ Esitetystä kritiikistä huolimatta KKO on jatkanut ratkaisussa 1999:89 omaksuttua linjaa myös tapauksessa KKO 2004:73, jossa kyseessä oli lääkerikos. Hyödyn menettämisestä tilanteessa, jossa on ollut kyse pitkäaikaisesta huumeiden myynnistä, jossa uusien huume-erien rahoittaminen on tapahtunut edellisten huume-erien myynnillä, on KKO ottanut kantaa ratkaisussaan KKO 2007:1¹⁶⁸.

Mikäli rikoshyödyn menettämisen arvioinnissa otetaan lähtökohdaksi se valintatilanne, jossa potentiaalinen rikosentekijä on ennen jotain tiettyä rikostunnusmerkistön täyttävää tekoa, on edellä kuvattu keskustelu ”mala in se” ja ”mala prohibita” -rikoksista sekä brutto- ja nettoperiaatteen soveltamisesta osin tarpeetonta.

Esimerkiksi RL 50:1:n mukaisessa huumausainerikoksessa on erikseen määrätty rangaistavaksi yhtäältä pelkkä huumausaineen hallussapito ja toisaalta sen myyminen. Esimerkiksi voidaan ottaa tilanne, jossa henkilö A, joka ei itse käytä huumausaineita, on hankkinut 100 grammaa

¹⁶⁶ Nuutila 1999 s. 67–72, Rautio 2006 s. 158–160, ks. myös HE 80/2000 s. 21.

¹⁶⁷ Nuutila 1999 s. 70–71. Vrt. myös Rautio 2006 s. 158–160.

¹⁶⁸ Ratkaisussa KKO 2007:1 hyötyä määrättäessä huumausaineiden myyntihintojen yhteismäärästä ei vähennetty niiden ostohintoja. Kun aikaisempien huumausaine-erien hankinnasta saatuja varoja oli käytetty uusien huumausaine-erien ostoon, menettämisseuraamuksen kertautumisen estämiseksi arvioitiin huumausainerikosta kokonaisuutena, jolloin kokonaishyödyn määräksi arvioitiin pienempi summa kuin yksittäisten myyntien yhteisarvo oli.

amfetamiinia tietyllä rahasummalla. Tämä menettely täyttää jo huumausainerikoksen tunnusmerkistön. Henkilö ei myöskään voi laillisesti millään tavoin hyödyntää ko. huumausainetta. Tällöin hän voi valita, tyytyykö hän vain jatkossakin pitämään ko. huumausainetta hallussaan esimerkiksi vaatekaapin ylähyllyllä jännittävänä muistona, jossa se ei aiheuta kenellekään terveysvaaraa, vai myykö hän sen eteenpäin, jolloin hän saisi paitsi sijoittamansa rahasumman takaisin myös mahdollista myyntivoittoa lisäten siten aikaisempaan tilanteeseen verrattuna huumausaineista ihmisten terveydelle aiheutuvaa vaaraa. A:n myynnistä saama taloudellinen hyöty on se, että hänen hallussaan ollut laitton omaisuus eli huumausaine muuttuu ainakin ulkoisesti laillisen näköiseksi käteiseksi rahaksi, joka rahamäärä sisältää paitsi myyntivoiton myös huumausaineen hankintahinnan; ts. huumausaineeseen sitoutunut pääoma vapautuu likvidiin muotoon ja lisäksi tulee vielä myyntivoittoa.

Kysymys siitä, millainen itse asiassa on se valintatilanne, jossa vertailua laittoman ja laillisen vaihtoehdon välillä tehdään, määräytyy kunkin rikostunnusmerkistön mukaan. Jokainen rikostunnusmerkistö määrittelee ne teot, joissa suojeluobjektia loukataan tai vaarannetaan. Kysymystä ei siis tule mielestäni arvioida motivaatiotilanteen jatkumisen kautta, jolloin voitaisiin päätyä siihen, että esim. huumausainerikoksissa sallittaisiin vähentää huumausaineen ostohinta myyntihinnasta, koska huumausaineiden hankkimisen alkuperäisenä tarkoituksenakin oli niiden myynti edelleen käyttäjille.¹⁶⁹

5 ARVOPAPERIMARKKINARIKOKSISSA MENETETTÄVÄ HYÖTY

5.1 Rikoksen ja hyödyn välisestä kausaalisuudesta erityisesti arvopaperimarkkinarikoksissa

Rikoslain 10:2:n mukaan ”Rikoksen tuottama taloudellinen hyöty on tuomittava valtiolle menetetyksi.” Rikoksen ja hyödyn välillä on siis oltava kausaalisuhde, mutta aina ei ole kuitenkaan ongelmatonta se, milloin

¹⁶⁹ Valintatilanteen tuoman lisähyöty-ajattelutavan hyötykonfiskaatiotilanteissa kehittänyt Viljanen on kuitenkin kritisoinut KKO:n tapaa tuomita menetettäväksi kaikki huumausaineen myynnistä saadut varat vähentämättä ostohintaa. Jos rikosentekijä tavoittelee tietyn suuruisia hyötyä, hän ei voi jättää huomioimatta rikoksen tekemisestä aiheutuvia kustannuksia. Viljasen argumentoinnista lääke- ja huumausainerikoksissa tuomittavan hyödyn menettämisestä ks. Viljanen 2007 s. 90–92, 107–122.

rikoksen ja tietyn taloudellisen edun välillä on sellainen kausaalisuhde, että etu voidaan tuomita rikoshyötynä menetetyksi valtiolle.

Ailion varsin laajan määritelmän mukaan rikoksen tuottamana hyötynä on pidettävä sitä hyötyä, joka ”tosiasiallisesti on saatu rikoksella” ja jonka ”rikos on välittömästi tuottanut”.¹⁷⁰ Ailio perustaa näkemyksensä Honkasaloon, joka on 1940-luvun lopulla käsitellyt rikoksen ja rikoshyödyn välistä kausaalisuhdetta edellä mainittua Ailionkin käyttämää määritelmää yksityiskohtaisemmin.

Honkasalon mukaan mikäli rikoshyödyn muodostavat tallella olevat esineet, kohdistuu menettämisseuraamus ensisijaisesti niihin. Mikäli esineet on muutettu rahaksi, menettämisen kohteeksi muodostuu omaisuusesineiden arvo. Silloin jos esine on muuttunut toiseksi esineeksi, ei rikoshyötynä tuomita menetetyksi tätä uutta esinettä, koska uuden esineen ja rikoksen välinen kausaaliyhteys on liian etäinen. Tällöin menetetyksi tuomitaan se hinta, jonka hyödyn saaja esineestä sai luovuttaessaan esineen edelleen, vaikka se olisikin esineen käypää arvoa suurempi hinta.¹⁷¹ Kuitenkin mikäli omaisuuden arvo on kohonnut sellaisen toiminnan johdosta, jota ei voida pitää rikollisena, ei toiminnasta aiheutuvien kustannusten vähentämiseen tulisi olla estettä. Tällöin kausaalisuhde omaisuuden arvon kohoamisen ja rikoksen välillä on jälleen liian kaukainen. Toisaalta kausaalisuhde hyödynsaajan ja rikoksen välillä ei ole liian etäinen silloin, kun rikokseen osallinen tuomitaan yhteisvastuullisesti muiden osallisten kanssa menettämään se hyöty rikoksesta, johon he ovat osallisia, vaikka kunkin yksittäisen henkilön saama hyöty olisikin tätä alempi.¹⁷²

Rikoksen tuottaman hyödyn ja rikoksella aiheutetun vahingon välillä ei sen sijaan tarvitse välttämättä olla minkäänlaista kausaalisuhdetta keskenään. Tyypillisiä tilanteita, joissa tällainen kausaalisuhde puuttuu teon ja vahingon väliltä on rikoksentakijälle maksettavan palkkion tai virkamiehelle annetun

¹⁷⁰ Ailio 1964a s. 130.

¹⁷¹ Honkasalo 1948 s. 117–118. – Vrt. kuitenkin Honkasalon esimerkki mt. s. 131–132, jossa C osallistuttuaan 30 000 mk:n arvoisen jalokiven anastusrikokseen ja myytyään jalokiven edelleen 15 000 mk:n hinnasta tuomitaan menettämään rikoksen tuottamana hyötynä 30 000 mk. Honkasalon näkemys on siis vastaajalle epäedullinen, kun myynnistä saatu ylihintaa tuomitaan menetetyksi mutta vastaavasti alihintaa ei huomioida, vaan silloin tuomitaan menetetyksi esineen käypä arvo.

¹⁷² Honkasalo 1948 s. 118–119 ja 130. Vrt. myös Ailio 1964a s. 134–136. – Vrt. HE 80/2000 s. 21, jonka mukaan rikoksen tuottamana hyötynä on tuomittava menetetyksi myös sellainen tuotto, joka on vaikeuksitta selvitettävissä, kuten pankkitilillä olevan rahan korkotulo tai valuuttakurssin muuttumisesta johtuva hyödyn arvon nousu. Periaatteellinen muutos suhtautumisessa välillisen tuoton konfiskointiin, joka perustuu lainmuutoksen yhteydessä laadittuihin esitöihin eikä varsinaisen säädöstehtävän muutokseen on saanut oikeustieteellisessä keskustelussa myös kritiikkiä osakseen. Ks. käydystä keskustelusta Rautio 2006 s. 163 alaviitteineen.

lahjuksen konfiskointi.¹⁷³ Sinällään itse syy-yhteyden arvioinnissa ei ole merkittäviä eroja rikosoikeuden ja vahingonkorvausoikeuden välillä.¹⁷⁴

Syy-yhteyden määrittely on havaittu erityisen ongelmalliseksi kysymykseksi arvopaperimarkkinoita koskevassa vahingonkorvausoikeudellisessa tutkimuksessa. Sitä vastoin tuottamuskysymyksiä on Rudanko pitänyt ongelmattomampina, sillä korvausvastuu perustuu usein AML:n kriminalisoituihin sanktioitujen sääntöjen rikkomiseen. Vahingonkorvauskysymykset tulevat kyseeseen lähinnä arvopaperin liikkeeseenlaskijan, välittäjän tai muun vastaavan toimijan sekä sijoittajan välisessä oikeussuhteessa; sen sijaan sijoittajien keskinäisissä oikeussuhteissa vahingonkorvauskysymysten esiin nouseminen on hyvin poikkeuksellista. Arvopaperimarkkinoihin liittyvä erityispiirre muihin vahingonkorvaustapauksiin on markkinariskiin kuuluvien tappioiden ja korvattavien vahinkojen erottamisongelma. Arvopaperimarkkinoilla kurssikehitys on riippuvainen useista epävarmoista ja jopa irrationaalisista tekijöistä, joiden vaikutusmekanismeja voi olla mahdoton selvittää. Tällöin jonkin yksittäisen tekijän osuutta on usein hankala pelkistää lukuisien vaikutusmekanismien yhteisestä kokonaisuudesta. Rudangon mukaan syy-yhteysedellytyksen sovittamiseksi arvopaperimarkkinoiden olosuhteisiin perinteisen vahingonkorvausoikeuden kategorioille joudutaankin antamaan aivan uudenlainen sisältö.¹⁷⁵

¹⁷³ Honkasalo 1948 s. 125–126. Pohjoismaisessa kirjallisuudessa on tosin esitetty kantoja, joiden mukaan palkkion tuomitseminen menetetyksi edellyttäisi, että se on annettu tai luvattu antaa ennen rikoksen tekemistä. Rautio 2006 s. 161 alaviite 58. Rautio viittaa Matningsdaliin (Matningsdal 1987 s. 180), jonka mukaan Tanskassa ja Ruotsissa on hyväksytty palkkion konfiskointi rikoksen tuottamana hyötynä.

¹⁷⁴ Rikosoikeudellisesta syy-yhteydestä ks. mm. Nuutila 1996 s. 196–222 ja Jareborg 2001 s. 149–164. Syy-yhteyden arvioinnista vahingonkorvausoikeudessa ks. Hemmo 2005 s. 109–142. Rikosoikeudessa rangaistusvastuuta rajoittavana seikkana tulee yleensä kyseeseen tahallisuus, kun taas vahingonkorvausoikeudessa korvausvastuuta rajoittavana tekijänä ovat adekvaattisuus- eli ennakoitavuusvaatimus sekä normin suojatarkoitus. Konfiskaatioseuraamusten kannalta vastuun rajautumisen määrittely voi olla käytännössä vaikeaa, koska konfiskaatioseuraamuksen määrääminen ei ole sidottu syyksiluettavuuteen. Esimerkiksi henkilö, joka on saanut rikoksesta välittömästi hyötyä, menettää saamansa hyödyn vaikkei rikoksentehtäjän ja hyödynsaajan välillä ole mitään yhteisymmärrystä tai että hän olisi edes tietoinen saamansa hyödyn rikollisesta alkuperästä. Tietoisuus rikollisesta alkuperästä saattaa johtaa itsenäisen kätkemis- tai rahanpesurikoksen täyttymiseen. Ks. RL 10:1-3, 6 ja 8 sekä Honkasalo 1948 s. 129.

¹⁷⁵ Rudanko 1998 s. 369–371 ja 379–380. – Kun talousrikosjutuissa tahallisuuden toteennäyttämisen nousee usein kiistan kohteeksi, Rudangon kanta siitä, etteivät tuottamuskysymykset ole arvopaperimarkkinoihin liittyvissä vahingonkorvausjutuissa ongelmallisia, on hieman yllättävä. Myös Ratan kurinpitopäätökset 18.1.2008 (Dnro 1/445/2008) ja 3.3.2008 (Dnro 4/445/2008), joissa on katsottu tekojen tapahtuneen huolimattomuudesta, viittaavat siihen, ettei huolimattomuuden arviointi käytännössä tapahdu kovin ongelmattomasti. Korva on katsonut, että käytännössä tuottamuksen täyttymiseen riittää se, että liikkeeseenlaskija on menetellyt esim. AML 2:7:n vastaisesti jatkuvaa tiedonantovelvollisuutta täyttäessään, vaikka

Syy-yhteyskysymystä arvopaperimarkkinoilla voidaan tarkastella vahinkoriskin kasvamisen näkökulmasta. Tällöin kysytään, mikä osa menettelystä kuuluu sellaiseen markkinarisktiin, joka ei sinänsä itsessään ole vastuun peruste, mutta jonka kasvattaminen voi johtaa vastuuseen. Kysymys vahinkoriskin kasvamisesta ei vahingonkorvausoikeudellisessa mielessä ole kuitenkaan ongelmallinen silloin, kun tiedonantovelvollisuuksia on rikottu, jolloin arvopaperimarkkinoilla on tiedonantohäiriö. Tällöin ei ole kyseessä normaaliin ”perusrisktiin”, kuten yhtiön omistus pohjan muutoksiin liittyvä seikka.¹⁷⁶

Arvopaperiin liittyvään tiedonantohäiriöön perustuvan vahingonkorvausvastuun erityisongelmana on Rudangon mukaan informaatioluottamuksen merkitys kausaliteetin osana. Tällöin on kysymys siitä, edellytetäänkö korvausvastuun täyttymisen kannalta sitä, että sijoittaja on tehnyt tosiasiallisesti päätöksensä virheelliseen informaatioon luottaen. Käytännössä tällaista luottamusta on usein vaikea tai jopa mahdoton osoittaa, ja toisaalta yksittäistapauksessa olosuhteet saattavat viitata siihen suuntaan, että sijoittaja olisi tehnyt samanlaisen sijoituspäätöksen oikeasta informaatiosta tietoisenaikin. Kysymys on tällöin ns. ”would have purchased anyway”-argumentista.¹⁷⁷

Yhdysvalloissa kehitetyn markkinavilppiteorian (Fraud-on-the-Market-Theory) mukaan sijoittajan ei ole tarvinnut oikeudenkäynnissä näyttää toteen luottamuksen informaatioon olleen sijoituspäätöksen perustana ja siten vahingonkorvauksen edellytyksenä. Teoriassa informaatioluottamus korvataan olettamuksella, jonka mukaan sijoittajat luottavat markkinoiden oikeaan hinnanmuodostuskykyyn. Tätä voidaan perustella sillä, että eräiden taloustieteellisten teorioiden¹⁷⁸ mukaan avoimilla, kehittyneillä ja tehokkailla markkinoilla markkinahinnat heijastavat kaikkea saatavilla

tuottamuksen arviointi onkin pidettävä erillään teon tai laiminlyönnin oikeudenvastaisuuden arvioinnista. Korva 2004 s. 443.

¹⁷⁶ Rudanko 1998 s. 369–370.

¹⁷⁷ Rudanko 1998 s. 371–372. – Arvopaperimarkkinoihin liittyvissä rikoksissa ”would have purchased anyway”-tyyppinen argumentti voi käsitykseni mukaan saada merkitystä lähinnä sellaisissa petokseen rinnastettavissa tapauksissa, joissa kurssin vääristämisen avulla omia osakkeita käytetään vaihdon välineenä yrityskaupassa, jossa ostajana on pörssi-yhtiö ja ostettavana on listaamaton yritys, jolloin myyjä on yksilöitävässä. Mikäli kurssitasoltaan vääristettyjä osakkeita saaneet henkilöt ilmoittavat, ettei vääristämisellä ollut merkitystä transaktion kannalta, ei petosrikos voi tulla kyseeseen. Kurssin vääristäminen sen sijaan voi täytyä tästä huolimatta itsenäisenä rikoksena.

¹⁷⁸ Tehokkaiden pääomamarkkinoiden teoria (efficient capital market hypothesis, ECMH) ja investointikäyttäytymisen markkinamalli (market model for investment behaviour). – Arvopaperimarkkinoita koskevista taloustieteellisistä teorioista laajemmin ja mm. ECMH:ta kohtaan muiden taloustieteellisten teorioiden kannattajien taholta esitetystä kritiikistä ks. Avgouleas 2005 s. 45–63. Knuts on todennut ECMH:ta kohtaan esitetystä kritiikistä,

olevaa informaatiota eikä sijoittaja tarvitse päätöksensä tueksi muuta tietoa kuin tiedon häiriöttömästä kurssikehityksestä. Tällöin on ylipäättänsä tarpeetonta kysyä, luottiko sijoittaja virheelliseen informaatioon tai tiesikö hän edes siitä. Sijoittajan ei voida missään vaiheessa olettaa hyväksyneen muuta kuin oikean hinnanmuodostuksen markkinoilla, jolloin sijoittajan luottamus kohdistuu markkinoiden toimintaan. Tällä perusteella ”would have purchased anyway” -argumentilla ei olisi merkitystä vahingonkorvausoikeudellisissa tapauksissa. Korvausvastuun kannalta olennaista on, että vahingonkärsijä pystyy näyttämään virheellisen tiedon olevan hintavaikutteista markkinoilla.¹⁷⁹

Jotta vahingonkorvaus voisi Rudangon mukaan täyttää roolinsa arvopaperimarkkinoilla, tulee kausaliteettiopissa painottaa riskin lisääntymis-, suojantarkoitus- ja erityisesti luottamuselementtejä. Kun säännösten tarkoituksena on markkinoiden luotettavuuden ja sijoittajansuojan ylläpitäminen, normien rikkominen vaarantaa näiden tarkoitusten toteutumista. Sijoittajat toimivat markkinoilla sillä edellytyksellä, että normeista ilmeneviä oikeudenmukaisuussääntöjä noudatetaan. Luottamuselementti tuleekin ymmärtää sijoittajien kollektiivisen intressin eikä yksittäisen sijoittajan näkökulmasta.¹⁸⁰ Myös Korva on katsonut, että informaatiohäiriötilanteessa syy-yhteyden täyttymiseen informaation ja vahingon välillä on riittävä se, että sijoittaja toimii markkinoilla luottaen siihen, että arvopaperin liikkeeseenlaskija täyttää asetetut velvollisuudet ja että informaatiohäiriöllä on vaikutus arvopaperin kurssikehitykseen. Edelleen Korvan mukaan näyttökynnystä ei tule asettaa liian korkeaksi vahingonkärsijän näyttömahdollisuuksiin nähden.¹⁸¹

Syyttäjän näyttötaakka arvopaperimarkkinarikoksissa näyttää olevan ainakin teoriassa samankaltainen kuin markkinavilppiteorian mukaisen vahingonkärsijän näyttötaakka vahingonkorvauksen edellytysten täyttymisestä¹⁸². Kun arvopaperimarkkinarikokset eivät edellytä tiedon vaikut-

että kun toisten teorioiden kannattajien lähtökohdat ovat erilaiset, ovat myös lopputulokset erilaiset: ”Två sinsemellan ojämförbara helheter jämförs.” Knuts 2007 s. 51–55.

¹⁷⁹ Rudanko 1998 s. 377–379, Samuelsson 1991 s. 188–189 ja 313–314. – Markkinavilppiteorian omaksumista myös Isoon-Britanniaan on esittänyt Avgouleas perustellen sen hyödyllisyyttä mm. markkinoiden väärinkäyttöä ehkäisevän vaikutuksensa vuoksi. (Avgouleas 2005 s. 477–492.) Markkinavilppiteorian ja sijoittajalta edellytetyn näytön suhteen ei kehitys Yhdysvalloissakaan ole ollut suoraviivaista kuten Avgouleas (Avgouleas 2005 s. 477–483) ja Knuts (Knuts 2007 s. 42–67) osoittavat.

¹⁸⁰ Rudanko 1998 s. 372, Samuelsson 1991 s. 188–189 ja 313–314.

¹⁸¹ Korva 2004 s. 450. Laajemmin vahingon määrittämiseltä edellytettävästä syy-yhteydestä ks. Korva 2004 s. 444–450.

¹⁸² Toisin kuitenkin Korkka 2007 s. 36–37, joka on katsonut AML 9:2:n syy-yhteyden olevan ”kevyempi” kuin RL 10 luvun edellyttämä syy-yhteys. Korvan mukaan jos arvopaperimarkkinoilla omaksutaan vahingonkorvausjutuissa markkinavilppiteorian mukainen syy-yhteysajattelu ja sitä vastaava näyttötaakka, joka on alhaisempi kuin muuten vahingon-

tavan tosiasiallisesti kurssiin, vaan riittävää on se, että tieto ”on omiaan” vaikuttamaan kurssiin, tulee syyttäjän kyetä osoittamaan, että tieto on luonteeltaan sellaista, jonka järkevä sijoittaja ottaisi huomioon sijoituspää-
töstä tehdessään¹⁸³. Siten rikosjutun käsittelyn yhteydessä käsitellään hyvin pitkälti samanlaisia syyksiluettavaa koskevia kausaalisuuskysymyksiä kuin vahingonkorvausjutun yhteydessä käsitellään vahingonkorvausvastuun syntyperusteen osalta. Toisaalta vaikka rangaistavan käyttäytymisen ja vahingonkorvauksen perustana olevat kausaalikysymykset olisivat konkreettisesti yksittäistapauksessakin hyvin samankaltaisia, rikoksen tuottama hyöty ja vahingonkorvaus eivät välttämättä ole määrän osalta vastaavuus-
suhteessa toisiinsa. Rikoshyödyn ja vahingonkorvauksen määrien arviointi poikkeavat usein toisistaan yksinkertaisesti siitä syystä, että sijoittajat toimivat virheellisen informaation varassa niin kauan kuin oikeaa tietoa ei ole julkistettu. Tällöin markkinoilla toimii siis vilpittömässä mielessä olevia sijoittajia, jotka saavat perusteettomasti hyötyä jonkin henkilön rikollisen menettelyn johdosta, ja niitä sijoittajia, jotka vastaavasti kärsivät vahinkoa. Kaikki vahinkoa kärsineet sijoittajat eivät ole sisäpiiriläisen tai kursseja manipuloineen toimijan vastapuolena arvopaperikaupoissa.

Rudangon ja Korvan mukaan sijoittajan kärsimää vahinkoa on informaatiohäiriö- ja sisäpiirikauppatilanteissa ns. ”oikean” ja häiriövaikutteisen hintatason välinen erotus. Ongelmallista on tällöin häiriön vaikutuksen pelkistäminen erilaisista markkinoilla esiintyvistä vaikutusmekanismeista sekä toisaalta se, mikä on oikea ajankohta vahingon määrittämiselle. Vahingon konkretisoituminen eli se, milloin vahinkoa voidaan pitää riittävillä perusteilla lopullisena vahinkona, on vaikeaa arvioida arvopaperimarkkinoilla, joilla kurssit muuttuvat jatkuvasti. Rudanko katsoo, että korvauksen kannalta ratkaisevan ajankohdan määrittelyssä lähtökohdaksi voidaan ottaa vaatimuksen esittämispäivän markkinakurssi. Toisaalta huomiota voidaan kiinnittää myös siihen, ryhtyikö vahingonkärsijä toimiin vahinkonsa minimoimiseksi reagoimalla kurssimuutoksiin. Tätä vahingonkärsijän toimintavelvollisuutta on korostanut Korva, jonka näkemyksen mukaan kun kaikilla on yleinen velvollisuus minimoida vahinkoja, ei sijoittajakaan

korvausjutuissa edellytetty syy-yhteysvaatimus, ei rikosoikeudessa kuitenkaan voi ilman nimenomaisen säännöksen tukea arvopaperimarkkinarikoksissa poiketa rikosoikeudessa yleisesti sovellettavista kriteereistä. – Kuitenkin Korvan näkemys on tässä suhteessa kriitikkille altis siitä syystä, että syy-yhteysongelmat aktualisoituvat arvopaperimarkkinoilla juuri markkinoiden ”kasvottomuuden” johdosta; tietyllä arvopaperikaupalla ei ole useinkaan selkeää vastapuolta, jolloin on hankalaa arvioida tietyn menettelyn syy-yhteyttä jonkun yksittäisen henkilön kärsimään tappioon. Sitä vastoin ”kasvottomuusongelmaa” ei ole siinä tilanteessa, kun arvioidaan tekijän oman menettelyn tuottamaa hyötyä hänelle itselleen.

¹⁸³ Ks. Komission määritelmädirektiivi (2003/124/EY) 1 art. 2 kohta. Syyttäjältä vaadittu näyttö voi tosin käytännössä vaihdella tapauksesta riippuen huomattavasti.

saa jäädä toimeettomana odottamaan tappion muodostumista.¹⁸⁴ Vahingon määrän eli arvopaperin arvon osalta Rudanko kiinnittää huomiota siihen, että tehokkailla markkinoilla arvopaperin kurssikehitys on paras mittari vahingon määrän määrittämiseen. Toisaalta vahingon määrän täsmentämiseen voidaan käyttää portfolioteoriaa, jossa käytetään myös hyväksi vertailua arvopaperin hintakehityksen ja yleisen markkinakehityksen välillä.¹⁸⁵

Arvopaperimarkkinarikosten ja erityisesti kurssin vääristämisen osalta Knuts on todennut, ettei ns. ”oikean kurssin” määrittely ole mahdollista tilanteessa, jossa kurssi on vääristynyt markkinoiden manipulaation vuoksi. Arvopaperilla on nimittäin vain yksi faktinen kurssi tietyllä hetkellä, joka muodostuu markkinoilla kulloinkin olevan kysynnän ja tarjonnan kautta. Tällöin on mahdotonta määrittää se taso, jolla ”oikea kurssi” olisi.¹⁸⁶

Arvopaperimarkkinarikoksissa menetettäväksi tuomittavan hyödyn selvittämiseksi on kehitetty eri markkinavalvontaviranomaisten toimesta erilaisia matemaattisia malleja. Näiden mallien kehitystyö on tapahtunut pitkälti Yhdysvalloissa, joten niiden taustalähtökohtien ymmärtäminen edellyttää myös yhdysvaltalaisen sääntely-ympäristön tuntemista.

5.2 Hyödyn menettämisessä kehitetyt ekonometriset mallit

USA:ssa arvopaperimarkkinalakien vastaisesta menettelystä koitunut hyöty voidaan määrätä menetetyksi (disgorgement order) sekä luonteeltaan hallinnollisissa että rikosprosesseissa ratkaistavien juttujen yhteydessä. Menettäväksi määrättävän hyödyn rahamäärän ja lainvastaisen teon välillä täytyy olla kausaaliyhteys, sillä menettämisseuraamus rajoittuu ainoastaan siihen määrään¹⁸⁷, jonka vastaaja on saanut hyötynä menettelystään.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Rudanko 1998 s. 380–381, 383, 387. Vahingon minimoinnin osalta Rudanko toteaa, että mahdollisen vahingon laskuperusteena käytetään sitä tapahtumakehitystä, jossa vahinko jää pienimmäksi. Suurempaan vahinkoon johtava tapahtumainkulku huomioidaan silloin, kun vahinkojen minimoimiseen tähtäävässä huolellisessa etukäteisharkinnassa on ollut riittävät perusteet jättää noudattamatta toista vaihtoehtoa, joka myöhemmin osoittautuu pienempään vahinkoon johtavaksi. Rudanko 1998 s. 380–381. Korva 2004 s. 447.

¹⁸⁵ Rudanko 1998 s. 207–208 ja 383–386

¹⁸⁶ Knuts 2004 s. 567. – Knuts esittää näkemyksensä kurssimanipulaatiotapauksissa, mutta Knutsin näkökohdat voidaan ymmärtää koskevan myös muita tilanteita, joissa arvopaperin kurssi on informaatiohäiriön vuoksi poikennut siitä, mitä se olisi ilman informaatiohäiriötä.

¹⁸⁷ Suomalaisesta järjestelmästä poiketen menetettävä määrä sisältää paitsi hyötynä saadun pääoman, myös sille laskettavan kohtuullisen koron. Sarbanes-Oxley Report s. 3.

¹⁸⁸ Sarbanes-Oxley Report s. 2–3. Menettämisseuraamuksesta (disgorgement order) on säännöksiä useissa arvopaperimarkkinoita säätelevissä laeissa, joissa määritellään mm. missä tilanteissa menettämisseuraamus voidaan määrätä ja mihin menetetyksi määrättyjä varoja saa käyttää sekä menettämisseuraamukseen liittyvistä prosessuaalisista kysymyk-

Tuomioistuimet eivät ole edellyttäneet rahoitusmarkkinoita valvovaa viranomaista (Security Exchange Commission, SEC) määrittelemään tarkkaa summaa vastaajan saamasta hyödystä, vaan SEC:llä on todistustaakka siitä, että se pystyy osoittamaan järkevän (”reasonable”) arvion voitoista, jotka ovat aiheutuneet vastaajan laittomasta teosta. Kun SEC on täyttänyt tämän vaatimuksen, vastaajalla on todistustaakka osoittaa, että menetettävän summan tulisi olla alhaisempi. Vastaajilta itseltään voidaan siis edellyttää laskelmia tai muuta selvitystä siitä, mitä hyötyä he ovat hankkineet paitsi ennen varsinaista rikosprosessia myös siinä vaiheessa, kun SEC vasta pyrkii määrittelemään saadun hyödyn määrää. Niin kauan kuin vaadittava hyöty on järkävä, vastaajalla säilyy riski siitä aiheutuvasta epävarmuudesta, että summaa ei ole tarkoin määrätty. Mikäli hyöty määrätään menetetyksi ja se saadaan perittyä vastaajalta, SEC voi myöhemmin palauttaa tuomitun hyödyn vahinkoa kärsineille sijoittajille. Tästä syystä oikeuskäytännössä on toisinaan pidetty tätä menettämisseuraamusta (disgorgement order) luonteeltaan restitutiivisena vahingonkorvauksena, mikä on kuitenkin virheellinen käsitys. Vahingonkorvauksella pyritään korvaamaan sijoittajien vahingot, jotka voivat olla erityisesti petostyyppisissä teoissa suuremmat kuin saatu hyöty, kun taas tämä menettämisseuraamus on tarkoitettu ainoastaan rikoksentehtäjän saaman hyödyn poisottamiseen. Menettämisseuraamuksen tarkoituksena on ylläpitää sijoittajien luottamusta arvopaperimarkkinoita ja niiden läpinäkyvyyttä kohtaan sekä ehkäistä tulevia rikkomuksia tekemällä väärinkäytökset kannattamattomiksi.¹⁸⁹

Disgorgement order -tyyppinen menettämisseuraamus voi koskea kaitentyyppistä hyötyä, joka arvopaperimarkkinalakien rikkomisella saadaan. Siten sisäpiirikaupoissa kurssierona saadun hyödyn lisäksi menettämisaatimuksen kohteena on ollut esim. Tyco-tapauksessa¹⁹⁰ myös kaikki johdon saamat palkat petollisen menettelyn alkamisesta lähtien, johdon saamat luotot siltä osin kuin niitä ei ollut maksettu vielä takaisin yhtiölle

sistä. Ks. esim. Securites Act 1933 Sec. 8A, 20; Securites Exchange Act 1934 Sec. 20A, 21, 21B, 21C; Investment Company Act 1940 Sec. 9; Investment Advisers Act 1940 Sec. 203; Sarbanes-Oxley Act 2002 Sec. 308.

¹⁸⁹ Sarbanes-Oxley Report s. 3–4, 19–20. Yhdysvalloissa myös yksityisten ajamalla vahingonkorvauskanteilla on merkittävä rooli sijoittajien suojan toteuttamisessa, sillä viranomaisten rajalliset resurssit mahdollistavat puuttumisen ainoastaan vakavimpiin tapauksiin. Sarbanes-Oxley Report s. 20.

¹⁹⁰ Pörssi-yhtiö Tycon pääjohtaja Dennis Kozlowski ja muuta johtoa syyllistyivät petokseen (fraud) osakkeenomistajia kohtaan käyttämällä yhtiön varoja väärin, kun Tyco mm. rahoitti miljoonilla dollareilla heidän ylellistä elämäntapaansa. Johto hankki omaan käyttöönsä yhtiön varoilla mm. loistojahteja, taidetta sekä kalliita huoneistoja. Sarbanes-Oxley Report s. 8–9.

sekä johdon yhtiöltä saamien alihintaisten luottojen ja markkinakorkojen välinen korkoero.¹⁹¹

Sisäpiirikaupoissa tuomioistuimet tavallisesti määrittelevät laittoman hyödyn ottamalla huomioon kurssieron osakekaupan tekohetken ja sen hetken välillä, kun kohtuullinen aika tiedon julkaisusta on kulunut. Prosessissa saattaa nousta sitten argumentoinnin kohteeksi se, mikä kulloinkin käsiteltävässä yksittäisessä tapauksessa on ”kohtuullinen aika tiedon julkaisusta”, joka huomioidaan menettämisseuraamusta laskettaessa. Yleisesti ottaen myöskään rikoksen valmistelusta aiheutuneita kustannuksia ei ole hyväksytty vähennyskelpoisiksi, vaikka myös toisenlaisia tapauksia esiintyy oikeuskäytännössä.¹⁹²

Rikoksella saadun hyödyn ja mahdollisen muun hyödyn erottaminen voi usein olla ongelmallista. Tästä syystä oikeuskäytännössä on esiintynyt tapauksia, joissa tuomioistuimet ovat katsoneet, että rikoksen tuottamana hyötynä voidaan tuomita menetetyksi kaikki se hyöty, jonka vastaaja on hankkinut sinä aikana kun hän on rikkonut lakia. Toisissa tapauksissa on toisaalta vaadittu tiukempaa kausaalisuhdetta rikoksen ja hyödyn välillä; hyödyn pitää olla rikollisesta menettelystä aiheutunutta.¹⁹³

Yhdysvaltain lainsäädännössä¹⁹⁴ on sisäpiirintiedon väärinkäyttöön liittyvä erityissäännös hyödyn laskemisesta. Säännöksen mukaan hankittu voitto tai vältetty tappio on myynti- tai ostohinnan ja sen arvon välinen

¹⁹¹ Sarbanes-Oxley Report s. 8–9. Tyco-tapaus on poikoinut laajan joukon oikeudenkäyntejä, jotka ovat osin edelleen kesken. SEC:n lisäksi ovat sijoittajat nostaneet ryhmäkanteita yhtiötä vastaan. SEC sopi yhtiötä vastaan ajamansa kanteen, jonka lopputuloksena Tyco maksoi 50 miljoonaa USD sakkoa sekä 1 USD:n symbolisen menettämisseuraamuksen. Suuri osa sijoittajien ajamista ryhmäkanteista on myös sovittu, yhtiö sitoutui maksamaan n. 3 miljardia dollaria sijoittajille sekä osuuden yhtiön tulevaisuudessa saamista vahingonkorvauksista, joita entiseltä johdolta peritään. Yhtiöllä on edelleen vireillä kanteita johtoa vastaan samoin kuin SEC:llä. (SEC Litigation release No. 19657 / April 17, 2006 – <http://www.sec.gov/litigation/litreleases/2006/lr19657.htm>; Tycon lehdistötiedote 15.5.2007 – <http://www.tyco.com/livesite/Page/Tyco/Who+We+Are/Press+Center/Press+Releases+Details/??&DCRID=1952138796>; Tyco Trial: Jurist Legal News & Research -uutispalvelu, University of Pittsburgh, School of Law – <http://jurist.law.pitt.edu/currentawareness/tyco.php>) – kaikkien näiden internet-linkkien viittauspäivä 27.9.2007.

¹⁹² Sarbanes-Oxley Report s. 18. – Raportti on laadittu sen selvittämiseksi, miten menettämisseuraamuksia (disgorgement order) ja hallinnollisia sanktioita (civil penalties) on sovellettu 8.4.1997 ja 30.7.2002 välisenä aikana. Kaiken kaikkiaan tapauksia, joissa menettämisseuraamus tai hallinnollinen sanktio oli määrätty, oli 2 613 kappaletta. Raportissa otettiin tarkemman tarkastelun kohteeksi satunnaisotannalla 168 tapautta. Sarbanes-Oxley Report Appendix A s. 1-2.

¹⁹³ Sarbanes-Oxley Report s. 24. Raportin mukaan SEC pyrkii aktiivisesti laajentamaan menettämisseuraamuksen käyttöalaa mm. siihen suuntaan, että rikoksen aikana ansaitut palkat määrätään menetetyiksi. Tällainen tilanne aktualisoitui esim. Tyco-tapauksessa. Sarbanes-Oxley Report s. 8–9, 24.

¹⁹⁴ Security Exchange Act Sec. 21A(f).

erotus, joka arvopaperilla oli kohtuullisen ajan kuluttua ei-julkisen tiedon julkaisemisesta¹⁹⁵. Kuitenkin tämän metodin ongelmana on se, jos arvopaperia ei lainkaan myydä tai se myydään vasta pitkän ajan kuluttua tiedon julkaisemisen jälkeen, jolloin yhteys saadun hyödyn ja tiedon julkaisemisen välillä häviää. Tämän ongelman poistamiseksi on kehitetty ns. *potential deterministic disgorgement* -malli, jossa hyödyn määrä on tiedon julkaisemisen jälkeisen hinnan ja sisäpiiriläisen ennen tiedon julkaisua käyttämän painotetun osto- tai myyntikeskihinnan välinen ero.¹⁹⁶

Kuitenkin myös *potential deterministic disgorgement* -malliin liittyy käytännön ongelmia: Mikäli sijoitus on tehty pitkä aika ennen sisäpiirintiedon julkaisemista, arvopaperin arvoon ovat voineet vaikuttaa huomattavassa määrin myös muut seikat kuin sisäpiirintieto. SEC on kehittänyt näiden muiden seikkojen eliminoimiseksi mallin, jossa verrataan sisäpiirikaupan kohteena olleen arvopaperin hintakehitystä vertailuindeksin tuottoon. Kyseisessä *potential econometric disgorgement* -mallissa määritellään sisäpiirintiedon väärinkäytön kohteena olleelle arvopaperille relevantti vertailuryhmä, josta muodostetun indeksin muutosta verrataan kaupan-käynnin kohteena olevan osakkeen hintakehitykseen.¹⁹⁷

Potential economic disgorgement -malli on käytännössä esimerkki ”event studies”-tyyppisestä tutkimusmetodista, joka on prof. Faman Yhdysvalloissa 1969 kehittämä tapa tarkastella tietyn tapahtuman vaikutusta arvopaperin arvoon.¹⁹⁸ Käytännössä *potential economic disgorgement* -mallin soveltaminen yksittäistapaukseen on monivaiheinen tehtävä. Mallia sovellettaessa määritellään mm. onko sisäpiirintieto ollut arvopaperin hintakehityksen kannalta merkittävää, ts. onko sisäpiirintiedon hyväksikäytöllä saatu tuottoa tavanomaiseen kurssikehitykseen verrattuna. Määrittely tapahtuu useimmiten vertaamalla keskenään arvopaperin kurssikehitystä 20 päivän ajanjaksolta sisäpiirintiedon julkaisuaikana¹⁹⁹, 120 päivän ajanjaksolta ennen tiedon julkaisuun liittyvää sisäpiirintiedon ajanjaksoa sekä samoilta ajanjaksoilta

¹⁹⁵ Alkuperäiskielellä Security Exchange Act Sec. 21A(f) kuuluu: For purposes of this section, “profit gained” or “loss avoided” is the difference between the purchase or sale price of the security and the value of that security as measured by the trading price of the security a reasonable period after public dissemination of the nonpublic information.

¹⁹⁶ Minenna s. 11.

¹⁹⁷ Minenna s. 11. Vrt. myös Rudangon näkemys, jonka mukaan portfolioteorian kehittämiä työvälineitä voidaan käyttää vahingon suuruuden määrittämiseen. Portfolioteoria käyttää myös hyväkseen tietoa markkinoiden yleisen kurssikehityksen ja yksittäisen osakkeen kurssikehityksen välisestä suhteesta. Rudanko 1998 s. 207–208 ja 383–384.

¹⁹⁸ Avgouleas 2005 s. 53–54, alaviite 175.”Event studies” -metodin käyttökelpoisuudesta sijoittajan kärsimän vahingon määrittämisestä ks. Avgouleas 2005 s. 492–494.

¹⁹⁹ Ajanjakso on siis 10 päivää ennen sisäpiirintiedon julkaisua ja 10 päivää sisäpiirintiedon julkaisun jälkeen. Ks. Minenna s. 16–17.

relevantin vertailuindeksin kehitystä sen selvittämiseksi, onko väitetyllä sisäpiirintiedolla hankittu epänormaalia tuottoa. Varsinainen sisäpiirintiedon tuottama taloudellinen hyöty voidaan laskea sitten kertomalla edellä mainitulla tavalla laskettu yksittäisen arvopaperin suhteellinen epänormaali tuotto sisäpiirin kaupan kohteena olleiden arvopapereiden määrällä.²⁰⁰

Minennan mukaan edellä esitettyä SEC:n käyttämää mallia ei voida soveltaa sellaisenaan markkinoille, joilla noteerattuihin osakkeisiin liittyy epälikvidiyyttä ja kausittaista vaihtelua. Ongelmallista on myös se, jos markkinoilla on paljon yhtiöitä, jotka ovat olleet vasta lyhyen aikaa noteerattuina pörssilistalla.²⁰¹ Tästä syystä SEC:n käyttämää mallia on Italiassa edelleen kehitetty pidentämällä mm. sisäpiirintiedon julkaisemista edeltävän vertailuajanjakson pituutta 120 päivästä 600 päivään sekä käyttämällä vertailuindekseinä Italian pörssin yleisindeksiä sekä relevantteja Italian ja Euroopan toimialaindeksejä.²⁰² Tämä ei kuitenkaan Minennan mukaan poista malliin liittyviä tiettyjä rakenteellisia heikkouksia. Peruskysymys on se, voidaanko ja kuinka paljon arvopaperin tulevaa kurssikehitystä arvioida historiallisen kurssikehityksen perusteella. Lyhyen aikaa noteerattujen yhtiöiden kohdalla ongelmallista on se, että mallin käyttäminen edellyttää mm. riittävän pitkää historiallista kurssikehitystä. Toisaalta kauan noteerattujen yhtiöiden kurssikehitykseen voi sisältyä sellaisia kertaluontoisia muutoksia, joiden vaikutus täytyy yrittää eliminoida pois. Ongelmallista voi olla myös relevantin vertailuindeksin määrittely.²⁰³

Minenna ja Italian rahoitusmarkkinoita valvova viranomainen CONSOB ovat kehittäneet kokonaan uuden mallin hyödyn laskemiseksi käyttäen hyväksi todennäköisyyslaskennan metodeja. Tämän *potential probabilistic disgorgement* -mallin peruslähtökohdat poikkeavat aikaisemmista malleista siten, että siinä pyritään määrittelemään *sisäpiirintiedon arvoa* kullekin sisäpiiriläiselle erikseen. Mallissa määritellään sisäpiiriläisen

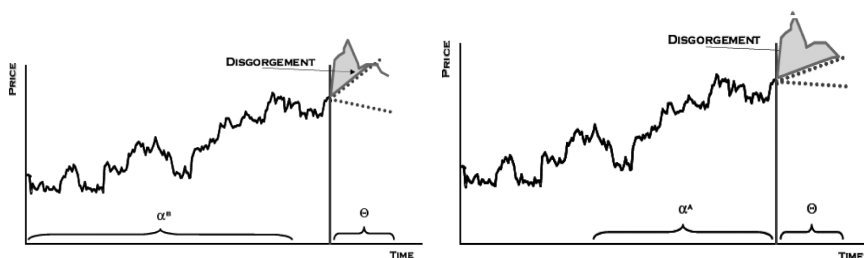
²⁰⁰ Minenna s. 12–17. Minennan artikkelissa on esitetty mallin soveltamisessa käytettävät yksityiskohtaiset laskentakaavat.

²⁰¹ Minenna s. 17. Minennan mukaan tämä tilanne kuvaa Italian arvopaperimarkkinoita. Vastaavia ongelmia on esiintynyt ja esiintyy edelleen myös Suomen arvopaperimarkkinoilla.

²⁰² Minenna s. 17–19.

²⁰³ Laajemmin malliin liittyvistä ongelmista Minenna s. 19–20. – Relevantin vertailuindeksin määrittely on noussut ongelmaksi myös Suomessa erityisesti ns. TJ Group Oyj:n oikeudenkäynnissä Helsingin HO:n tuomio 5.7.2007 (R06/790) s. 171. Vertailuindekseissä (esim. toimialaindeksi) yhden yksittäisen yhtiön painoarvo voi nousta sen suhteellisen suuren markkina-arvon vuoksi hallitsevaksi, jolloin vertailuindeksi kuvaa pikemminkin yksittäisen yhtiön kuin tietyn toimialan kurssikehitystä.

”kaupankäyntistrategia”²⁰⁴ sillä perusteella, miten hän kävi arvopapereilla kauppaa sen jälkeen kun hän sai haltuunsa sisäpiirintietoa mutta ennen kuin tieto julkaistiin. Eri sisäpiiriläisillä voi olla erilainen ”strategia” ja sisäpiirintiedolla erilainen arvo riippuen mm. siitä, miten lähellä tiedon julkaisuajankohtaa he ovat saaneet käyttöönsä sisäpiirintietoa. Malli siis määrittelee rikoksella saadun hyödyn erilaiseksi riippuen siitä, onko kyseessä esim. sellainen liikkeeseenlaskijan palveluksessa oleva henkilö, jolla on suora pääsy olennaiseen sisäpiirintietoon, tai satunnainen ulkopuolinen vihjeensaaja. Mallissa sisäpiiriläisen tekemien kauppojen hintakehityksestä päätellään vaihteluväli, mikä arvopaperilla olisi ollut, mikäli sisäpiirintietoa ei olisi ollut lainkaan olemassa. Konkreettinen sisäpiiriläisen saama hyöty on tämän arvioidun hintakehityksen ja toteutuneen hintakehityksen välinen erotus.²⁰⁵



Kuvalähde: Minenna s. 24–25.

Vasemmanpuoleisessa kuvassa näkyy sisäpiiriläisen saama hyöty, joka on suurempi kuin oikealla olevan vihjeensaajan.

Hyödyn laskennan kannalta merkityksellisiä ajanjaksoja ovat siis ne ajanjaksot, jolloin sisäpiiriläinen ostaa osakkeita (Minennan mukaan tyypillisesti 5–15 päivää ennen tiedon julkaisua) ja markkinoiden likviditeetistä riippuen yleensä 1–2 päivää tiedon julkaisun jälkeen, jolloin kurssi ehtii

²⁰⁴ ”Kaupankäyntistrategialla” tarkoitetaan tässä yhteydessä sitä, että sisäpiiriläinen määrittää arvopaperiin liittyvät toimensa sinä ajanjaksona, kun hän käy sisäpiirikauppaa. Näiden sisäpiirikauppojen perusteella määritellään sitten se hintaväli, jonka sisäpiiriläinen arvioi arvopaperilla olevan tiedon julkaisemisajankohdan jälkeen, mikäli tietoa ei lainkaan olisi ollut olemassa. Minenna s. 21–23.

²⁰⁵ Minenna s. 19–25. – Menettävää hyötyä tulee siinä tapauksessa, että sisäpiiriläinen tekee transaktion sinä aikana, kun toteutunut hintakehitys ei sisälly siihen arvioituun hintakehitykseen, joka arvopaperilla olisi ollut ilman sisäpiirintietoa. Arvioidun hintakehityksen vaihteluväli laajenee, mitä pidempi aika kuluu sisäpiirintiedon julkaisemisesta.

reagoida muutokseen²⁰⁶. Markkinoille on tyypillistä, että ne ”ylireagoivat” usein uuteen tietoon, jolloin hinta tasaantuu vasta jonkin ajan kuluttua tiedon julkaisusta.²⁰⁷

Potential probabilistic disgorgement -mallin kanssa samankaltainen, joskin huomattavasti yksinkertaistettu ajattelumalli, jossa pyritään eliminoimaan muiden seikkojen kuin sisäpiirintiedon vaikutus osakekurssiin, on menettely, jossa hyöty lasketaan välittömästi tiedon julkistamista edeltäneen arvopaperin kurssin ja tiedon julkistamisen jälkeen vakiintuneen kurssitason tai realisointihinnan erotuksena.²⁰⁸

Italiassa kehitetyn potential probabilistic disgorgement -mallin merkittävä poikkeaminen aikaisemmista malleista on sikäli mielenkiintoista, että Italia EU-jäsenmaana on implementoinut omaan kansalliseen lainsäädäntöönsä arvopaperimarkkinoita koskevat direktiivit.²⁰⁹

Potential probabilistic disgorgement -mallia voidaan kritisoida moneltakin kannalta. Se lähtee olettamuksesta, että sisäpiiriläinen on rationaalinen sijoittaja, joka pyrkii optimoimaan oman hyötynsä ja jolla on myös tosiasialliset mahdollisuudet tähän hyödyn maksimoimiseen²¹⁰. Kuitenkaan sisäpiiriläinen ei voi välttämättä valita optimaalista kaupankäyntiajankohtaa resurssien puutteen vuoksi tai muusta syystä²¹¹. Sisäpiiriläisellä voi kulua jonkin aikaa esim. arvopapereiden hankintaan tarvittavan rahoituksen järjestämiseen tai hän ei välttämättä halua käydä kauppaa esim. kaksi viikkoa ennen osavuositarkastuksen julkistamista välttääkseen epäilyksenalaiseksi joutumista. Tosiasiassa siis kaupankäyntiajankohta, joka vaikuttaa sitten hyödyn määrän laskentaperusteisiin, voi määräytyä muilla perusteilla kuin maksimaalisen rahamääräisen myyntivoiton tavoittelemisen näkökulmasta. Tällöin malli ei mittaa tiedon arvoa sisäpiiriläiselle oikein.

²⁰⁶ Minenna s. 21, 25–26. Tiedon julkaisun jälkeinen ajanjakso voi siis likviditeetistä riippuen olla myös pitempi kuin 1–2 päivää. Kuitenkin mikäli sisäpiiriläinen tekee vastakkaisen transaktion (esim. myy osakkeensa kurssiin positiivisesti vaikuttaneen sisäpiirintiedon julkaisun jälkeen), laskennan kannalta relevanttia on vain ajanjakso tiedon julkaisusta myyntiin saakka. Minenna s. 21 alaviitteinen (erit. alaviitteet 29–30).

²⁰⁷ Avgouleas 2005 s. 498 alaviite 248.

²⁰⁸ Kurenmaa 2003 s. 269. – Tätä mallia on sovellettu HHO:n ratkaisemassa Nordic Aluminium -tapauksessa.

²⁰⁹ V:n 1989 sisäpiiridirektiivin implementoinnista Italiassa ks. Solimena 1994 s. 79–89. Uudemmassa sääntelytilanteesta Italiassa ks. Alexander 2007 s. 69–71 ja 103–104.

²¹⁰ Tämä edellyttää mm. sitä, että sisäpiiriläinen ei ole vaikuttavassa asemassa arvopaperin hintakehityksen suhteen vaan hän joutuu sopeutumaan osakemarkkinoiden hintatasoon. Muussa tapauksessa kyseessä voisi olla kurssin vääristäminen. Minenna s. 21 alaviitteinen (erityisesti alav. 31).

²¹¹ Vrt. Minenna s. 22, jonka mukaan ”The more precise the information the trader possesses the more likely he will choose an time period which will allow him to implement an optimal trading strategy.”

Jossain määrin ongelmallisena mallin kannalta voidaan pitää myös sitä, että se ei kykene ottamaan huomioon tiedon täsmentymistä ajan kuluessa. Malli lähtee siitä oletuksesta, että mitä aikaisemmin kauppaa tehdään, sitä parempi informaatio sisäpiiriläisellä on ja sitä suuremman hyödyn hän hankkii²¹². Kuitenkin voidaan ajatella tilanne, jossa sisäpiiriläinen antaa jatkuvan osto- tai myyntitoteutuksen jo ennen kuin hänellä on sisäpiirintietoa eikä ajattele mattomuuttaan lopeta kaupankäyntiä heti, kun hänellä on sellaista tietoa, joka voidaan luokitella jo sisäpiirintiedoksi (esim. tieto valmisteilla olevasta yritysjärjestelystä). Toisaalta myöhemmin toista kautta vihjeensaaja saa varman tiedon (esim. yritysjärjestelyn toteutumisesta), mistä syystä tämä ryhtyy käymään kauppaa arvopaperilla. Hyöty lasketaan tällöin eri tavoin. Tämä ei välttämättä ole ongelma silloin, jos tällä mallilla lasketun rikoksen tuottaman hyödyn määrä kyetään rangaistusta määrättäessä pitämään erillään muistakin teon moitittavuutta osoittavista seikoista kuten tahallisuudesta. Kuitenkin esim. törkeässä sisäpiirintiedon väärinkäytössä taloudellisen hyödyn määrä toimii yhtenä kvalifointiperusteena ja se otetaan yleensä muutenkin huomioon yhtenä seikkana rangaistusarvioinnissa, joten käytännössäkin mallin soveltaminen tuottaa myös muita kuin varsinaisen hyödyn määrän arviointiin liittyviä ongelmia.

Potential probabilistic disgorgement -malli jättää myös tietyllä tapaa ottamatta huomioon sisäpiirintiedon arvon itsessään, kun se määrittelee saadun hyödyn sisäpiiriläisen ennen tiedon julkaisua tekemien kauppojen perusteella arvioidun normaalin hintakehityksen ja tiedon julkaisemisen jälkeen toteutuneen hintakehityksen erotuksena²¹³, vaikka mallilla pyritäänkin laskemaan nimenomaan sisäpiirintiedon arvoa sisäpiiriläiselle. Esimerkiksi tilanteessa, jossa sisäpiiriläinen ja myöhemmin myös vihjeensaaja myyvät osakkeensa tietoisena yhtiön välittömästi uhkaavasta konkurssi- tai maksukyvyttömyystilasta, josta markkinoilla ei ollut lainkaan tietoa²¹⁴, on osakkeen arvo tiedon julkistamisen jälkeen lähellä nollaa. Kun hyödyn menettämisen perusteena käytetään kunkin sisäpiiriläisen kohdalla erikseen arvioitua hintakehitystä, joka perustuu ennen tiedon julkaisua kunkin sisäpiiriläisen omiin sisäpiirikauppoihin, ei menetelmä ole rationaalinen silloin, kun osakkeen tiedetään jo ennalta olevan tiedon julkaisun jälkeen käytännössä arvoton. Tällaisessa tapauksessa on kyse ”pelastakoon rahansa ken voi” -tilanteesta, jossa oikeudenmukaisuuteen liittyvät näkökohdat huomioon ottaen ei voida pitää hyväksyttävänä sitä,

²¹² Minenna s. 22–24, 26.

²¹³ Minenna s. 23.

²¹⁴ Konkurssi ei voi pörssiyhtiössä käytännössä koskaan tulla toimivalle johdolle yllätyksenä, joten esimerkitapauksessa yhtiön johto syyllistyneenä myös tiedottamisrikokseen.

että lakia rikkovat sisäpiiriläiset pääsevät irtautumaan osakkeesta ennen muita lakia noudattavia sisäpiiriläisiä.

5.3 Hyödyn menettäminen arvopaperimarkkinarikoksissa Ruotsissa

Ruotsissa tuli voimaan 1.7.2005 laki markkinoiden väärinkäytöstä (*lagen om marknadsmissbruk*, 2005:377²¹⁵), joka perustuu EU:n markkinoiden väärinkäyttödirektiiviin. Ruotsissa oli ollut kuitenkin myös aikaisemmin arvopaperimarkkinoilla tapahtuvia väärinkäytöksiä kriminalisoivaa lainsäädäntöä, joten tällä uudella lailla saatettiin voimaan lähinnä uusin eurooppalainen kehitys. Laissa on rangaistussäännökset mm. sisäpiirin kaupankäynnistä, sisäpiirintiedon levittämisestä sekä kurssimanipulaatiosta. Edelleen lain 15 §:ssä on menettämisseuraamusta koskevat säännökset, joiden mukaan laissa tarkoitettujen rikosten tuottama hyöty on tuomittava menetetyksi valtiolle, ellei se ole ilmeisen kohtuutonta.²¹⁶

Ruotsin arvopaperimarkkinoita koskevan lainsäädännön valmistelussa otettiin 1980–1990-lukujen taitteessa huomioon Euroopan integraatio pitkälti samalla tavalla kuin Suomessakin: oma kansallinen lainsäädäntö sopeutettiin vastaamaan EY:n säädöksiä, erityisesti EY:n sisäpiiridirektiiviä.²¹⁷ Ruotsissa tuli 1.2.1991²¹⁸ voimaan sisäpiirikauppoja koskeva *insiderlag* (1990:1342), jonka 4 §:ssä oli kielletty sisäpiirikaupankäynti, 21 §:ssä oli määrätty rangaistus seuraamukset 4 §:n rikkomisesta ja 23 §:ssä oli menettämisseuraamussäännökset. Laki poikkeaa esim. suomalaisesta sisäpiirin kaupankäyntikiellosta sääntelytekniikaltaan sikäli, että lain 4 §:ssä määritellään aluksi tekijäpiiriä ja tiedon merkityksellisyyttä kurssimuodostuksen kannalta ja sen jälkeen todetaan, ettei arvopaperilla saa käydä kauppaa ennen kuin tieto on tullut julkiseksi. Lain 7 §:ssä on säädetty poikkeukset, jolloin kauppaa kuitenkin saa käydä, kuten esim. kaupan perustuminen pakottavaan lainsäädännökseen tai ennalta asetettuun optioon²¹⁹. Lähtökohtana on siis sisäpiiriläisen totaalinen kaupankäyntikielto, josta on säädetty laissa vain tietyt poikkeukset.

²¹⁵ Lain 2005:377 virallinen nimi on ”lagen om straff för marknadsmissbruk vid handel med finansiella instrument”.

²¹⁶ Samuelsson 2005 s. 33 ja 318. Ruotsin lainsäädäntöhistoriasta Samuelsson 2005 s. 37–62 ja Prop. 1990/91:42 s. 30–38.

²¹⁷ Prop. 1990/91:42 s. 35–38.

²¹⁸ Samuelsson 2005 s. 45.

²¹⁹ Nämä 7 §:ssä määrätty poikkeukset pyrittiin Suomessa säädösteknisesti hoitamaan asettamalla rangaistavuuden edellytykseksi hyötymistarkoitus.

Insiderlag ei määrännyt erikseen kurssimanipulaatiota rangaistavaksi, vaikka arvopaperimarkkinoiden sääntelyä 1980-luvun lopulla pohtinut komitea päätyikin tätä esittämään. Syynä tähän oli toisaalta se, että tuossa vaiheessa todettiin lakiin olevan vaikea kirjoittaa riittävän tarkkarajaista kriminalisointisäännöstä. Toisaalta Ruotsin lainsäädännössä oli jo aikaisemmin olemassa rikoskaaren (Brottsbalken, BrB) 9 luvun 9 §:n petollista toimintaa koskeva svindleri-säännös, joka yleisellä tasolla kriminalisoi sellaisten harhaanjohtavien tietojen levittämisen, joiden tarkoituksena on vaikuttaa hyödykkeen, mm. arvopaperin hintaan.²²⁰ Kurssimanipulaatio kiellettiin erikseen 1.1.1997 voimaan tulleella rahoitusvälineiden kauppaa koskevan lain muutoksella²²¹. Säännös oli toissijainen suhteessa BrB:n petosta ja petollista toimintaa koskevaan svindleri-säännökseen eikä sen perusteella voitu määrätä rikoksen tuottamaa hyötyä menetettäväksi. Syynä siihen, ettei hyödyn menettäminen tullut kurssimanipulaation seuraamuksena tuossa vaiheessa kyseeseen, oli se, että kurssimanipulaation motiivina voi olla niin erilaisia syitä, jolloin siitä saatu hyöty voi olla vaikeasti mitattavissa.²²²

Sisäpiirikauppaa ja kurssimanipulaatiota koskevat säännökset yhdistettiin samaan lakiin 1.1.2001, jolloin tuli voimaan *insiderstrafflagen* (2000:1086). Tuossa yhteydessä ei kuitenkaan vielä ulotettu menettämisseuraamuksia koskemaan kurssimanipulaatiota, vaikka tätä esitettiinkin. Menettämisseuraamukset laajenivat koskemaan kurssimanipulaatiota 1.7.2005, jolloin astui voimaan markkinoiden väärinkäyttöä koskeva laki. Samassa yhteydessä menettämisseuraamusten tuomitsematta jättämisen edellytyksiä kiristettiin vastaamaan rikoslain yleistä linjaa. Hyöty voitiin jatkossa enää jättää määräämättä menetetyiksi vain niissä tapauksissa, joissa menettämisseuraamus olisi *ilmeisen kohtuutonta* (uppenbart oskäligt) aikaisemman ”pelkän” kohtuuttomuuden sijaan.²²³

Menettämisseuraamuksen ei ole Ruotsissakaan tarkoitus muodostaa kahdenkertaista rangaistusta. Siten menettämisseuraamukseen tuomitse-

²²⁰ Prop. 1990/91:42 s. 74–75.

²²¹ Lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument. 1.1.1997 voimaan astuneen muutoksen SFS-numero 1996:1019.

²²² Samuelsson 2005 s. 56; Prop. 2004/05:142 s. 73.

²²³ Samuelsson 2005 s. 33, 58–62, 318, 325–327; Prop. 2004/05:142 s. 73. – Ruotsin menettämisseuraamuksia koskevaa lainsäädäntöä, mm. BrB:n 36 lukua, uudistettiin 1.7.2005 voimaan tulleella lainsäädännöllä (SFS 2005:283). Tällöin mm. BrB:n 36:1:n mukaan menettämisseuraamus voidaan jättää tuomitsematta, jos se on ilmeisen kohtuutonta. Menettämisseuraamusten uudistamisen taustalla vaikuttivat mm. EN:n konfiskaatiosopimus sekä EU:n puitepäätökset rahanpesusta ja rikoksella saadun hyödyn menettämisestä, mitkä säädökset osaltaan aiheuttivat tarpeen tehostaa menettämisseuraamuksia. Prop. 2004/05:135 s. 69, 71.

minen samalla kun vastaajalle määrätään vahingonkorvausvelvollisuus asianomistajaa kohtaan voi muodostua kohtuuttomaksi. Yleensä arvioitaessa sitä, onko menettämisseuraamuksen määrääminen ilmeisen kohtuutonta, voidaan kiinnittää huomiota samoihin seikkoihin kuin rangaistuksen tuomitsematta jättämisen yhteydessä. Tällöin merkitystä voidaan antaa esimerkiksi erittäin vaikealle sairaudelle. Sitä vastoin se seikka, että hyödynsaaja on menettämisseuraamuksen tuomitsemishetkellä täysin varaton, ei ole peruste jättää menettämisseuraamusta tuomitsematta.²²⁴ Kohtuullistamissäännöksen soveltamisedellytyksien täyttymistä aikaisemman lievemmän lain aikana kuvaavat seuraavat tapaukset:

Ruotsin korkeimman oikeuden (HD) ratkaisemassa tapauksessa *Transatlantic* (NJA 1994 s. 404 / NJA 1994:73 10.6.1994) hallituksen puheenjohtaja C, joka oli aikaisemmin toiminut yhtiön toimitusjohtajana, hankki 14.6.1988 välillisesti *Transmark Rederi* (TR) AB:n kautta omistamansa yhtiön S AB:n omistukseen *Transatlanticin* osakkeita 80 000 kpl á 100 kr. Samanaikaisesti hän kuitenkin kävi neuvotteluja yhteistoiminnasta erään toisen yhtiön kanssa, joka halusi lopulta 11.8.1988 tehdä julkisen ostotarjouksen *Transatlantic* AB:n osakkeista á 120 kr. C:n osakeoston vaikuttimena oli ainakin osittain aikaisemmin tehdyt sopimukset, joiden mukaan C:llä oli etuosto-oikeus kaupan kohteena olleeseen 80 000 kpl:n osake-erään ja pyrkimys C:n määräysvallan turvaamiseen *Transatlantic* AB:ssa, eikä niinkään tarkoitus tehdä osakekaupoilla voittoa. S AB:n osakekanta oli sittemmin myyty pois TR AB:lta yhtiölle, joka ei ollut C:n kontrollissa. Kauppaan oli kuitenkin liittynyt ehto, että mikäli S AB joutuu myöhemmin korvaamaan rikoksella saatua hyötyä, jää määrä TR AB:n vahingoksi. Syyttäjät vaati mm. C:tä ja S AB:tä yhteisvastuullisesti menettämään rikoksella saadun 1,6 miljoonan kruunun hyödyn; määrä oli laskettu tarjoushinnan 120 kruunua ja osakkeiden hankintahinnan 100 kruunua erotuksena. HD katsoi, että C:tä ei tullut tuomita yhteisvastuullisesti menettämään hyötyä valtiolle, vaan menettämisseuraamus tulee kohdistaa yksinomaan S AB:hen. Edelleen HD katsoi, ettei ole kohtuutonta määrätä S AB:lle vaadittua 1,6 miljoonan kruunun menettämisseuraamusta.²²⁵

²²⁴ Samuelsson 2005 s. 326–327.

²²⁵ NJA 1994 s. 404 / (NJA 1994:73), Samuelsson 2005 s. 68–74. – Tapauksessa vastaajat eivät sinänsä olleet tuoneet mitään muuta erityistä perustetta hyödyn menettämistä koskevan kohtuuttomuusväitteensä tueksi. Asiassa oli ratkaistavana myös kysymys siitä, onko kauppa tapahtunut laissa tarkoitettulla tavalla arvopaperimarkkinoilla, miltä osin kyseessä on äänestysratkaisu 3–2. Jutussa analysoitiin lisäksi mm. törkeän tekemuodon täyttämisedellytyksiä. Käräjäoikeus oli tuominut C:n ehdolliseen vankeuteen törkeästä arvopaperimarkkinalain rikkomisesta, kun taas HD katsoi, ettei teko kuitenkaan täytä törkeän tekemuodon kriteereitä, mistä syystä syyte C:tä kohtaan hylättiin vanhentuneena. Hovioikeus oli hylännyt syyteen katsoen, että teko on ollut merkityksetön yleisön arvopaperimarkkinoita kohtaan tunteman luottamuksen kannalta osakekaupan erikoisluonteen johdosta.

Sitä vastoin menettämisseuraamusta ei tuomittu tapauksessa Export AB Norden (Götan hovioikeus B 320/90, 3.5.1991), jossa yhtiön hallituksen puheenjohtaja D antoi 1.9.1987 toimeksiannon myydä 50 000 kpl henkilökohtaisesti ja 105 000 kpl henkilökohtaisen yhtiönsä kautta omistamistaan Export AB Nordenin osakkeista. Yhtiön hallitus kutsuttiin 22.9.1987 koolle kokoukseen, joka pidettiin 1.10.1987. Kokouskutsussa kerrottiin kokouksessa käsiteltävän mm. yhtiön osavuositilasta. Annettu osakkeiden myyntimääräys toteutui siten, että 23.9.1987 myytiin edellä mainitut 105 000 osaketta ja 1.10.1987 edellä mainitut 50 000 osaketta. Kokouksessa käsiteltävä materiaali lähetettiin hallituksen jäsenille 25.9.1987. Osavuositilasto julkaistiin 12.10.1987, mistä ilmeni tuloksen heikkeneminen per 31.8.1987 ja se, että koko vuoden tulos tulisi puolittumaan, mistä syystä kurssi laski. Syyttäjä vaati myyntivoiton menettämistä valtiolle 23.9.1987 myydyistä osakkeista.

Käräjäoikeus totesi, että D:n olisi saatuaan kokouskutsu pitänyt pikimmiten selvittää, millaisen osavuositilaston odotetaan olevan sekä ottaa selvää siitä, oliko osakkeet jo myyty. D oli siten rikkonut huolimattomuudestaan arvopaperimarkkinain säännöksiä, koska ei ollut peruuttanut myyntitoimeksiantoaan. Käräjäoikeus tuomitsi D:n 50 päiväsakkoon mutta hylkäsi kuitenkin konfiskaatiovaatimuksen. Hovioikeudessa käsittelyn kohteena oli ainoastaan konfiskaatiovaatimus, jonka myös HO hylkäsi todeten sen olevan kohtuuton ottaen huomioon, että myynti tapahtui jo seuraavana päivänä sen jälkeen kun kokouskutsu oli lähetetty hallituksen jäsenille, ja toisaalta sen vuoksi, että itse kokousmateriaali lähetettiin vasta 25.9.1987.²²⁶

Ruotsissa rikoksen katsotaan tuottavan taloudellista hyötyä (utbyte av brott), jos rikoksentehtäjä (tai joku muu sellainen, jolta hyöty voidaan tuomita menetettäväksi) on rikoksen perusteella päässyt parempaan taloudelliseen asemaan kuin tilanne olisi ollut, mikäli rikosta ei olisi tapahtunut. Esimerkiksi sisäpiiririkoksen tuottamaa hyötyä on tyypillisesti osto- tai myyntihetken ja tiedon julkaisupäivän välinen kurssierotus. Tapauksissa, joissa tiedon julkistaminen on tapahtunut lähellä pörssin sulkemisaikaa eikä kurssi siten ole ehtinyt reagoida, voidaan hyödyn määrää arvioida seuraavan päivän kurssin perusteella. Vaikka kurssin muuttumiseen vaikuttaisivat myös muut syyt kuin sisäpiirintieto, erityisesti tilanteissa, joissa sisäpiirintiedon julkaiseminen viivästyy, (kuten markkinoiden yleinen muuttuminen jonkin poliittisen päätöksen johdosta), ei tällä ole merkitystä menettämisseuraamuksen tuomitsemisen ja tuomittavan määrän laskemisen kannalta. Lähtökohtaisesti koko kurssimuutos on tuomittava menetetyksi, sillä sisäpiiriläisellä ei olisi ollut mahdollisuutta päästä osalliseksi arvo-

²²⁶ Samuelsson 2005 s. 66–68. Tapausselostesta käy lisäksi ilmi, että D oli aikaisemmin keuhkolla 1987 sairastunut aivoverenvuotoon.

paperin kurssimuutoksesta, mikäli hän olisi noudattanut lakia.²²⁷ Lisäksi menetetyksi määrätään rikoshyödyille kertynyt tuotto. Sen sijaan mikäli rikoshyödyn arvo on laskenut, ei tätä lueta rikosentekijälle hyväksi.²²⁸

Ruotsissa rikoksen tuottamasta hyödystä ei lähtökohtaisesti vähennetä myyntivoitosta aiheutuneita veroja. Tämä johtuu siitä, että rikoksella saatu hyöty ei ole verotettavaa tuloa. Kuitenkin Pinkerton-tapauksessa käräjäoikeus, jonka tuomio jäi tältä osin lainvoimaiseksi, hyväksyi myyntivoittoveron vähentämisen mm. sillä perusteella, että maksettujen verojen takaisinsääminen valtiolta voisi olla jossain määrin epävarmaa. Samassa ratkaisussa hyväksyttiin rikoksen tuottamasta hyödystä vähennyskelpoiseksi myös kaupankäyntikulut kuten välityspalkkiot. Periaatteellisena lähtökohtana hyödyn menettämisessä on ns. nettometodi, jossa sallitaan sellaisten kustannusten vähennys, jotka eivät ole hyvän tavan vastaisia. Usein kuitenkin käytännössä tyydytään vähentämään kustannukset pyörityksenomaisesti menettämisseuraamuksen kohtuullista määrää arvioitaessa.²²⁹

Edellä mainitut periaatteet on kehitetty jo 1980-luvulla ja niitä on oikeuskäytännössä sovellettu 1980–1990-luvuilla aikana, jolloin sisäpiirintiedon väärinkäytösäänös kielsi tiettyjä laissa mainittuja poikkeustapauksia lukuun ottamatta kaiken kaupankäynnin sellaisella arvopaperilla, jota

²²⁷ Svean hovioikeuden ratkaisemassa Pinkerton-tapauksessa (B 1461-01, 20.6.2002) henkilö DH hankki äitinsä MN:n lukuun 15.2.1999 Pinkertonin osakkeita saatuaan haltuunsa yhtiötä koskevaa sisäpiirintietoa. DH myi osakkeet 19.2.1999 saaden 5 000 euron myyntivoiton. Sisäpiirintieto julkaistiin 22.2.1999 eli DH siis myi osakkeet ennen kuin tieto oli tullut julkiseksi. Tukholman käräjäoikeuden tuomiossa, joka jäi DH:n ja MN:n menettämiskaatumuksen osalta lainvoimaiseksi, katsottiin, ettei myyntivoitolla ollut yhteyttä rikokseen, mistä syystä syyttäjän menettämiskaatumus hylättiin. Ratkaisua on kritisoitu oikeuskirjallisuudessa, sillä myyntivoittoa ei olisi syntynyt, mikäli lakia olisi noudatettu ja DH ei olisi käynyt osakkeilla siten kauppaa. Lisäksi arvopaperimarkkinoiden toimintatavat huomioon ottaen on syytä olettaa, että saatu myyntivoitto oli yhteydessä sisäpiirintietoon, sillä Pinkertonin osakkeen kysyntä kasvoi merkittävästi ennen sisäpiirintiedon julkaisemista. Vaikka MN olisikin tehnyt vielä suuremman myyntivoiton odottaessaan tiedon julkaisemista, voidaan silti jo tässä vaiheessa hankittu myyntivoitto kytkeä rikokseen. – Tapauksessa sisäpiirintiedon väärinkäytöstä ja kurssimanipulaatiosta oli syytettyä kaikkiaan 28 henkilöä, joista osa hankki osakkeita vielä 19.2.1999, mikä on osaltaan vaikuttanut osakkeen kysyntään. Samuelsson 2005 s. 89–108 (erityisesti s. 91, 104, 106–107) ja 322–323.

²²⁸ Prop. 1990/91:42 s. 104–106; Samuelsson 2005 s. 320–321. – Hyötynä on menetetty tuomittavaksi tiedon julkaisupäivän päätöskurssin ja osto- tai myyntihetken välinen kursierotus tapauksissa Clock, Elekta ja Åhusglass (käräjäoikeuden tuomioita, jotka jäivät lainvoimaisiksi). Sitä vastoin tapauksissa Atle ja Pinkerton tästä poikettiin (Atlen tapaus on Svean hovioikeuden ratkaisema, Pinkerton jäi tältä osin käräjäoikeuden tuomion varaan). Ks. rikoksen tuottaman hyödyn laskenta-ajankohdasta silloin, kun ennen positiivisesti kurssiin vaikuttavan tiedon julkaisemista ostettuja osakkeita ei myydä kurssin kohoamisen jälkeen ennen oikeudenkäyntiä tapausta Pinkerton (Gunilla KN:n osalta). Ruotsalaista oikeuskäytäntöä on laajasti selostanut Samuelsson 2005 s. 63–117.

²²⁹ Samuelsson 2005 s. 327. Tapausten Åhusglass ja Pinkerton selostukset: Samuelsson 2005 s. 84–85 ja 89–115, erityisesti s. 85 ja 104.

koskevaa sisäpiirintietoa henkilöllä oli. Huolimatta siitä, että markkinoiden väärinkäyttöä koskevan lain 2 §:ssä sisäpiirintiedon väärinkäytönkielto on kirjoitettu teknisesti aikaisemmasta laista hieman poikkeavalla tavalla, ei hyödyn menettämistä koskevissa laskentatavoissa ole tapahtunut muutoksia. Syynä tähän on se, että sisäpiirintiedon hallussapidon katsotaan edelleen merkitsevän käytännössä kieltoa käydä arvopaperikauppaa niin kauan kuin tietoa ei ole julkistettu.²³⁰ Ruotsissa oli markkinoiden väärinkäyttödirektiivin kansallisen implementoinnin yhteydessä esillä myös vaihtoehto, jonka mukaan rangaistavan käyttäytymisen alan rajoittamiskeinona käytettäisiin direktiivin mallin mukaisesti hyötymistarkoitusta, mutta tätä ratkaisua ei kuitenkaan omaksuttu. Ruotsissa siis pitäydettiin vanhassa järjestelmässä, jonka mukaan pääsääntöisesti kaikki sisäpiiriläisen kaupankäynti on kielletty niin kauan kuin tietoa ei ole julkaistu, vaikka syynä kaupankäyntiin olisikin ollut jokin muu seikka kuin sisäpiirintieto.²³¹

Ruotsissa ei ole julkaistuja ratkaisuja²³², joissa kurssimanipulaatiosta olisi tuomittu rikoshyötyä menetetyksi, sillä julkaistu oikeuskäytäntö on vanhan lain ajalta, jolloin kurssimanipulaatiosta ei ollut mahdollista tuomita menettämisseuraamusta²³³. Menettämisseuraamuksen määräämismahdollisuutta oli jo aikaisemminkin pidetty asiallisesti perusteltuna. Kurssimanipulaation taustalla voi olla kuitenkin niin monia erilaisia tarkoitusperiä, että hyödyn mittaamiseen liittyvät ongelmat voivat tästä syystä olla ylivoimaisen vaikeita.

²³⁰ Vrt. Prop. 1990/91:42 s. 105 ja Samuelsson 2005 s. 217–224 ja 320–325. – Markkinoiden väärinkäyttöä koskevan lain 2 §:n mukaan “ Den som får insiderinformation och som för egen eller någon annans räkning, genom handel på värdepappersmarknaden, förvärvar eller avyttrar sådana finansiella instrument som informationen rör döms för insiderbrott till fängelse i högst två år. Detsamma skall gälla den som får insiderinformation och som med råd eller på annat sådant sätt föranleder någon annan att förvärva eller avyttra finansiella instrument som informationen rör genom handel på värdepappersmarknaden.” Lain 5 §:ssä on kuitenkin poikkeukset siitä, milloin sisäpiirintiedon väärinkäyttö ei tule kyseeseen.

²³¹ Prop. 2004/05:142 s. 58–59; Samuelsson 2005 s. 216–217. Syynä tämän vanhan sääntelymallin ylläpitämiseen oli tehokkuusargumentti sekä se, että lakitekstistä muodostui siten selkeämpi. Edelleenkin ei siten tarvitse osoittaa, että tehty kauppa on tehty tarkoituksessa käyttää sisäpiirintietoa hyväksi. Hyötymistarkoituksen täyttymisestä Suomessa ks. KKO 2006:110 kohdat 35–36. KKO:n mukaan kun henkilöllä oli sisäpiirintietoa, on tämän perusteltua katsoa lisännen kiinnostusta kyseisiin osakkeisiin sijoituskohteena, joten hyötymistarkoitus täyttyy. Asian kannalta ei ole relevanttia, olisiko henkilö sijoittanut osakkeisiin ilman tätä tietoakin varojaan.

²³² Julkaistuja ratkaisuja on haettu Lagrummet.se-tietokannasta.

²³³ Kurssimanipulaatiota koskeva menettämisseuraamus tuli mahdolliseksi vasta 1.7.2005 voimaan tulleen lainmuutoksen yhteydessä. Myöskään svindleri-rikosnimikkeen nojalla, joka voi myös tulla sovellettavaksi kurssin vääristämiseen, ei ole julkaistussa oikeuskäytännössä vaadittu tai tuomittu menettämisseuraamuksia. Ks. NJA 1992 s. 691 (NJA 1992:112) ja Hovrätten för Västra Sverige B 664-95, 27.6.1997 (RH 1997:82). Aikaisemman kurssimanipulaatio säännöksen perusteella julkaistusta oikeuskäytännöstä ks. Samuelsson 2005 s. 86–89 ja 111–117 sekä Svea hovrätt B 7398–03, 17.12.2004 (RH 2005:14).

Siten hyödyn menettämistä koskevaa lainsäädäntöä ei aikaisemmin ollut säädetty. Rikoshyödyn mittaamisongelmiin ei markkinoiden väärinkäyttöä koskevan lain säätämisenkään yhteydessä otettu muuten kantaa kuin että esim. omana rikosnimikkeenä rangaistavassa tilanteessa, jossa sisäpiirintietoa levitetään, voi itse tieto olla kaupankäynnin kohteena.²³⁴

5.4 Arvopaperimarkkinarikoksissa tuomittu hyöty Suomen oikeuskäytännössä

Käsittelen suomalaista oikeuskäytäntöä ensiksi kurssin vääristämistapauksissa ja sitten tiedottamisrikosta ja sisäpiirintiedon väärinkäyttöä koskevien tapausten osalta.

Suomalaisessa arvopaperimarkkinarikoksia koskevassa oikeuskäytännössä on kurssin vääristämistilanteissa vaadittu hyötyä menetettäväksi neljässä tapauksessa: Kolmessa näistä tapauksista oli yhteistä se, että kaupan kohteena oli huomattava osuus pörssiyhtiön osakekannasta, jolloin osakkeesta maksetaan tyypilliseen tapaan normaalissa pörssikaupankäynnissä muodostuneen hintatason ylittävä hinta. Vaikka kyseessä olivat siis arvopaperipörssin ulkopuolella syntyneet sopimuskaupat²³⁵, ne kuitenkin haluttiin tehdä arvopaperipörssissä varainsiirtoveron välttämiseksi. Näissä tapauksissa sovittu osakekohtainen kauppahinta oli normaalissa pörssikaupankäynnissä muodostunutta hintatasoa korkeampi, ja tuolloin

²³⁴ Prop. 2004/05:142 s. 73; Samuelsson 2005 s. 323. – Kurssimanipulaation motivaatio-tilanteiden monimuotoisuutta kuvastaa esim. Aktie-SM-tapaus (Uppsalan käräjäoikeus B 505-03, 3.4.2003), jossa ns. nettisijoittajakilpailuun, jossa osallistujat ”käyvät kauppaa” kuvitteellisella osakesalkulla pyrkien kasvattamaan sitä tietyn ajanjakson aikana voittajan ollessa salkkunsaa arvoa eniten kasvattanut henkilö ja pääpalkinnon ollessa sijoitussalkun arvo rahana. Kilpailuun osallistunut kilpailija osti itselleen todellisilta markkinoilta myös oikeita osakkeita antaen sen jälkeen niitä koskevia myynti- ja ostotoimeksiantoja. Annetut myyntitoimeksiannot tapahtuivat niin korkeaan ja vastaavasti ostotoimeksiannot niin alhaiseen hintaan, ettei todellisilla markkinoilla syntynyt kauppvoja. Kuitenkin näiden toimenpiteiden avulla kilpailuun osallistunut henkilö pystyi kasvattamaan oman kilpailusijoitussalkkunsaa arvoa. Käräjäoikeus katsoi, että toimeksiantojen tarkoituksena oli yksinomaan parantaa vastaajan asemaa kyseisessä osakesijoittajakilpailussa. Kuitenkin koska toimeksiannot tapahtuivat arvopaperimarkkinoilla, harhaan johdettiin markkinoita näiden varsin epälikvidien arvopapereiden kurssikehityksestä ja kaupankäyntimääristä. Teko arvioitiin kuitenkin kokonaisuus huomioon ottaen vähäiseksi, joten vastaaja tuomittiin 80:aan päiväsakkoon.

²³⁵ Tampereen Puhelin Oyj:n osakkeen kurssin vääristämistä koskeneessa HHO:n tuomiossa nro 1798/31.5.2005 (R02/4230) kysymys ei ollut käräjäoikeuden hieman vaikeaselkoisen tulkinnan mukaan suoranaisestä sopimuskaupasta, vaan sisäisestä kaupasta, joka on teknisesti toteutettu sopimuskauppana (Helsingin KäO:n tuomio nro 02/11962 s. 32). HHO ei arvioinut kurssin vääristämistä käräjäoikeuden tuomiosta poikkeavalla tavalla (ks. HHO:n em. tuomio s. 13–14).

voimassa olleiden pörssin sääntöjen mukaan kaupat piti tehdä pörssissä määräytyneeseen hintaan. Tästä syystä pörssikursseja vedätettiin asiassa mukana olleiden välittäjien tekemien pienten osakekauppojen avulla ylöspäin siten, että saavutettiin kurssitaso, jolla itse pörssin ulkopuolella tehty sopimuskauppa voitiin toteuttaa.²³⁶

Elektrotel Oy

Helsingin hovioikeuden Elektrotel-tuomiossa²³⁷ oli kyse laajasta 1980–1990-lukujen taitteen ns. ”kasinokuplaan” liittyvästä tapauksesta, jossa meklarilistalla noteeratun Elektrotel Oy:n osakkeisiin liittyen tehtiin varsin erilaisia rikoksia²³⁸. Hovioikeus piti varsin lyhyin perusteluin voimassa Helsingin raastuvanoikeuden tuomion²³⁹, joten tapahtumien arviointi on käytännössä tehtävä kyseisen alioikeustuomion perusteella. Tapausta käsitellään tässä yhteydessä sen laajuuden vuoksi vain varsin rajoitetuilta osin.

Jutussa tuomittiin ensinnäkin erään pankkiiriliikkeen toimitusjohtaja arvopaperimarkkinarikoksesta²⁴⁰, koska tämä oli 27.11.1989–8.5.1990 tehnyt Elektrotel Oy:n osakkeilla sisäisiä kauppvoja tarkoituksenaan vaikuttaa Elektrotel Oy:n osakkeiden hintatasoon. Osakkeilla käytiin jatkuvasti pientä kauppaa osakekurssin pitämiseksi 100 mk:n tasossa. Elektrotel Oy:n osakkeita oli käytetty nimittäin eräiden arvopaperikauppaa luotolla käyneiden sijoitusyhtiöiden luottojen vakuutena, jolloin Elektrotel Oy:n kurssitasolla oli sijoitusyhtiöiden rahoittajien kannalta merkitystä. Rahoituskriisissä olleen Elektrotel Oy:n oli lisäksi tarkoitus pyrkiä keväällä 1990 OTC-listalle ja järjestää osakeanti. Kurssitaso piti pitää 100 mk:n tasolla myös siitä syystä, että jo keväällä 1989 syntynyt n. 10 mmk:n

²³⁶ Haapanen 2007 s. 37, HHO:n tuomio nro 1798/31.5.2005 (R 02/4230) KÄO:n tuomio s. 18, jonka mukaan kyseisessä tapauksessa ostaja ja myyjä eivät olleet tapauksessa ennen kauppaa tietoisia toisistaan tai sopineet osakkeen hintaa.

²³⁷ HHO:n tuomio nro 3880/8.9.1994 (Dnro R 93/2387).

²³⁸ Syyksiluetut rikosnimikkeet koskivat mm. törkeää petosta, törkeää kavallusta, kirjanpitorikosta, veropetosta ja luottamuksellisen yritystiedon väärinkäyttöä. Lisäksi syytteitä hylättiin mm. velallisen rikoksesta ja arvopaperimarkkinarikoksesta. Jutun yhteydessä myös määrättiin tuolloin varsin harvinaisia liiketoimintakieltoja. Ks. Helsingin RO:n rikosasian pöytäkirja ja päätös (tuomio) 18.10.1993 R 91/8745.

²³⁹ Helsingin RO:n rikosasian pöytäkirja ja päätös (tuomio) 18.10.1993 R 91/8745.

²⁴⁰ Kurssin vääristäminen omana rikosnimikkeenään ei ollut vielä tuolloin voimassa, vaan se tuli rangaistavaksi arvopaperimarkkinarikoksena.

”joukkovelkakirjakupla”²⁴¹ yritettiin purkaa.²⁴² Myös pankkiiriliikkeen toimitusjohtajalle toimeksiannon antanut henkilö tuomittiin avunannosta arvopaperimarkkinarikokseen^{243, 244}

Tapauksessa tuomittiin edelleen Elektrotel Oy:n johtoryhmän jäsenenä taloudellisesta asemasta vastannut ekonomi jatketusta luottamuksellisen yritystiedon väärinkäytöstä²⁴⁵, koska tämä oli 13.2.–15.3.1990 välisenä aikana Oy Icod Ab:n kautta myynyt yhteensä 5 000 kpl Elektrotel Oy:n osakkeita yhteensä 499 000 mk:n arvosta tietoisena niistä taloudellisista vaikeuksista, jotka johtivat Elektrotel Oy:n konkurssiin 20.6.1990. Oy Icod Ab tuomittiin menettämään rikoksella saatuna hyötynä 399 200 mk, johon määrään raastuvanoikeus päätyi arvion perusteella. Tuomion suppean kirjoitustavan johdosta siitä ei ilmene perusteita, mitä seikkoja raastuvanoikeus otti määrää arvioidessaan huomioon.²⁴⁶

²⁴¹ Kyseinen ”joukkovelkakirjakupla” syntyi, kun PSP-Rahoitus Oy:lle pantatut joukkovelkakirjat tosiasiaa myytiin, mutta rahoittajille annettiin väärää tietoa, että ko. joukkovelkakirjat olisivat edelleen pantinantajan salkussa. Helsingin RO:n rikosasian pöytäkirja ja päätös (tuomio) 18.10.1993 R 91/8745 s. 22–25.

²⁴² Helsingin RO:n rikosasian pöytäkirja ja päätös (tuomio) 18.10.1993 R 91/8745 s. 1–7, 10.

²⁴³ Helsingin RO:n rikosasian pöytäkirja ja päätös (tuomio) 18.10.1993 R 91/8745 s. 8–12.

²⁴⁴ Pankkiiriliikkeen toimitusjohtaja tuomittiin lisäksi menettämään valtiolle rikoksella saatu hyöty 1 450 mk. Tämä hyöty ei kuitenkaan ollut peräisin edellä kuvatusta kurssin vääristämisestä, vaan toiseksi teoksi katsotusta arvopaperimarkkinarikoksesta ja siihen liittyvästä osakkeiden myynnistä, mistä ei syyteoikeuden vanhentumisen johdosta lausuttu muuta kuin että vastaajan myöntämisen perusteella ko. rikoksella saatu hyöty tuomittiin valtiolle menetetyksi. Tuomion suppean kirjoitustavan johdosta siitä ei kuitenkaan ilmene se konkreettinen teko, joka oli tuottanut hyötyä. Helsingin RO:n rikosasian pöytäkirja ja päätös (tuomio) 18.10.1993 R 91/8745 s. 7. Tekoaikana voimassa ollut arvopaperimarkkinarikos vanheni kahdessa vuodessa, kun taas menettämisseuraamuksella oli RL 8:7:n nojalla itsenäinen viiden vuoden vanhenemisaika, joten menettämisseuraamus voitiin määrätä itse rikoksen vanhenemisestä huolimatta.

²⁴⁵ Nykyisin kyseistä rikosnimikettä vastaa sisäpiirintiedon väärinkäyttö.

²⁴⁶ Helsingin RO:n rikosasian pöytäkirja ja päätös (tuomio) 18.10.1993 R 91/8745 s. 49–52. – Mielenkiintoinen yksityiskohta asiassa on se, että Oy Icod Ab:lta osakkeet ostanutta, sittemmin konkurssiin mennyttä yhtiötä (Oy Camisado Ab) rahoittanut pankki vaati rikosprosessin yhteydessä vahingonkorvauksena vastaajalta ja Oy Icod Ab:lta Elektrotel Oy:n osakkeista kauppahintana maksettua summaa, 499 000 mk:aa. Raastuvanoikeus hylkäsi vaatimuksen katsoen, ettei pankki ollut asiassa välitön vahingonkärtsijä vaan osakkeet ostanut yhtiö ja toisaalta ettei vahingon määrää myöskään ollut näytetty. (Helsingin RO:n rikosasian pöytäkirja ja päätös (tuomio) 18.10.1993 R 91/8745 s. 131–133.) Siten samaa asiaa koskeneen vahingonkorvausvaatimuksen esittäminen ei estänyt rikoshyödyn tuomitsemista valtiolle. Vaikka pankin nostama vahingonkorvausvaatimus hylättiin, olisi Oy Camisado Ab:n konkurssipesällä ollut kuitenkin mahdollisuus edelleen ajaa rikokseen perustuvaa vahingonkorvauskannetta Oy Icod Ab:ta vastaan eri prosessissa.

Myös yhtiön johtoryhmän jäsenenä ja talouspäällikkönä toiminut yomerkonomi tuomittiin luottamuksellisen yritystiedon väärinkäytöstä, koska tämä oli myynyt 19.3.1990 henkilökohtaisesti ja pääosin omistamansa Alfatuotto Oy:n omistamia Elektrotel Oy:n osakkeita yhteensä 4 900 kpl. Myyntien yhteisarvo oli yhteensä 294 000 mk. Myös talouspäällikköllä myyntejä tehdessään oli tiedossaan ne taloudelliset vaikeudet, jotka johtivat Elektrotel Oy:n konkurssiin 20.6.1990. Alfatuotto Oy tuomittiin menettämään valtiolle rikoksen tuottamana taloudellisena hyötynä 156 000 mk ja talouspäällikkö henkilökohtaisesti 40 000 mk, mihin määriin raastuvanoikeus päättyi arvion perusteella. Myöskään tältä osin tuomiosta eivät ilmene ne seikat, miten arvioon päädyttiin.²⁴⁷

Cultor Oy

Cultor Oy:n kurssimanipulaatiotapauksessa oli kysymys siitä, että Spontel Oy halusi myydä huomattavan omistusosuuden Cultor Oy:n osakekannasta eräälle eläkevakuutusyhtiölle, joka edellytti osakekaupan tapahtuvan pörsissä. Ostajan ilmoittama enimmäiskauppahinta ylitti n. 10 %:lla osakkeen pörssikurssin, mistä syystä myyjää edustanut välittäjä nosti pienillä ja nopeilla, muutaman minuutin sisään tehdyillä kaupoilla osakkeen hinnan sille tasolle, jonka ostaja oli vielä valmis maksamaan osakkeista. Jälkipörsissä sitten tehtiin varsinainen suuri osakekauppa Spontelin ja eläkevakuutusyhtiön välillä. Alioikeus hylkäsi syytteen ja muut vaatimukset. Hovioikeudessa syyttäjä vaati välitysluokitusta korvaamaan valtiolle rikoksella saatuna hyötynä 684 000 mk. Tuomiosta ei ilmene, millä perusteella syyttäjä oli ko. määrään päätenyt. Hovioikeus tuomitsi vastaajan kurssimanipulaatiosta, joka tuolloin oli rangaistavaa arvopaperimarkkinarikoksen nimikkeellä, sekä menettämään rikoksella saatuna hyötynä henkilökohtaisesti saamansa välityspalkkion määrän, joksi hovioikeus arvioi 30 000 mk.²⁴⁸

Tampereen Puhelin Oyj

Tampereen Puhelin Oyj:n osakkeen kurssin vääristämistä ja siihen liittyneessä sisäpiirintiedon väärinkäyttöä koskeneessa tapauksessa syyttäjä vaati rikoksen tuottamana taloudellisena hyötynä menetettäväksi välitysluokituksen sekä myyjältä että ostajalta saamia välityspalkkioita, vältetyn varainsiir-

²⁴⁷ Helsingin RO:n rikosasian pöytäkirja ja päätös (tuomio) 18.10.1993 R 91/8745 s. 52–55. Oy Camisado Ab oli myös tässä tilanteessa osakekauppojen vastapuolena, mistä syystä rahoittajapankki esitti Alfatuottoa ja talouspäällikköä vastaan 234 000 mk:n vahingonkorvausvaatimuksen. Vaatimus hylättiin samoilla perusteilla kuin Oy Icod Ab:n myymien osakkeiden kohdalla. (Helsingin RO:n rikosasian pöytäkirja ja päätös (tuomio) 18.10.1993 R 91/8745 s. 134–135.)

²⁴⁸ HHO:n tuomio nro 3808/9.9.1993 (R92/969) s. 1–4.

toveron määrää sekä välitysliikkeen kurssin vääristämisen yhteydessä omaan salkkuunsa ostamista ja myöhemmin myydyistä osakkeista saatua myyntivoittoa.²⁴⁹

Käräjäoikeus katsoi, että välityspalkkion osalta on rikoksen tuottamana hyötynä tuomittava menetetyksi se määrä, joka ylitti ostajan kaupasta normaalisti maksaman välityspalkkion määrän. Tältä osin käräjäoikeus tuomitsi hyötyä menetettäväksi 246 610 euroa, kun syyttäjä oli vaatinut koko ostajan maksamaa välityspalkkiota 352 300 euroa²⁵⁰. Varainsiirtoveron osalta käräjäoikeus lausui, että ostaja oli edellyttänyt, että kaupat tehdään pörssin välityksellä ilman varainsiirtoveroa. Vuonna 1998 voimassa olleiden pörssin sääntöjen mukaan järjestely olisi ollut mahdollista toteuttaa myös laillisin keinoin ilman varainsiirtoverovelvollisuutta. Käräjäoikeus katsoi, että välittäjien rikollisen menettelyn johdosta ei ostajalle synny verovelvollisuutta. Koska ostajalla ei ole verovelvollisuutta, ei myöskään välitysliike voi olla verosta vastuussa. Siten käräjäoikeus hylkäsi tältä osin menettämiskaatumuksen. Sisäpiirintiedon väärinkäyttöön liittyvää osakkeiden myyntivoittoa koskien käräjäoikeus lausui, että rikoksen tuottamana hyötynä on menetettävä valtiolle 56 365 euroa, joka muodostuu välitysliikkeen omaan salkkuunsa hankkimien osakkeiden osto- ja myyntihintojen erotuksesta²⁵¹.

Hovioikeudessa oli syyttäjän valituksen johdosta rikoshyödyn osalta kysymys ainoastaan siitä, ovatko kaikki välityspalkkiot 449 197 euroa tuomittava menetetyksi. Hovioikeus totesi, että sekä myynti- että ostotoimeksiannot ovat sinällään olleet laillisia ja että välitysliikkeellä olisi sinänsä oikeus saada palkkio laillisesti tekemästään työstä. Kuitenkin henkilö X oli välitysliikkeen puolesta toteuttanut toimeksiannot menettelemällä rikollisesti, joten myyjän ja ostajien maksamat välityspalkkiot yhteensä 449 197 euroa kokonaisu-

²⁴⁹ Helsingin käräjäoikeuden tuomio 02/11962 s. 7–8.

²⁵⁰ Käräjäoikeus on laskenut menetettävän määrän salaiseksi julistetuista asiakirjoista, joten asiassa ei selviä tarkemmin ne perusteet, joilla menetettyyn määrään päästiin. Helsingin KäO:n tuomio nro 02/11962 s. 8 ja 41.

²⁵¹ Välitysliike osti 18.11.1999 valmisteilla olevasta sopimuskaupasta tietoisena 50 000 kpl osakkeita hintaan 7,00 euroa osake ja myi 19.11.1999 niistä sopimuskaupan toteuttamisen yhteydessä 46 971 kpl hintaan 8,20 euroa. Menetetyksi tuomittu rikoshyöty perustuu tähän erotukseen (46 971 x 1,20 = 56 365,20 euroa). Loput osakkeet (3 029 kpl) myytiin 25.11.1999 markkinoille 7,0454 euron keskihinnalla, tästä kertynyttä myyntivoittoa (n. 137,5 euroa) syyttäjä ei vaatinut menetettäväksi. Syyttäjä oli kylläkin vaatinut menetettäväksi myyntivoittona yhteensä 86.035 euroa, mutta myyntivoitto koostui tuomitusta 56 365 eurosta sekä 10.11.–18.11.1999 salkkuun hankittujen 23 000 osakkeen osalta kertyneestä myyntivoitosta (29.670 eur), jolta osin vastaajia ei kuitenkaan tuomittu sisäpiirintiedon väärinkäytöstä. Käräjäoikeuden tuomion mukaan kurssin vääristämisestä on kertynyt hyötyä myös välitysliikkeen asiakkaina olleille sivullisille henkilöille, jolta osin syyttäjä ei ollut esittänyt menettämiskaatumusta. Helsingin käräjäoikeuden tuomio 02/11962 s. 2–8, 42.

nessaan olivat rikoksen tuottamaa hyötyä, joka määrättiin menetetyksi. Asiassa ei ollut hovioikeuden mukaan myöskään perusteita kohtuullistaa menettämisseuraamusta.²⁵²

YIT-Yhtymä Oyj

YIT-Yhtymän kurssin vääristämisessä oli kysymys siitä, että Rautaruukki-ryhmä myi sopimuskaupalla Sampo-ryhmälle 3 104 000 kpl YIT:n osakkeita 14,20 euron hinnalla. Välittäjänä järjestelyssä toimi Leonia. Syytteen mukaan sekä myyjä ja ostaja että välittäjä olivat sopineet kurssin manipuloinnista etukäteen siten, että 14,20 euroa halvemmat osakkeet (yhteensä 4 400 kpl) ostetaan nopeassa tahdissa pois markkinoilta. Käräjäoikeus hylkäsi myyjää kohtaan ajetun syytteen, mutta tuomitsi välittäjän ja ostajan edustajan sakkorangaistukseen²⁵³. Syyttäjä vaati sekä Rautaruukki-ryhmän että Sampo-ryhmän velvoittamista korvaamaan valtiolle rikoksella saatu hyöty eli vältetty varainsiirtovero 4 193 100 mk vähennettynä eri välittäjille maksetuilla välityspalkkioilla. Edelleen Leonialta vaadittiin välityspalkkiona 5 000 mk.²⁵⁴ Eri osapuolet kiistivät menettämiskaatimukset mm. sillä perusteella, että varainsiirtoverosta on vastuussa ostaja ja että toisaalta verottaja voi periä vältetyn veron myöhemmin.²⁵⁵ Käräjäoikeus totesi, että rikoshyöty on arvioitava rikosprosessissa verotusmenettelystä riippumatta ja että menettämisseuraamuksen määrääminen koko verohyödyn osalta ei ole kohtuutonta. Näin ollen ostajat eli Sampo-ryhmään kuuluvat vakuutusyhtiöt tuomittiin menettämään valtiolle koko 4 193 100 mk. Yhtiöitä ei määrätty solidaariseen vastuuseen, vaan käräjäoikeus laski erikseen kunkin yhtiön saaman hyödyn osakkeiden jakautumisen perusteella. Myös Leonia tuomittiin menettämään saatu välityspalkkio 5 000 mk.²⁵⁶ Hovioikeus ei muuttanut käräjäoikeuden tuomiota menettämisseuraamuksen osalta hyväksyen käräjäoikeuden perustelut sellaisenaan.²⁵⁷

Helsingin pörssin sääntöjen muuttumisen johdosta vuodesta 2002 lähtien kuvatus kaltaiset ns. blokkikaupat on voitu toteuttaa pörssissä ilman

²⁵² Vaikka HHO katsoi, ettei menettämisseuraamusta ole syytä kohtuullistaa, johti menettämisseuraamuksen määrääminen osaltaan siihen, ettei pankkiiriliikettä tuomittu yhteisöosakkoon. HHO katsoi, että ”yhteisöosakon tuomitseminen menettämisseuraamuksen ohella muodostaisi tässä tapauksessa poikkeuksellisen ankaran kokonaisuuden”. HHO:n tuomio nro 1798/31.5.2005 (R02/4230) s. 1, 14–15.

²⁵³ Hovioikeudessa myös myyjää edustanut henkilö tuomittiin avunannosta kurssin vääristämiseen. Helsingin käräjäoikeuden tuomio 02/7385, HHO:n tuomio nro 1797/31.5.2005 (R02/2654).

²⁵⁴ Helsingin käräjäoikeuden tuomio 02/7385 s. 1–4.

²⁵⁵ Helsingin käräjäoikeuden tuomio 02/7385 s. 7–8.

²⁵⁶ Helsingin käräjäoikeuden tuomio 02/7385 s. 17–18.

²⁵⁷ HHO:n tuomio nro 1797/31.5.2005 (R02/2654) s. 6.

varainsiirtoverovollisuutta siten, ettei kurssia vääristäviin toimenpiteisiin tarvitse ryhtyä.²⁵⁸ Tästä syystä edellä mainitut oikeustapaukset jäänevät kokonaan historiaan ja kurssin vääristämistä koskevat kysymykset voivat aktualisoitua jatkossa esim. tapauksissa, joissa arvopapereita käytetään kauppahinnan maksuvälineinä yrityskaupoissa tai joissa pörssiyhtiö haluaa pitää kurssitason vakaana ja korkealla varmistaakseen tulevaisuudessa tapahtuvan osakeannin menestyksen²⁵⁹.

Rahoitustarkastuksen mallit sisäpiiri- ja tiedottamisrikostapauksissa

Arvopaperimarkkinoihin kohdistuvan tiedottamisrikoksen perusteella ei ole tietävästi esitetty hyötykonfiskaatiovaatimusta muuta kuin ns. TJ Group Oyj:n jutussa, jossa oli kysymys myös törkeästä sisäpiirintiedon väärinkäytöstä²⁶⁰. Käytännössä tuomioistuinten arvioitavana ei ole ollut sitä tilannetta, jossa hyötyä olisi vaadittu menetettäväksi yksinomaan arvopapereita koskevan tiedottamisrikoksen perusteella²⁶¹. Ns. Kansallissanti-tapauksessa, jossa sovellettavana oli pelkästään vanhan RL 2 luvun hyötykonfiskaatiota koskevat säännökset, olisi tuomioistuin voinut viran

²⁵⁸ Helsingin kärjäoikeuden tuomio 02/11962 s. 33. – Korkein hallinto-oikeus on ratkaisussaan 2002:58 ottanut kantaa listautumisannin yhteydessä järjestetyn osakemyynnin varainsiirtoverovollisuuteen. KHO katsoi, ettei ko. tilanteessa synny velvollisuutta suorittaa varainsiirtoveroa (KHO 2002:58). Myös tämä ratkaisu osaltaan johtaa siihen, etteivät varainsiirtoveron välttämiskysymykset nouse enää merkittävään rooliin julkisesti noteerattujen arvopapereiden kaupoissa.

²⁵⁹ Ks. KM 1989: 36 s. 270–271, 273. – Suomessa ei ole tietävästi lainvoimaisia tuomioita, joissa olisi ollut kyse tämän kaltaisesta kurssin vääristämisestä. Ns. Jippii Group Oyj:n pörssirikosoikeudenkäynnissä (Helsingin KäO R06/3894) syyttäjät katsoi, että yhtiön johto on vääristänyt osakkeen kurssia hankkiakseen hyötyä yrityskaupoissa ja rahoituksen järjestämisessä. Syyttäjät esitti myös yrityskauppojen johdosta yhtiöön kohdistuvan menettämisseuraamusvaatimuksen, jonka yhtiö kiisti. Helsingin kärjäoikeus hylkäsi eilainvoimaisella tuomiolla nro 07/9915 (Dnro R06/3894) 31.10.2007 syytteen. Tämän artikkelin kirjoittaja on toiminut alioikeusvaiheessa toisena syyttäjänä ko. jutussa, joten objektivisuuteen liittyvien seikkojen johdosta en käsittele tapausta tässä enempää.

²⁶⁰ Syyte nostettiin kahdella eri haastehakemuksella, joista ensimmäinen käsittelee arvopaperimarkkinoita koskevia tiedottamisrikoksia sekä avunantoja niihin ja toinen törkeää sisäpiirintiedon väärinkäyttöä sekä avunantoa siihen. Molemmissa haastehakemuksissa esitettiin pääasiallisesti samat menettämisseuraamusvaatimukset (törkeässä sisäpiirintiedon väärinkäytössä oli henkilökohtaisen menettämisseuraamusvaatimuksen kohteena yksi henkilö lisää). Syyttäjän ensimmäisessä haastehakemuksessa mm. todetaan vastaajien saaneen osakeannilla ja -myynneillä tietyn rahasumman sekä kuvataan näiden antamat totuudenvastaiset ja harhaanjohtavat tiedot. Syyttäjän näkemyksen mukaan siis tiedottamisrikoksen perusteella voi syntyä itsenäisesti sellaista taloudellista hyötyä, joka voidaan määrätä menetettäväksi. VKSV:n haastehakemukset R 05/3 (25.1.2005) ja R 05/20 (10.6.2005).

²⁶¹ Ks. tiedottamisrikoksia koskevat ratkaisut, joissa hyötyvaatimusta ei ole esitetty: HHO:n tuomio nro 27/5.1.2007 (R05/2503); Helsingin kärjäoikeuden ei lainvoimainen tuomio nro 10393/15.11.2006 (R06/1122); HHO:n tuomio nro 3480/10.12.1999 (R98/935). Nämä ratkaisut koskivat tulosvaroitusten viivästymistä.

puolesta määrätä hyödyn menetettäväksi ilman syyttäjän vaatimustakin²⁶². Useimmiten hyötyvaatimuksia onkin esitetty sisäpiirintiedon väärinkäyttöä koskevilla tapauksissa.

Rahoitustarkastus on eräissä arvopaperimarkkinarikostapauksissa ottanut tutkintapyyntöä tehdessään tai muuten esitutkintavaiheessa kantaa, miten rikoshyöty voidaan sisäpiirintiedon väärinkäyttötapauksissa laskea²⁶³. Rahoitustarkastus on esittänyt seuraavat vaihtoehdot:

- 1) Hyödyn laskennassa ei huomioida yleistä tai toimialan indeksin muutosta, vaan rikoksen tuottamana hyötynä pidetään kaupantekokurssin ja tiedotteen julkaisupäivän päätöskurssin välistä erotusta.²⁶⁴ Tilanteessa, jossa sisäpiiriläisen hallussa kaupantekohetkellä ollut sisäpiirintieto on tullut aluksi julkistetuksi vain osittain useilla eri aikoihin julkaistuilla erillisillä pörssitiedotteilla, on hyötynä pidettävä kaupantekohetken ja sen päivän päätöskurssin välistä kurssierotusta, kun kaikki sisäpiiriläisen hallussa ollut tieto on julkaistu.²⁶⁵
- 2) Hyödyn arvioinnissa pyritään huomioimaan tiedon julkistamisen vaatima vaikutusaika arvopaperin arvoon, jolloin rikoksen tuottamana hyötynä pidetään kaupantekopäivän ja tiedon julkistamispäivää seuraavan päivän päätöskurssin erotusta.²⁶⁶
- 3) Hyödyn laskennassa huomioidaan osakkeiden kaupantekopäivän ja tiedotteen julkaisupäivän välisen ajanjakson yleisindeksin tai toimialaindeksin kehitys, jolloin osakkeen arvomuutoksesta eliminoidaan pois yleisen kurssikehityksen eli yleisindeksin tai toimialaindeksin vaikutusosuus.²⁶⁷

²⁶² Kansallisanti-tapauksessa (HHO:n tuomio nro 1722/21.6.2001 (R00/2678)) syyttäjä ei esittänyt menettämisaatimusta; asiassa oli vireillä myös siviiliprosessina käyty vahingonkorvausjuttu. Myöskään ns. Novera-tapauksessa (HHO:n tuomio nro 2505/9.5.1996 (R94/333)) ei syyttäjä esittänyt menettämisaatimusta.

²⁶³ Rahoitustarkastus on tehnyt menettämisseuraamuksen laskemisesta lausuntoja ainakin ns. Jippii Group Oyj:n tapauksessa (Rahoitustarkastuksen tutkintapyynnön liite 14, päivätty 7.4.2003 (KRP:n esitutkintapöytäkirjan 2400/R/276/03 liitesivut 399–409) sekä Rahoitustarkastuksen lausunto 27.11.2006 (KRP:n esitutkintapöytäkirjan 2400/R/276/03 Li3 liitesivut 27–31), ns. Benefon Oyj:n sisäpiiritapauksessa (Rahoitustarkastuksen lausunto 9.2.2006) sekä ns. TJ Group Oyj:n tapauksessa (Rahoitustarkastuksen lausunto 22.12.2004).

²⁶⁴ Ratan tutkintapyynnön liite 14, päivätty 7.4.2003 s. 11 (KRP 2400/R/276/03 s. 409), ns. Jippii Group Oyj:n juttu.

²⁶⁵ Ratan lausunto 9.2.2006 s. 4, ns. Benefon Oyj:n sisäpiirijuttu.

²⁶⁶ Ratan lausunto 27.11.2006 s. 2 (KRP:n esitutkintapöytäkirjan 2400/R/276/03 Li3 liitesivut 27–31), ns. Jippii Group Oyj:n juttu.

²⁶⁷ Ratan tutkintapyynnön liite 14, päivätty 7.4.2003 s. 11 (KRP 2400/R/276/03 s. 409), ns. Jippii Group Oyj:n juttu.

- 4) Hyödyn laskennassa ei huomioida osakkeen kaupantekokurssin ja tiedotteen julkaisua edeltävän ajan ko. osakkeen kurssikehitystä, vaan rikoksen tuottamana hyötynä pidetään tiedotteen julkaisua edeltävän kurssin ja tiedotteen julkaisupäivän päätöskurssin välistä erotusta.²⁶⁸
- 5) Hyödyn laskennassa pyritään arvioimaan sitä hintaa, jonka ulkopuolinen henkilö (arvopaperin ostaja tai myyjä) olisi todennäköisesti osakkeesta kaupantekohetkellä maksanut tai mihin hintaan hän olisi sen myynyt, mikäli hänellä olisi ollut käytettävissään vastaavat tiedot kuin sisäpiiriläisellä.²⁶⁹

Sisäpiiritapauksissa menetettävän hyödyn määrää koskevista periaatteista ei ole Suomessa kehittynyt yhtenäistä oikeuskäytäntöä. Tuomioistuinten ratkaisuihin on sovellettu vaihtelevasti edellä kuvattuja Rahoitustarkastuksen esittämiä laskentatapoja ja toisaalta hyöty on voitu lopulta tuomita menetetyksi sellaista laskentamallia käyttäen, joka ei ole suoraan mikään Rahoitustarkastuksen yllä esittämistä malleista, vaan siinä voi olla osia useammasta mallista. Tuomioistuinten soveltamiskäytännöstä on todettava, että Helsingin hovioikeus on tähän mennessä tuominnut hyötyä menetettäväksi kolmessa arvopaperimarkkinarikosjutussa, joista kaksi on lainvoimaisia. HHO:n ratkaisuihin on päädytty kaikissa erilaiseen menettelytapaan hyödyn määrän arvioinnissa. Helsingin käräjäoikeuden linja näyttää tässä suhteessa olevan yhtenäisempi, tosin monet tapaukset eivät ole vielä tätä kirjoitettaessa lainvoimaisia.

Tampereen Puhelin Oyj

Helsingin hovioikeuden ratkaisemassa Tampereen Puhelin Oyj:n kurssinvääristämistapauksessa pankkiiriliikkeen työntekijät hankkivat myös pankkiiriliikkeen omaan salkkuun TPO:n osakkeita syyllistyen sisäpiirintiedon väärinkäyttöön. Rikoksen tuottamana hyötynä tuomittiin menetettäväksi osakkeiden hankintahinnan (7,0 eur/kpl) ja kurssimanipulaation jälkeen tapahtuneesta myynnistä (8,2 eur/kpl) saatu hyöty²⁷⁰. Laskentamalli siis vastaa edellä kuvattua Rahoitustarkastuksen laskentamallia nro 1.

²⁶⁸ Ratan tutkintapyyntöön liite 14, päivätty 7.4.2003 s. 11 (KRP 2400/R/276/03 s. 409), ns. Jippii Group Oyj:n juttu.

²⁶⁹ Ratan lausunto 22.12.2004 s. 9, ns. TJ Group Oyj:n juttu.

²⁷⁰ Ks. HHO:n tuomio nro 1798/31.5.2005 (R02/4230) s. 15 ja Helsingin käräjäoikeuden tuomio 02/11962 s. 2–8, 42. Tapauksen faktoja on käsitelty kurssin vääristämistä koskevien tapausten yhteydessä.

Conventum Oyj

Samaa laskentamallia käytettiin Helsingin käräjäoikeuden ei-lainvoimaisessa ratkaisussa ns. Pohjola–Conventum-sisäpiirijutussa, jossa vastaaja tietoisena liiketoimintojen yhdistämiseen tähtäävistä neuvotteluista osti 29.3.–11.5.2001 Conventum Oyj:n osakkeita hallitsemiensa sijoitusyhtiöiden lukuun 219.280 euron²⁷¹ hinnalla. Pohjola ja Conventum tiedottivat 13.6.2001 yhtiöiden liiketoimintojen yhdistämisestä vaihtotarjouksen avulla siten, että 11,75 Conventumin osakkeella sai yhden Pohjolan B-sarjan osakkeen. Menettävän hyödyn määrä laskettiin käyttäen perustana Pohjolan B-osakkeen päätöskurssia 13.6.2001²⁷². Vastaajana olleet yhtiöt eivät käräjäoikeudessa sinällään kiistäneet esitettyä hyödyn laskemistapaa. Sen sijaan osa sijoitusyhtiöistä oli yritysjärjestelyjen myötä sulautunut uudeksi yhtiöksi, millä perusteella menettämisseuraamuksen kohdistuminen tähän uuteen yhtiöön kiistettiin. Käräjäoikeus hyväksyi syyttäjän laskentatavan ja katsoi, että yhteisösakko- ja menettämisseuraamus voivat kohdistua fuusioiden johdosta uuteen oikeushenkilöön.²⁷³

Helsingin HO ei muuttanut menettämisseuraamuksen osalta tuomiota.²⁷⁴ Asiassa on haettu valituslupaa KKO:sta.

Benefon Oyj

Myös ns. Benefonin sisäpiirijutussa Helsingin käräjäoikeuden ei-lainvoimaisessa ratkaisussa rikoksen tuottamana taloudellisena hyötynä tuomittiin menetetyksi vastaajan eri osakemyyntien ja tiedon julkaisupäivän päätöskurssin välinen erotus.²⁷⁵ Tapaus poikkeaa sikäli aikaisemmista tapauksista, että vastaajalla oli tuomion mukaan yritysaneerauksessa olleen pörssi-yhtiön velkojana tietoa useista yhtiön kannalta negatiivisista seikoista, jotka syyttäjän mukaan kukin yksinään olivat sisäpiirintietoa. Osa näistä sisäpiirintiedoksi katsotuista tiedoista julkistettiin kaikkiaan

²⁷¹ Kaikkiaan osakkeita hankittiin sijoitusyhtiöiden lukuun sanotulla ajanjaksolla 207 900 kpl 255 580 euron hankintahinnasta; kuitenkin tästä määrästä 30 000 kpl koski sellaisia osakkeita, jossa kauppa tehtiin vastaajan omistamien sijoitusyhtiöiden välillä. Tätä 30 000 kpl:n sisäistä kauppaa ei otettu huomioon menettämiskaavasta esitettäessä, vaan vaatimus laskettiin 177 900 osakkeen hankintahinnasta 219 280 euroa. Helsingin käräjäoikeuden tuomio 06/9763 18.10.2006 (R06/1266) s. 1–2 ja 21.

²⁷² Pohjolan osakkeen päätöskurssi oli 13.6.2001 23,75 euroa. $23,75 / 11,75 = 2,02$ euroa, mitä pidettiin teonkuvauksessa Conventumin osakkeen rahamääräisenä hintana. Hyödyn määrä laskettiin siten: $177\,900 \text{ osaketta} \times 2,02 = 359\,358$ euroa, josta vähennetään hankintahinta 219.280 euroa, jolloin rikoksen tuottamana hyötynä on erotus 140.078 euroa. Helsingin käräjäoikeuden tuomio 06/9763 18.10.2006 (R06/1266) s. 1–2 ja 23

²⁷³ Helsingin käräjäoikeuden tuomio 06/9763 18.10.2006 (R06/1266) s. 4 ja 22–23.

²⁷⁴ HHO:n tuomio nro 4337/31.12.2007 (R06/3500).

²⁷⁵ Helsingin käräjäoikeuden tuomio 06/461 19.2.2007 (R06/7237) s. 51.

kolmena eri ajankohtana (13.11.2003–9.2.2004), mutta osa tiedoista ei tullut missään vaiheessa julkisuuteen. Syyttäjä vaati hyötyä menetettäväksi sen mukaisesti, kun pääosa tiedoista oli julkistettu joko 26.1.2004 (kurssi 0,29 euroa) tai 9.2.2004 (kurssi 0,30 euroa), jolloin viimeinen syytteessä mainittu tiedote julkistettiin. Yhtiön kurssikehitys vaihteli tapauksessa käsiteltynä aikana 7.11.2003–9.2.2004 huomattavasti²⁷⁶ laskien myös 9.2.2004 tiedotteen julkaisua seuraavina päivinä siten, että 9.–12.2.2004 välisenä aikana kurssi laski 0,30 eurosta 0,22 euroon. Myöhemmin keväällä kurssi liikkui 0,20–0,30 euron tuntumassa. Käräjäoikeus katsoi, että rikoksen tuottamaa hyötyä on nimenomaan osakkeiden myyntipäivien ja 9.2.2004 välisen päivän välinen erotus. Kyseinen päivä valikoitui nimenomaan sillä perusteella, että vastaajan hallussa ollut tieto vasta tuolloin tuli riittävässä määrin markkinoiden tietoon, minkä jälkeen vastaajakin olisi vasta saanut myydä osakkeet joutumatta rikosoikeudellisen arvioinnin kohteeksi. Rikoshyödyistä ei vähennetty välityspalkkioita ja muita myyntikuluja, koska kyseiset myynnit olivat rikollisia tekoja.²⁷⁷ Sen sijaan 9.2.2004 jälkeen tapahtuneelle kurssikehitykselle ei annettu merkitystä. Tältä osin syyttäjäkään ei tosin esittänyt vaatimuksia, vaikka syytteen mukaan aivan kaikkea vastaajalla ollutta sisäpiirintietoa ei tuolloin 9.2.2004 julkaistu ja vaikka tuomion mukaan myös 9.2.2004 tiedotteen johdosta kurssi oli laskenut seuraavina päivinä.

Nedecon – Endero Oyj ja Kyro Oyj

Rahoitustarkastuksen mallin nro 1 mukainen menettämiskaava on esitetty myös ns. Nedecon – Endero Oyj:n²⁷⁸ ja Kyro Oyj:n²⁷⁹ tapauksissa, joissa sisäpiirintietoa koskevat syytteet hylättiin näyttämättöminä. Ratkaisut ovat lainvoimaisia.

Nordic Aluminium Oyj

Helsingin hovioikeuden 21.12.2006 antamassa lainvoimaisessa tuomiossa²⁸⁰ Nordic Aluminium Oyj:n osakkeilla tehdyissä sisäpiirikaupoissa hyödyn

²⁷⁶ Kurssi vaihteli n. 0,42 euron ja 0,29 euron välillä. Helsingin käräjäoikeuden tuomio 06/461 19.2.2007 (R06/7237) s. 51 ja tuomion liite A (kurssikäyrä).

²⁷⁷ Helsingin käräjäoikeuden tuomio 06/461 19.2.2007 (R06/7237) s. 51–52. – Käräjäoikeus siis hyväksyi syyttäjän toissijaisen vaatimuksen menettämisseuraamuksen määrästä. Ensimmäisessä syyttäjän vaati hyötyä menetettäväksi 26.1.2004 tiedon perusteella, jolloin menetettävän hyödyn määrä olisi ollut korkeampi. On huomattavaa on, että käräjäoikeuden ratkaisu on annettu Helsingin HO:n 21.12.2006 antaman tuomion jälkeen.

²⁷⁸ Helsingin käräjäoikeuden tuomio nro 07/3001 23.3.2007 (R05/11225).

²⁷⁹ Helsingin käräjäoikeuden tuomio nro 07/3834 16.5.2007 (R06/6707).

²⁸⁰ HHO:n tuomio nro 3938/21.12.2006 (R04/2332).

määrä on arvioitu edellä olevista tapauksista poikkeavalla tavalla. Tapauksessa kahta vastaajaa syytettiin siitä, että he olivat tietoisena merkittävästä yrityskaupasta ostaneet yhtiön osakkeita ennen yrityskaupan julkaisua. Vastaaja X, joka oli tulossa Nordic Aluminium Oyj:n hallituksen puheenjohtajaksi, osti 2.3.1999 yhteensä 15 000 kpl osakkeita hintaan 5 eur/kpl. Vastaaja Y oli yhtiön johtoryhmän jäsen ja hän hankki 14.4.1999 yhteensä 1 600 kpl osakkeita hintaan 5,5 eur/kpl. Yhtiö tiedotti 15.4.1999 klo 15.30 pörssitiedotteella yrityskaupasta. Yhtiön päätöskurssit kehittyivät siten, että 14.4. osakkeen päätöskurssi oli 5,5 euroa, 15.4. tiedotteen julkaisupäivänä 6 euroa ja seuraavana päivänä (16.4.) 6,34 euroa. Seuraavina päivinä hinta hieman laski n. 6,2 euroon, mutta sen jälkeen nousutrendi jatkui kurssin välillä sahatessa varsin voimakkaastikin. Kesäkuun alkupuolella kurssi tasaantui yli 7 euron tasolle; osakkeen päätöskurssi 7.6.1999 oli 7,2 euroa. Syyttäjä katsoi tiedotteen antamisen jälkeen kurssin muuttuneen noususuuntaiseksi, mistä syystä syyttäjä vaati hyötynä menetettäväksi osakkeiden ostohinnan ja 7.6.1999 vallinneen kurssitason 7,2 euroa välistä erotusta. Vastaaja X katsoi oikeaksi menettämisseuraamuksen määräksi omalla kohdallaan enintään 60 senttiä/osake. Vastaaja Y katsoi oikeaksi määräksi puolestaan 50 senttiä osake. Käräjäoikeus hyväksyi syyttäjän vaatimuksen todeten yhtiön kurssikehityksen olleen muusta metalliteollisuudesta poikkeavaa kyseisellä ajanjaksolla tuomien X:n menettämään rikoksen tuottamana hyötynä 33 000 euroa ja Y:n 2 720 euroa.²⁸¹ Hovioikeus vertasi rikoshyödyn määrää arvioidessaan tiedotteen julkaisemista edeltäneen päivän (14.4.1999) päätöskurssia kurssiin tiedotteen julkaisemisen jälkeen. Julkaisuaikakohdan jälkeisen vertailukurssin valinnassa kiinnitettiin huomiota osakkeen vaihdon ja arvon kehittymiseen. Hovioikeus totesi, että 16.4.1999 vaihto oli yli viisinkertainen edellisiin päiviin verrattuina ja sen jälkeisinä päivinä kaupankäyntimäärät laskivat pörssitiedotteen julkaisua edeltävälle tasolle samoin kuin kurssikehitys tasaantui. Näin ollen hovioi-

²⁸¹ Helsingin käräjäoikeuden tuomio nro 04/5335 7.6.2004 (R03/6460) s. 2–6, 21–22; HHO:n tuomio nro 3938/21.12.2006 (R04/2332) s. 8. – Osakkeen kurssikehityksestä ks. myös Arvopaperi-lehden internet-pörssipalvelussa tehty haku osakkeen kurssikäyrästä (<http://porssi.arvopaperi.fi/details/details.aspx?id=FISHNOA1V>, viittauspäivä 19.10.2007).

Hyöty on laskettu X:n osalta siten, että kurssiero 2,20 eur x 15 000 kpl = 33 000 eur ja Y:n osalta kurssiero 1,7 eur x 1 600 kpl = 2 720 euroa.

Vastaaja Y:n sekä käräjä- että hovioikeudessa esittämä vaatimus hyödyn arvioimiseksi 50 senttiä osakkeelta vastaa sitä eroa, joka hänen tekemiensä osakeostojen ja tiedotteen julkaisupäivän päätöskurssin välillä oli. Vastaajan valituksesta hovioikeuteen ilmenee kuitenkin, että vastaaja katsoi kyseisen 50 sentin kurssinousun tapahtuneen tiedotteen julkaisemisen jälkeisenä päivänä vastaten siten vaikutusta, joka tiedotteen julkaisemisella oli osakkeen hintaan. Hovioikeudelle tekemässään valituksessa myös vastaaja X vaati hyötyä laskettavaksi samalla tavoin kuin Y. HHO:n tuomio nro 3938/21.12.2006 (R04/2332) s. 2–3.

keus päättyi vertaamaan 16.4. päätöskurssia (6,34 eur) 14.4. päätöskurssiin (5,5 eur) tuomiten kummankin vastaajan maksamaan rikoshyötynä 0,84 euroa osakkeelta.²⁸² Ratkaisu muistuttaa Rahoitustarkastuksen mallia nro 2; tosin tässä tapauksessa tiedotteen edeltäväksi kurssitasoksi on otettu edellisen päivän (14.4.) päätöskurssi eikä välittömästi ennen tiedotteen julkaisua 15.4. vallinnut kurssi.

TJ Group Oyj

Helsingin hovioikeuden ratkaisemassa ns. TJ Group -tapauksessa²⁸³ sekä vastaajat että syyttäjät ovat saaneet tässä vaiheessa osittain valitusluvan KKO:lta. Hovioikeus päättyi arvioimaan vastaajien rikoksesta saamaksi hyödyksi erotuksen osakkeiden myyntihinnan ja sen hinnan välillä, jonka osakkeiden ostajat olisivat olleet valmiita maksamaan merkintähetkellä, mikäli heillä olisi ollut käytettävissään myyjien kanssa yhtäläiset tiedot yhtiön tuloksesta, taloudellisesta asemasta ja tulevaisuudennäkymistä.²⁸⁴ Tapauksessa syyttäjä vaati rangaistusta mm. yhtiön hallituksen puheenjohtajalle, toimitusjohtajalle ja talousjohtajalle, koska nämä olivat mm. antaneet totuudenvastaisia ja harhaanjohtavia tietoja 26.1.2000 julkaistussa pörssitiedotteessa ja 2.2.2000 julkaistussa listalleottoesitteessä, jonka yhteydessä oli välitilinpäätös per 31.12.1999²⁸⁵. TJ Group Oyj oli listattu jo aikaisemmin Helsingin pörssiin ja se järjesti helmikuussa 2000 yhdistetyn osakeannin ja myynnin, jolla yhtiön pääomistajat myivät osan omistamistaan osakkeista yleisölle samalla kun myös itse yhtiö keräsi yleisöltä rahoitusta. Anti ajoittui ajankohtaan, jolloin yhtiön osakkeen arvo oli nopean nousun ja sen jälkeen tapahtuneen laskun välissä korkeimmillaan. Kurssi oli noussut jyrkästi marraskuun 1999 alusta, jolloin se oli 3 euroa. Pörssitiedotteen 26.1.2000 julkaisupäivänä kurssi oli n. 13 euroa, listalleottoesitteen julkaisupäivänä 2.2.2000 noin 14 euroa, merkintäaikana 7.–11.2.2000 kurssi oli vaihdellut 18,76–25,14

²⁸² HHO:n tuomio nro 3938/21.12.2006 (R04/2332) s. 8. – Hovioikeus perusteli ratkaisuaan Kurenmaan väitöskirjaan viitaten (Kurenmaa 2003 s. 267–272). Kurenmaa toteaa muiden tietojen kuin sisäpiirintiedon vaikutuksen eliminoinnin olevan mahdollista yksinkertaisimmallaan siten, että käytetään välittömästi tiedon julkistamista edeltänyttä kurssia ja verrataan sitä arvopaperin kurssiin tiedotteen jälkeen. Tässä tapauksessa tiedote julkaistiin 15.4.1999 klo 15.30, mutta hovioikeus käytti edellisen päivän päätöskurssia laskennan perusteena. Tuomioista ei ilmene, miten osakekurssi ehti kehittyä 15.4. ennen pörssitiedotteen iltapäivällä tapahtunutta julkaisemista.

²⁸³ HHO:n tuomio nro 2315/5.7.2007 (R06/790). Helsingin käräjäoikeus oli pääosin hylännyt syytteet.

²⁸⁴ HHO:n tuomio nro 2315/5.7.2007 (R06/790) s. 175.

²⁸⁵ Helsingin käräjäoikeuden tuomio nro 06/903 26.1.2006 (R05/652) s. 1–8. – Talousjohtaja oli avunantajana syytessä vain listalleottoesitteen yhteydessä julkaistun osavuosiokatsauksen virheellisistä tiedoista.

euron välillä ollen korkeimmillaan merkinnän aloituspäivänä 7.2.2000. Tämän jälkeen yhtiön kurssi kääntyi laskuun ja yhtiö julkaisi ensimmäisen tulosvaroituksen 26.4.2000. Julkaisua edeltävänä päivänä osakekurssi oli 8,18 euroa ja julkaisun jälkeen 27.4.2000 kurssi oli 6,48 euroa. Toisen tulosvaroituksen aikana 24.8.2000 kurssi oli enää 3,78 euroa.²⁸⁶

Syyttäjä vaati tiedottamisrikoksen ja sisäpiirintiedon väärinkäytön tuotamana hyötynä menetettäväksi sekä yhtiöltä että eräiltä henkilövastaajilta anti-/myyntihinnan (17,6 euroa) ja sen hinnan (3,93 euroa) välistä erotusta, jonka merkitsijät todennäköisesti kyseisistä osakkeista olisivat maksaneet, mikäli heillä olisi ollut käytössään vastaavat tiedot yhtiön taloudellisesta tilanteesta ja tulevaisuudennäkymistä kuin yhtiön johdolla. Laskentatapa perustui Rahoitustarkastuksen lausuntoon, jossa lähtökohtana oli yhtiön osakekurssin kehitys osakeannin ja 24.8.2000 julkaistun tulosvaroitukseen välisenä aikana, mitä sitten oikaistiin Helsingin pörssin TJ Groupia koskevan toimialaindeksin avulla. Siten pyrittiin eliminoimaan yleisen markkinatilanteen muutos yhtiön kurssikehityksestä.²⁸⁷ Vastajat kiistivät menettämisseuraamusvaatimuksen mm. todeten, ettei väitetty virheellinen informaatio ollut syy-yhteydessä kurssilaskuun ja ettei Rahoitustarkastuksen lausunnossa käytetty vertailuindeksi sovellu TJ Groupin osakkeen arvon tarkasteluun, sillä siinä on sivuutettu internet-yhtiöiden globaali kurssien romahtaminen.²⁸⁸

Hovioikeuden menettämiskaatumusta koskevat perustelut ovat poikkeuksellisen laajat²⁸⁹. Lähtökohtana hyödyn menettämisessä oli, että osakkeiden myyntihinnasta vähennetään se määrä, jonka osakkeiden ostajat todennäköisesti olisivat osakkeista merkintähetkellä maksaneet, mikäli heillä olisi ollut käytettävissään oikeat tiedot taloudellisesta asemasta ja tulevaisuudennäkymistä. Edelleen hovioikeus katsoi syyttäjän kannasta poiketen, että TJ Groupin on katsottava jo 26.4.2000 tiedottaneen alkuvuo-

²⁸⁶ HHO:n tuomio nro 2315/5.7.2007 (R06/790) s. 174.

²⁸⁷ VKSV:n haastehakemukset R05/3 (25.1.2005) ja R05/20 (10.6.2005); Rahoitustarkastuksen lausunto 22.12.2004 s. 3, 6–9. – Hyödyn menettämiskaatumus koski kutakin henkilöä sekä yhtiötä erikseen; yhteisvastuullisia menettämiskaatumuksia syyttäjä ei esittänyt.

TJ Groupin osakkeen päätöskurssi oli 24.8.2000 3,78 euroa, jota Rahoitustarkastuksen lausunnossa oikaistiin tietoliikenne- ja elektroniikkatoimialaindeksin muutoksella 3,88 %, jolloin oikaistuksi arvoksi saatiin 3,93 euroa. Ongelmallista tämän indeksin käyttämisessä oli se, että siinä oli Nokian osakkeella huomattava painoarvo.

²⁸⁸ HHO:n tuomio nro 2315/5.7.2007 (R06/790) s. 27, 30. – Ensisijainen menettämiskaatumuksen kiistoperuste oli se, että menettämiskaatumus on lakiin perustumaton, koska RL 2:16:n vakiintuneen tulkinnan mukaan pelkkä vahingonkorvauksen mahdollisuus estää rikoshyödyn tuomitsemisen.

²⁸⁹ Menettämiskaatumusta koskevaa ratkaisua on perusteltu 11 sivua, ks. HHO:n tuomio nro 2315/5.7.2007 (R06/790) s. 165–176.

den tuloksensa tappiollisuudesta siinä määrin riittävästi, että sijoittajien olisi tullut ottaa huomioon osakekurssin laskeva suuntaus, joten hovioikeus vertasi antihintaa ja tulosvaroituksen antamispäivän 26.4.2000 kurssia toisiinsa. Menettämisseuraamuksen määrän arvioinnista hovioikeus totesi, ettei vastaanotetun todistelun perusteella yhtenäistä käsitystä TJ Groupin osakkeen arvosta vuonna 2000 ole löydettävissä ja ettei arvoa voi perustaa Rahoitustarkastuksen käyttämään toimialaindeksiin, vaan osakkeen arvo on määritettävä samalla toimialalla toimivien ns. verrokkiyhtiöiden eli TJ Groupin koti- ja ulkomaisten kilpailijoiden avulla. Näiden verrokkiyhtiöiden kurssilasku oli yhtä voimakas vuonna 2000 kuin TJ Groupinkin. Tämä yleinen kurssilasku on otettava huomioon rikoshyödyn määrää arvioitaessa. Kuitenkin yhtiön tuloksella, josta yhtiö antoi virheellistä tietoa, on ollut järkevän sijoittajan kannalta merkitystä sijoituspäätöstä harkittaessa. Siten hovioikeus arvioi, että antihinnan 17,6 euroa ja 26.4.2000 päätöskurssin 6,65 euroa erotuksesta (10,95 euroa) n. 20 prosenttia on seurausta tulosta, taloudellista asemaa ja tulevaisuudennäkymiä koskevasta totuudenvastaisista ja harhaanjohtavista tiedoista. Hovioikeus katsoi oikeaksi menettämisseuraamuksen määräksi osakkeita myyneiden luonnollisten henkilöiden osalta 2,2 euroa osakkeelta. Kohtuullistamisperusteita ei luonnollisten henkilöiden kohdalla rikosten vakavuus huomioon ottaen ollut. Sen sijaan yhtiötä ei tuomittu menettämään rikoksella saatua hyötyä, koska se olisi vaikuttanut yhtiön muihin yli 15 000:een osakkeenomistajaan vaarantaen yhtiön toiminnan jatkumisen.²⁹⁰ HO:n ratkaisu muistuttaa periaatteellisilta lähtökohdiltaan tässä tapauksessa Rahoitustarkastuksen mallia nro 5.

Talentum Oyj

Talentum Oyj:n osakkeita koskeneessa tapauksessa syyttäjä vaati rangaistusta sillä perusteella, että vastaaja oli 3.5.1999 ostanut Talentum Oyj:n osakkeita 500 kpl kurssiin 12,7 euroa tietoisena yhteisyrityksen perustamishankkeesta, josta julkistettiin pörssitiedote 23.6.1999. Vastaaja myi osakkeet 7.12.1999 osana isompaa erää kurssiin 19,00 euroa, jolloin rikoksen tuottamana hyötynä vaadittiin osto- ja myyntihinnan välistä erotusta eli yhteensä 3 150 euroa²⁹¹. Syyttäjä totesi lisäksi, ettei hyödystä tule vähentää välityspalkkioita ja myyntivoittoveroja. Vastaaja kiisti menettämisväitteen ja mm. vaati, että myyntivoittoverot ja välityspalkkiot on vähennettävä saadusta hyödystä pitäen siten oikeana määränä n. 2 146 euroa.²⁹² Asiassa on mie-

²⁹⁰ HHO:n tuomio nro 2315/5.7.2007 (R06/790) s. 169–170, 172–176.

²⁹¹ Hyöty on laskettu kaavalla $19,0 - 12,7 = 6,3$ eur ja tämä osakekohtainen hyöty $6,3 \text{ eur} \times 500 \text{ kpl} = 3 150 \text{ eur}$.

²⁹² Helsingin käräjäoikeuden tuomio 03/3219 s. 1, 4, 13–14.

lenkiintoista se, että pääosa menetettäväksi vaaditusta hyödystä perustui kurssinousuun, joka tapahtui useita kuukausia tiedotteen julkaisemisen jälkeen. Talentum Oyj:n kurssi nimittäin vaihteli pääosan vuotta 1999 n. 12–16 euron haarukassa, kun taas marras–joulukuussa kurssi alkoi jyrkästi nousta päätyen vuoden loppuun mennessä n. 24 euron tasolle²⁹³. Vastaaja sinällään siis hyväksyi menettämiskaatumuksen määrältään siltä osin, kun siinä vaadittiin tuomittavaksi sellaisen kurssinousun mukanaan tuomaa hyötyä, joka ei ollut sidoksissa tiedon julkaisemiseen. Käräjäoikeuden ja hovioikeuden hylättyä syytteen kokonaisuudessaan ei tuomioistuimen kannanottoa edellä mainitusta hyödyn laskentatavasta ole olemassa²⁹⁴. Tässä tapauksessa käytetty laskentatapa ei puolestaan muistuta mitään edellä kuvattuja Rahoitustarkastuksen käyttämiä malleja.²⁹⁵

Siljola ja Leskinen

Myös sisäpiirintiedon väärinkäyttöön liittyy tapauksia, joissa hyötyvaatimusta ei ole esitetty. Helsingin käräjäoikeuden ratkaisemassa ns. Siljolan tapauksessa WSOY:n pääjohtajana sekä Rautakirja Oyj:n hallituksen jäsenenä toiminut henkilö osti ennen positiivisten tulostietojen sekä erään yrityskaupan julkaisemista ko. yhtiöiden osakkeita. Huolimatta positiivisista tulostiedoista yhtiöiden osakekurssit laskivat tietojen julkaisemisen jälkeen. Tästä huolimatta käräjäoikeus tuomitsi vastaajan sisäpiirintiedon väärinkäytöistä, koska tunnusmerkistön mukainen hyötymistarkoitus ei edellytä konkreettisen taloudellisen hyödyn toteutumista.²⁹⁶ Hyödyn menet-

²⁹³ Talentum Oyj:n vuosikertomus v:lta 1999 s. 36–37 (http://www.talentum.fi/fi/sijoittajille/yritys_ja_markkinat/tulosjulkistukset/vuosikertomukset/vsk1999fin.pdf, viittauspäivä 18.10.2007. Tiedotteen julkaisupäivänä 23.6.1999 kurssi sekä nousi että laski, kurssikehitys oli 16 eur => 16,2 eur => 14,9 eur. Helsingin käräjäoikeuden tuomio 03/3219 s. 4.

²⁹⁴ HHO:n tuomio nro 1738/13.5.2004 (R03/1382), Helsingin käräjäoikeuden tuomio 03/3219.

²⁹⁵ Niistä ongelmista, jotka aiheutuvat, kun rikoksella saatu hyöty on hankittu pidemmän ajan kuluessa on käsitellyt Matningsdal, jonka mukaan oikeuden tulee tällaisissa tilanteissa arvioida, mikä hyöty on itse asiassa rikoksen tuottamaa ja mikä aiheutuu muista, rikokseen liittymättömistä seikoista. (Matningsdal 1987 s. 184–185)

²⁹⁶ Helsingin käräjäoikeuden tuomio nro 14795/30.6.2000 (R00/869) s. 1–3, 6–7, 9, 15–16. – Osakkeen kurssimuutosten merkitystä sisäpiirinjutuista koskevassa oikeuskäytännössä on analysoinut Parkkari artikkelissaan (Parkkari 2007), jossa on kuitenkin käsitelty suomalaisista oikeuskäytäntöä hajanaisesti. Parkkarin mukaan konkreettiselle kurssimuutokselle on annettava sitä suurempi merkitys, mitä lyhyemmästä aikavälisestä sisäpiirikaupan ja tiedon julkiseksi tulon välillä on (Parkkari 2007 s. 228–229). Toisaalta professori Martikainen on lausunnossaan ”Julkistamattoman seikan olennaisesta vaikutuksesta arvopaperin arvoon” 9.11.1999 (Martikainen, Teppo: ”Julkistamattoman seikan olennaisesta vaikutuksesta arvopaperin arvoon”, asiantuntijalausunto 9.11.1999 Helsingin käräjäoikeuden tapauksessa R00/869) todennut, että keskeinen kriteeri yrityksen tulosta koskevan informaation merkitystä arvioitaessa on voittoutuisen sisältämän yllätyksen määrä, mutta myös sellainen

tämisvaatimusta ei esitetty myöskään KKO:n ratkaisussa 2006:110, jossa Sampo-konsernin pääjohtaja oli ostanut toisen vakuutusyhtiön (Pohjola) osakkeita omiin nimiinsä sen jälkeen kun Sampo oli päättänyt esittää neuvottelutarjouksen eräälle toiselle vakuutusyhtiölle (Suomi-yhtiö) Pohjolan osakkeiden ostamiseksi. Tapauksessa pääjohtaja osti 28.5.1999 alaikäisen tyttärensä nimiin 600 kpl Pohjolan B-osaketta 44,80 euron kappalehintaan sekä 7.6.1999 määräysvallassaan olleen yhtiön nimiin 600 kpl 42,75–42,80 euron kappalehintaan hankintojen yhteisarvon ollessa 26 880 euroa ja 25 670 euroa.²⁹⁷ Neuvottelutarjousta koskenut tieto ei sellaisenaan tullut koskaan julkiseksi²⁹⁸. Sen sijaan 13.10.1999 julkaistiin pörssitiedote, jonka mukaan Sampo osti toiselta vakuutusyhtiöltä (Skandia) tämän omistamat Pohjolan osakkeet. Pohjolan B-osakkeen kurssi nousi tuolloin n. 48 euroon. Pohjolan omistuksesta oli muitakin kiinnostuneita, sillä 21.12.1999 OP-ryhmä ja Ilmarinen ostivat Suomi-yhtiöltä tämän omistamat Pohjolan osakkeet, jolloin Pohjolan B-osakkeen kurssi oli n. 56 euroa. Vuoden 2000 puolella kurssi jatkoi edelleen²⁹⁹ nousuaan ollen maaliskuussa jo n. 70 euroa.³⁰⁰

5.5 Optio-oikeudet

Erilaiset optio-oikeudet voivat olla samalla tavoin arvopaperimarkkinarikoksen kohteena kuten osakkeetkin. Optio-oikeuksien arvoon vaikuttavat kuitenkin osakkeiden arvoon vaikuttavien seikkojen, kuten tulostietojen lisäksi myös muut seikat, kuten option perusarvoon vaikuttavat tekijät (esim. merkintähinta) ja aika-arvoon vaikuttavat tekijät, kuten option jäljellä oleva voimassaoloaika, riskitön korkotaso sekä sen osakkeen hinnan vaihtelu eli volatilititeetti, jonka hankintaan tai myyntiin optio oikeuttaa. Näiden tekijöiden muuttuminen saattaa vaikuttaa eri tavalla option arvoon riippuen

voittoutinen, joka on täsmälleen markkinoiden keskimääräisen voittoennusteen mukainen voi olla markkinoille tärkeä, sillä uutisen julkistaminen vähentää voittojen käyttäytymiseen liittyvää epävarmuutta. (Martikainen 1999 s. 13–14, Helsingin käräjäoikeuden tuomio nro 14795/30.6.2000 (R00/869) s. 14)

²⁹⁷ 600 kpl:eesta 200 kpl ostettiin 42,75 euron hintaan ja 400 kpl 42,80 euron hintaan.

²⁹⁸ Ks. KKO 2006:110 perustelujen kohta 28, jonka mukaan pääjohtajalla ollut tieto poikkesi olennaisesti markkinoilla liikkuneista huhuista, joten tieto oli julkistamatonta. Hovioikeus oli hylännyt syytteen katsoen julkisuudessa olleiden tietojen (mm. Kaleva-yhtiön toimitusjohtajan haastattelu) perusteella tiedon olleen jo julkista.

²⁹⁹ Pohjolan kurssi ei noussut tasaisesti koko ajan, vaan esim. tammikuussa 2000 se oli 55 euroa, kun se marras-joulukuussa oli ollut välillä jo n. 65 euroa.

³⁰⁰ Helsingin käräjäoikeuden tuomio nro 6937/11.7.2003 (R03/1412) s. 2; Esitutkintapöytäkirja 6070/R/114125/00 liitesivu 61 (Pohjolan B-osakkeen kurssikehitys 1.3.1999–15.3.2000). (KKO:n arkisto).

siitä, onko kyseessä osto- vai myyntioptio. Esimerkiksi kohde-etuutena olevan osakkeen arvon nousu laskee myyntioption hintaa, mutta nostaa vastaavasti osto-option hintaa. Toisaalta joidenkin tekijöiden muuttuminen vaikuttaa samalla tavoin sekä osto- että myyntioptioihin. Esimerkiksi volatiliteetin kasvu johtaa option arvon nousuun, kun taas option voimassaoloajan lyheneminen laskee option arvoa.³⁰¹ Optioiden arvon määrittämisessä käytetään yleisimmin ns. Black – Scholesin mallia, jossa osto-option arvo laskukaavassa huomioidaan mm. kohde-etuuden (usein osakkeen) hinta, lunastushinta, riskitön korko, erääntymisaika ja kohde-etuuden volatiliteetti.³⁰² Rikoshyödyn menettämisen kannalta optiot muodostuvat tavallisia osakkeita hankalammiksi, mikäli hyödyn määrää laskettaessa omaksutaan laskentamalli, jossa pyritään eliminoimaan muiden seikkojen kuin sisäpiirintiedon vaikutus arvopaperin arvoon. Optioiden ja muiden johdannaisten tapauksessa on tällaista laskentamallia käytettäessä lähes aina pyrittävä eliminoimaan aika-arvoon liittyvät tekijät pois arvopaperin hinnasta. Eliminointia ei tuolloinkaan nähdäkseni kuitenkaan tarvitse tehdä niissä tilanteissa, joissa sisäpiirintiedon vaikutus on niin huomattava, ettei optiolla tai muulla johdannaisella olisi sen julkitulon johdosta enää arvoa. Mikäli optio-oikeuksien kohdalla päädytään soveltamaan Ruotsin mallin mukaista käytäntöä, aika-arvon liittyvien tekijöiden eliminointia ei tarvitse tehdä – aika-arvoon liittyvät tekijät ovat sisäpiiriläisen kustannuksia, kun tämä ei poikkeustapauksia lukuunottamatta voi käydä kauppaa optioilla silloin, kun hänellä on sisäpiirintietoa.

Suomessa optio-oikeuksilla tapahtunut sisäpiirintiedon väärinkäyttö on ollut esillä tuomioistuimessa kerran. Syyttäjä esitti ns. Jippii Group Oyj:n jutussa yhtiön johdon optiokauppoja koskien hyödyn menettämiskaavan. Syyte ja siten myös menettämiskaava hylättiin käräjäoikeudessa.³⁰³

³⁰¹ Helaniemi et al. 2003 s. 46–51.

³⁰² Helaniemi et al. 2003 s. 51–52. Eurooppalaisen osakkeen osto-optiolla sovellettu Black – Scholesin mallin kaava on esitetty Helaniemi et al. 2003 s. 52. Tässä kaavassa edellytetään mm. todennäköisyysarviointia siitä riskistä, että optiolla ei ole lainkaan arvoa tai että sillä on varmasti arvoa. – Tietokoneiden avulla Black – Scholesin mallin käyttäminen optioiden teoreettisten arvojen laskemiseen ei ole erityisen vaikeaa. Eri parametrien vaikutuksen simulointi on laskettavissa, jos malli on ohjelmoitu esim. taulukkolaskentaohjelmaan. (Helaniemi et al. 2003 s. 52). Rikosoikeudenkäynnissä mallin käyttämisessä voi olla ongelmallista itse taustaparametrien määrittely, jolloin myös option arvo muuttuu.

³⁰³ Helsingin käräjäoikeuden tuomio nro 07/9915 31.10.2007 (R06/3894). Allekirjoittaneen oltua alioikeusvaiheessa toisena syyttäjänä asiassa en käsittele tätäkään menettämiskaavasta tässä yhteydessä tarkemmin.

5.6 Johtopäätöksiä

Edellä esitellyistä oikeustapauksista ilmenee, että samankin tuomioistuimen sisällä (Helsingin hovioikeus) hyödyn menettämistä voidaan arvioida sisäpiirintiedon väärinkäyttöön liittyvissä tapauksissa hyvin erilaisilla tavoilla ilman, että tapauksen taustalla olisi sellaisia olosuhteita, jotka perustelisivat erilaisen ratkaisukäytännön. Erot ilmenevät selvästi erityisesti verrattaessa Tampereen Puhelin Oyj:n kurssimanipulaatiotapauksen³⁰⁴ yhteydessä tuomitun sisäpiiririkoksen sekä uudemman Pohjola–Conventum Oyj:n sisäpiiritapauksen³⁰⁵ tuottaman hyödyn menettämistä Nordic Aluminium Oyj:n osakkeilla tehtyyn sisäpiiririkokseen³⁰⁶. TJ Group Oyj:n tapauksessa³⁰⁷ hovioikeus perusteli laajasti valitsemaansa laskentamallia ja tapaus poikkeaa olosuhteiltaan kahdesta muusta tapauksesta siinä suhteessa, että kurssimuutos teon ja tiedon julkaisun välillä oli huomattavan suuri.

Tuomioistuinten ratkaisukäytäntöä arvioitaessa on välttämättä kiinnitettävä huomiota siihen, millainen prosessuaalinen asetelma tuomioistuimella on ollut ratkaisua tehtäessä edessään, vaikkakaan tuomioistuinten ei ole katsottu olevan sidottuja rikoshyödyn määrää arvioitaessa osapuolten esittämiin laskelmiin ja selvityksiin rikoshyödyn määrästä³⁰⁸. Edellä mainituissa HHO:n ratkaisemissa tapauksissa syyttäjät ovat esittäneet menettämiskaavoja, joissa laskentamallit ovat poikenneet toisistaan³⁰⁹. Siten myös prosessiin kohteeksi ovat nousseet erilaiset seikat, joten on varsin luonnollista, että itse ratkaisutkin poikkeavat toisistaan. Syyttäjien vaatimukset puolestaan tukeutuvat usein Rahoitustarkastuksen virkamiesten oikeudessa antamiin suullisiin todistajanlausuntoihin tai kirjallisiin lausuntoihin, joissa tyydytään monesti esittelemään erilaisia laskentatapoja ottamatta kantaa siihen, onko jotakin yksittäistä laskentatapaa pidettävä toista parempana. Tämä saattaa johtua siitä, ettei Rahoitustarkastuksen varsinaiseen toimenkuvaan kuulu rikoshyötyä koskeva tuomiovallan käyttö vaan markkinavalvontaviranomaisena toimiminen. Rahoitustarkastuksen esittämät laskentavaihtoehdot

³⁰⁴ HHO:n tuomio nro 1798/31.5.2005 (R02/4230).

³⁰⁵ HHO:n tuomio nro 4337/31.12.2007 (R06/3500).

³⁰⁶ HHO:n tuomio nro 3938/21.12.2006 (R04/2332).

³⁰⁷ HHO:n tuomio nro 2315/5.7.2007 (R06/790).

³⁰⁸ Haapanen 2007 s. 58. – Haapanen perustaa näkemyksensä mm. Alkion, Honkasalon ja Viljasen näkemyksiin. Ks. uuden lain aikaisesta näkemyksestä Rautio, jonka mukaan tuomioistuin ei voi tuomita enempää kuin kantaja on vaatinut (Rautio 2006 s. 140).

³⁰⁹ Toisaalta syyttäjien käytännössä myös siinä suhteessa, vaaditaanko yli päättänsä rikoshyötyä menetettäväksi on jossain määrin eroja (vrt. esim. Talentum- ja Leskinen-tapaus). Leskisen tapauksessa on tosin huomattava, että esitetty neuvottelutarjous ei johtanut tulokseen eikä tullut siten sellaisenaan julki, vaan Sampo hankki omistukseensa Pohjolan osakkeita muualta kuin Suomi-yhtiöltä.

pohjautuvat melko suoraan SEC:n esittämiin (potential deterministic disgorgement ja potential econometric disgorgement) sekä Italiassa kehitettyihin (potential probabilistic disgorgement) malleihin, joskin erityisesti viimeksi mainittua on yksinkertaistettu³¹⁰. Toisaalta myöskään vastaajien esittämä oikeustieteellinen konfiskaatiota koskeva argumentointi ei ole koskenut niinkään hyödyn määrän arvioimista kuin muita konfiskaatioon liittyviä juridisia kysymyksiä³¹¹.

Vaikka arvopaperimarkkinarikoksia koskevat kriminalisoinnit samoin kuin rikoshyödyn konfiskoimista koskevat säännökset ovat olleet kansainvälisen harmonisoinnin kohteena, rikoshyödyn konfiskoinnista ei ole syntynyt selkeää yhtenäistä kansainvälistä arviointitapaa. Kansallisilla tulkinnoilla näyttäisi edelleen olevan merkittävä rooli huolimatta siitä, että ongelmat ovat samanlaiset maasta riippumatta. Suomalainen oikeuskäytäntö osoittaa, että näitä Rahoitustarkastuksen käyttämiä alun perin ulkomailla kehitettyjä malleja on arvioitava kriittisesti. Ratkaisutoiminnassa on analysoitava kutaakin rikostunnusmerkistöä samanaikaisesti hyödyn menettämistä koskevien yleisten periaatteiden kanssa. Arvopaperimarkkinarikoksilla voi olla yhtymäkohtia myös muihin rikoksiin, kuten petostyyppisiin kriminalisointeihin³¹². Siten rikoshyödyn menettämistä arvopaperimarkkinarikoksissa koskevien periaatteiden ei ole nähdäkseni perusteltua poiketa muista rikoksista.

³¹⁰ Yksinkertaistaminen ilmenee siten, että Rahoitustarkastuksen mukaan hyöty voidaan laskea vertaamalla arvopaperin kurssia välittömästi ennen tiedon julkaisua siihen kurssiin, joka arvopaperilla oli tiedon julkaisun jälkeen. Ks. Rahoitustarkastuksen tutkintapyyntö liite 14, päivätty 7.4.2003 s. 11 (Jippii Group Oyj:tä koskeva tutkintapyyntö; KRP:n esitutkintapöytäkirja 2400/R/276/03 liitesivu 409).

³¹¹ Lausunnot ovat koskeneet mm. hyötykonfiskaation ja vahingonkorvauksen välistä suhdetta (Prof. Pekka Viljasen lausunto TJ Group Oyj:n jutussa 15.8.2005) sekä sitä, voiko tiedottamisrikoksella saada aikaan sellaista hyötyä, joka voi olla menettämiskaatumuksen kohteena (OTT, dosentti Jussi Tapanin lausunto TJ Group Oyj:n jutussa 22.8.2005). Ks. myös prof. Matti Sillanpään lausunto 5.12.2006 TJ Group Oyj:n tiedottamisrikosta ja sisäpiirintiedon väärinkäyttöä koskevan jutun hovioikeusvaiheessa (R06/790). Lausunto koski kysymystä siitä, miten arvopaperimarkkinain ja rikoslain lausetta ”on omiaan olennaisesti vaikuttamaan sanotun arvopaperin arvoon” tulisi tulkita ja mikä merkitys sille tulisi antaa arvioitaessa tiedottamisrikoksen tunnusmerkistön täyttymistä (Prof. Matti Sillanpään lausunto 5.12.2006 s. 1). TJ Group Oyj:n jutussa vastaajien puolelta esitettiin myös taloustieteellistä todistelua menettämiskaatumuksen määrään liittyen. Tuolloin kuultiin mm. rahoituksen professori Vesa Puttonen todistelutarkoituksessa, joka on lausunut mm. Helsingin pörssin Tietoliikenne- ja elektroniikka-toimialaindeksiin vaikuttaneiden yhtiöiden painoarvoista, miten IT-konsultointiyriyten arvonmääritys v. 2000 tapahtui sekä siitä, olisiko TJ Group Oyj:n osakkeet menneet kaupaksi keväällä 2000 sijoittajille 17,60 euron antihinnalla huolimatta siitä, että sijoittajat olisivat olleet tietoisia yhtiön tappiollisuudesta. (HHO:n tuomio nro 2315/5.7.2007 (R06/790) s. 171–172.)

³¹² Varainsiirtoveron välittämiseksi tehdyt kurssimanipulaatiot saattaisivat tulla nykyään arvioiduksi myös veropetoksena; toisaalta väärin tietojen antamisella osakeannin yhteydessä on hyvin samantyyppinen teko markkinointirikoksen ja petoksen kanssa.

6 HYÖDYN MENETTÄMISTÄ KOSKEVA RATKAISUEHDOTUS

6.1 Ehdotuksen taustaksi

Tavoissa laskea rikoksen tuottama taloudellinen hyöty esiintyy suurta vaihtelua myös muissa kuin arvopaperimarkkinarikoksissa. Se, että laskentamallit vaihtelevat tapauksittain jopa saman rikostyyppin sisällä ei ole pelkästään arvopaperimarkkinarikoksiin liittyvä ominaisuus. Tilanne on selvästikin epätydyttävä. Viljasen mukaan ideaaliselta rikoshyödyn laskentatavalta voidaan edellyttää, että se on kriminaalipoliittisesti tarkoituksenmukainen sekä toisaalta luonnollisen katsantokannan mukainen. Ns. lisähyötyperiaate, jossa hyötyä tarkastellaan vertailemalla laillista ja laitonta vaihtoehtoa keskenään, saattaisi tarjota mahdollisuuden yhtenäiseen hyödyn laskentatapaan rikostyyppistä riippumatta.³¹³ Haapasen mukaan myös arvopaperimarkkinarikoksissa voidaan ottaa lähtökohdaksi tämä periaate.³¹⁴ Analysoin seuraavaksi, mitä lisähyötyperiaatteen soveltaminen RL 51 luvussa tarkoitettujen arvopaperimarkkinarikosten yhteydessä merkitsisi. Kysymys on siitä, mitkä ovat ne valintatilanteet, joissa rikoksentekijän pitää tehdä enemmän tai vähemmän tietoinen ratkaisu, toimiiko hän lain edellyttämällä tavalla vai ei.

Arvopaperimarkkinarikosten kriminalisointisäännökset on muotoiltu siten, että rikosten tunnusmerkistö voi täytyä ilman, että ne aiheuttavat mitään konkreettista taloudellista hyötyä. Esimerkiksi tiedottamisrikos, joka on luonteeltaan abstrakti vaarantamisrikos³¹⁵, täytyy jo sillä, että tiedottamisvelvollinen antaa totuudenvastaisia tai harhaanjohtavia tietoja, jotka ovat omiaan vaikuttamaan arvopaperin arvoon. Taloudellinen hyöty voi tiedottamisrikoksessa tulla kyseeseen esim. silloin, kun tämän ”esiteon” jälkeen tehdään vielä muita toimia, jotka johtavat rikoksentekijän kannalta parempaan taloudelliseen asemaan. Mikäli tällaisena ”esiteon” jälkeisenä toimena on arvopaperikauppa tai niiden liikkeeseenlasku, voidaan tapausta arvioida myös sisäpiirintiedon väärinkäyttönä, jossa sisäpiirintiedon muodostaa ”esiteko” eli kurssin kannalta merkityksellisten totuudenvastaisten ja harhaanjohtavien tietojen antaminen markkinoille, sillä markkinoilla ei varmuudella ole tiedossaan tietojen totuudenvastaisuus ja harhaanjohtavuus – muuten ne eivät olisi kurssin kannalta merkityksellisiä eivätkä myöskään harhaanjohtavia.

³¹³ Viljanen 2007 s. 122–123.

³¹⁴ Haapanen 2007 s. 54.

³¹⁵ Ks. OTT Jussi Tapanin lausunto 22.8.2005 s. 15.

Sama ajattelutapa soveltuu myös kurssin vääristämiseen. Tietyin edellytyksin kurssia vääristävien toimenpiteiden tekeminen täyttää jo itsessään tunnusmerkistön eikä rangaistavuus edellytä konkretisoitunutta taloudellista hyötyä. Kuitenkin mikäli henkilö levittää arvopaperin arvoon vaikuttavia totuudenvastaisia ja harhaanjohtavia tietoja tai saa esim. valeoikeustoimen tyyppisillä ostotoimeksiannoilla arvopaperin arvon nousemaan ja sen jälkeen ryhtyy käymään arvopaperikauppaa, voidaan tapausta arvioida sisäpiirintiedon väärinkäyttönä eikä pelkästään kurssin vääristämisenä. Markkinoilla ei ole tiedossaan, että ostotoimeksiannot ovat valeoikeustoimia, joten kyseessä on luonteeltaan täsmällinen, julkistamaton ja arvopaperin arvoon vaikuttava tieto. Ruotsissa tämä ajattelutapa ilmenee sikäli selkeämmin, että siellä on laissa erikseen todettu, että sisäpiirintietoa voi olla myös tekijän oma rikollinen toiminta³¹⁶. Tämä johtaa siihen, että silloin kun taloudellista hyötyä hankitaan arvopaperikaupan (tai osakeannissa niiden liikkeellelaskun) avulla, voidaan samoja ratkaisuperiaatteita käyttää niin kurssin vääristämisen, tiedottamisrikoksen kuin sisäpiirintiedon väärinkäytönkin tuottaman hyödyn arvioinnissa, vaikka esim. syytteessä ei olisikaan erikseen vaadittu rangaistusta sekä sisäpiirintiedon väärinkäytöstä ja tiedottamisrikoksesta vaan pelkästään viimeksi mainitusta teosta.³¹⁷ Kysymys on tällöin pitkälti syytteen kirjoittamistekniikasta, jossa samaan teonkuvaukseen on voitu liittää rikosnimikkeen mukaisen konkreettisen tunnusmerkistön välttämättä edellyttämien elementtien lisäksi myös niitä elementtejä, joilla voi olla merkitystä esim. rangaistuksen mittaamisen kannalta. Tilannetta voidaan selventää seuraavalla esimerkillä: Kun yhtiö esim. osakeannin yhteydessä antaa totuudenvastaisia ja harhaanjohtavia tietoja tavalla, joka täyttää tiedottamisrikoksen tunnusmerkistön, on teon rangaistavuuden arvioinnin kannalta tärkeää myös tuoda esiin se, kuinka laajasta osakeannista (eli markkinoilta kerättyjen varojen määrästä) on tapauksessa kyse.

On luonnollisesti mahdollista, että arvopaperimarkkinarikoksissa koinut taloudellinen hyöty ei välttämättä johdu arvopaperimarkkinoilla saadusta myyntivoitosta tai vältetystä myyntitappiosta. Näihin tilanteisiin ei useinkaan liity samanlaisia ongelmia hyödyn laskentatavan kannalta kuin arvopaperimarkkinakauppoihin liittyy, vaan niihin voidaan soveltaa aikaisemminkin muun tyyppisissä rikoksissa omaksuttuja periaatteita. Sisäpiirintiedon väärinkäyttö, jossa kriminalisointi ulottuu mm. toisen

³¹⁶ Lagen om marknadsmissbruk 2 § 3 mom.

³¹⁷ Kurssin vääristämisessä kytkenä arvopaperimarkkinoilla tapahtuvaan kauppaan esiintyy todennäköisesti useammin kuin tiedottamisrikoksessa, sillä kurssin vääristämisen yhtenä tunnusmerkistöedellytyksenä on hyötymistarkoitus, joka on helpoimmin näytettävissä konkreettisesti tapahtuneella arvopaperikaupalla tai sitä koskevalla toimeksiannolla.

neuvomiseen sisäpiirikaupassa, voi tuottaa taloudellista hyötyä esim. siten, että sisäpiiriläinen saa palkkion siitä, että tämä ilmaisi sisäpiirintiedon toiselle, arvopaperilla kauppaa käyvälle henkilölle. Tällainen palkkio voidaan tuomita rikoksen tuottamana taloudellisena hyötynä menetetyksi. Sama pätee myös kurssin vääristämiseen, jossa suomalaisessa oikeuskäytännössä on tuomittukin välityslieke menettämään välityspalkkionsa kurssin vääristämiseen liittyvistä kaupoista. Tiedottamisrikoksessa, jossa yhtenä tekotapana on oikea-aikaisen tiedottamisen laiminlyönti, voi laiminlyönnin syynä olla mm. puutteelliset resurssit yrityksen raportointijärjestelmissä tai sijoittajaviestinnässä. Erityisesti pienille pörssiyhtiöille tiedonantovelvollisuuksien noudattaminen voi muodostua taloudelliseksi rasitteeksi³¹⁸. Säästösyistä pörssitiedottaminen ja muu sijoittajaviestintä voi olla jaettu useille eri tahoille, kuten esim. talous- ja hallintojohtajille, joilla ei kuitenkaan välttämättä ole tosiasiallisia mahdollisuuksia perehtyä asiaan riittävässä määrin. Mikäli pörssiyhtiö ei ole suunnannut riittävästi resursseja sijoittajaviestinnän asianmukaiseen hoitamiseen tai raportointijärjestelmien ylläpitämiseen, on teoriassa mahdollista esittää menettämiskaava syntyneestä säästöstä samalla tavoin kuin esim. ympäristörikoksissa tai kirjanpitovelvollisuuden rikkomistilanteissa voidaan tehdä³¹⁹. Käytännössä tällaisia menettämiskaavoja ei ole esitetty³²⁰, mihin voivat olla syynä vaikeudet saavutetun säästön laskemisessa. Tällaisissa tapauksissa voikin olla hyvin perusteltua tyytyä RL 10:2.2:n nojalla arvioimaan saavutettu säästö esim. sijoittajasuhteista vastaavan henkilön palkkakulun tai muun vastaavan seikan perusteella.

³¹⁸ Ks. Kariola 2004 s. 101, jossa käytetty esimerkkinä Saunatec Oy:tä.

³¹⁹ Rikoshyödyn laskentatavoista ympäristörikostapauksissa ks. Laittoman taloudellisen hyödyn laskeminen ja valtiolle menettäminen eräissä ympäristörikostapauksissa, Suomen ympäristökeskuksen julkaisu, Helsinki 1997. Kirjanpitovelvollisuuden laiminlyönnistä on rikoksen tuottamana hyötynä mahdollista tuomita menetettäväksi säästetyt tilitoimiston palkkiot, ks. RHO tuomio nro 579/23.6.2004 (R04/328) ja THO tuomio nro 2549/31.10.2005 (R05/513).

³²⁰ Tiedottamisvelvollisuuden laiminlyönti puutteellisten raportointijärjestelmien vuoksi on noussut esiin ainakin ns. Stonesoft-tapauksessa (Helsingin käräjäoikeuden tuomio nro 10393/15.11.2006 (R06/1122), ei-lainvoimainen), jossa syyttäjää ei esittänyt menettämiskaavasta. Yhtiön johtoa samoin kuin oikeushenkilöä kohtaan esitetyt rangaistusvaatimukset hylättiin.

6.2 Ehdotus arvopaperimarkkinarikoksissa hyödyn menettämisessä sovellettavaksi malliksi

Rikoslain 51:1:ssa rangaistava sisäpiirintiedon väärinkäyttö, jossa tekotapana on arvopaperin hankkiminen tai luovuttaminen, sisältää jo itsessään edellytyksen arvopaperin vastikkeellisesta siirrosta kahden tai useamman osapuolen välillä, mistä kertyy taloudellista hyötyä sisäpiiriläiselle. *Rikostunnusmerkistön ja sen tuottaman taloudellisen hyödyn arvioinnin kannalta olennainen kysymys on se, tekeekö henkilö sen jälkeen kun hän on saanut sisäpiirintietoa arvopaperikaupan vaiko ei.* Sisäpiiririkoksen tehneen henkilön valintatilanne kohdistuu siis siihen hypoteettiseen tapaukseen, että arvopaperikauppaa ei olisi tehty. Perustelen tätä seuraavasti: Henkilöt eivät useinkaan pysty itse päättämään siitä, saavatko he ylipäättänsä käyttöönsä sellaista tietoa, joka on luokiteltavissa sisäpiirintiedoksi ja jos saavat, milloin he sitä saavat. He saavat tätä tietoa organiasemansa, palvelussuhteensa tai muun toimeksiannon perusteella – tieto tulee heille ikään kuin työ- tai muiden tehtävien hoitamisen kannalta välttämättömänä sivutuotteena. Toisaalta tällaiset henkilöt (sisäpiiriläiset) voivat joko vahingossa tai tahallaan paljastaa sisäpiirintiedon ulkopuolisellekin, joka ei siis välttämättä ole lainkaan tarkoituksellisesti hankkinut sisäpiirintietoa vaan voi olla saanut sen enemmänkin sattumalta. Sinänsä voidaan toki konstruoida tapauksia, joissa sisäpiirintietoa on hankittu nimenomaan siinä tarkoituksessa, että sillä hankitaan taloudellista hyötyä arvopaperikaupoissa. Kyseessä voi olla esimerkiksi yritysvalvontatilanne tai sitten yrityksen sisältä henkilö, jolla ei normaalisti olisi oikeutta tai pääsyä sisäpiirintietoon, hankkii sitä. Pelkkä tiedon hankkiminen ei kuitenkaan ole sisäpiirintiedon väärinkäyttönä rangaistavaa. Olennaista rikostunnusmerkistön täyttymisen ja hyödyn arvioinnin kannalta on se, mitä henkilö tekee sen jälkeen kun hän on saanut haltuunsa sisäpiirintietoa. On otettava huomioon vielä, että sisäpiiriläisen passiivisuus ei ole rangaistava teko, vaikka sisäpiiriläinen esim. peruisi-kin mielessään jo päättämänsä kaupan saatuaan sisäpiirintietoa³²¹. Kuten edellä on todettu, myös kurssin vääristämiseen sekä tiedottamisrikokseen voidaan soveltaa samoja periaatteita, mikäli näissä esiintyy konkreettista taloudellista hyötyä, joka on saatu arvopaperikaupalla³²².

³²¹ Kysymys on siis puhtaasti ajatustasolla tapahtuvasta mielenmuutoksesta; mikäli henkilö on jo antanut esim. ostotoimeksiannon, jonka jälkeen hän saa kurssiin negatiivisesti vaikuttavaa tietoa, mistä syystä hän peruu toimeksiannon, voi teko tulla arvioitavaksi sisäpiirintiedon väärinkäyttönä.

³²² Kurssin vääristämässä valintatilanne kohdistuu ensiksi kysymykseen siitä, levittääkö henkilö vääriä tietoja, ryhtyykö kurssia manipuloiviin harhaanjohtaviin osto-/myyntitoimiin tai muihin vastaaviin toimenpiteisiin. Samoin tiedottamisrikoksessa valintatilanne kohdistuu

Vaikka sisäpiirintiedon väärinkäytössä on rangaistavuuden edellytykseksi asetettu hyötymistarkoitus, valintatilanne kohdistuu silti kysymykseen siitä, käykö sisäpiiriläinen kauppaa vai ei³²³. Sen jälkeen kun henkilö on saanut sisäpiirintietoa, ei valintatilanne voi kohdistua muihin tunnusmerkistön mukaan rangaistusvastuuta objektiivisesti rajaaviin tekijöihin eli käytännössä hyötymistarkoitukseen. Hyötymistarkoitus esiintyy rangaistavuuden edellytyksenä lukuisissa rikostunnusmerkistöissä. Hyötymistarkoituksen täyttymistä on arvioitu oikeuskäytännössä vakiintuneesti objektiivisin kriteerein. Kurenmaa onkin todennut, ettei sisäpiirintiedon väärinkäyttöpauksissa ole käytännössä mahdollista näyttää hyötymistarkoitusta toteen millään muulla keinolla kuin sillä, että henkilö on tietoisena sisäpiirintiedosta ryhtynyt käymään arvopaperikauppaa³²⁴. Oikeuskäytännössä tämä näkemys näyttää saaneen hyväksynnän, sillä KKO:n ratkaisun 2006:110 mukaan sillä seikalla, että henkilö olisi muutenkin tehnyt arvopaperikaupan sijoittamalla vapautuvia varojaan juuri kyseisen yhtiön osakkeisiin, ei ole merkitystä asian arvioinnin kannalta³²⁵. Tätä näkemystä voidaan pitää perusteltuna, sillä jälkikäteen on varsin helppo keksiä erilaisia selityksiä, miksi arvopapereilla käytiin kauppaa juuri tuolloin: arvopapereiden myynnistä saadut rahat on voitu käyttää velkojen maksuun, uuteen asuntoon tai autoon tai muihin vastaaviin tarkoituksiin. Rikostunnusmerkistön täyttymisen arvioinnin kannalta on kuitenkin yhdentekevää, mihin sisäpiiriläinen on jälkikäteen käyttänyt arvopapereiden myynnistä saadut rahat, mikäli päätös arvopaperikaupasta on tehty sen jälkeen kun henkilölle tuli sisäpiirintietoa. Halutessaan välttää rikosepäilyt voi sisäpiiriläinen tehdä turvallisesti arvopaperikauppaa mm. hankintaohjelmien avulla, joissa erotetaan riittä-

ensiksi siihen, antaako henkilö virheellisiä tietoja tai laiminlyökö julkaista sellaisen tiedon, jonka arvopaperimarkkinalaki velvoittaa antamaan. Mikäli näillä rikoksilla aiotaan saavuttaa taloudellista hyötyä arvopaperikaupassa, on tehtävä vielä em. toimenpiteiden lisäksi valinta siitä, käykö hän arvopaperikauppaa vai ei. Valintatilanne sen suhteen, käykö henkilö arvopaperikauppaa vai ei, tapahtuu usein tosiasiallisesti samaan aikaan kuin valinta varsinaisen rikoksen tekemisen tai tekemättä jättämisen välillä. Kurssia vääristävien toimenpiteiden tai tiedottamisrikoksen motiivina voi nimenomaan olla se, että niitä hyväksi käyttäen halutaan saavuttaa taloudellista hyötyä.

³²³ Sisään rakennettuna olettamana on, että kauppaa käydään positiiviseen suuntaan. Luonnollisesti itselle vahingollisten kauppojen tekeminen sisäpiiriläisenä ei ole kiellettyä eli esim. arvopapereiden myyminen ennen niiden arvoon positiivisesti vaikuttavien tietojen julkaisemista.

³²⁴ Kurenmaa 2003 s. 202.

³²⁵ KKO 2006:110 perustelujen kohta 36. – Tämä näkokanta on hyväksytty myös Helsingin käräjäoikeuden ei lainvoimaisessa tuomiossa nro 461/19.2.2007 (R06/7237) (s. 42), jonka mukaan hyötymistarkoitusta tulee arvioida olosuhteiden ja tapahtumainkulun mukaan. Rangaistava tiedon hyväksikäyttö ei tarvitse olla ainoa syy arvopaperin hankkimisella tai luovuttamisella, vaan hyväksikäyttö myös osamotiivina on riittävää.

vän pitkän aikavälin päähän toisistaan päätös arvopaperikaupasta ja sen varsinainen toteuttaminen³²⁶. Näiden ohjelmien avulla pitkäaikainen ja suunnitelmallinen arvopaperisijoittaminen on mahdollista myös sellaiselle henkilölle, joka säännöllisesti saa haltuunsa sisäpiirintietoa. Lyhytaikaisten rahoitustarpeiden kattamiseksi rahoitusmarkkinoilla on tarjolla myös muita instrumentteja kuin arvopapereiden myynti.

Mikäli sisäpiirintiedon väärinkäytön tunnusmerkistöjä tulkitaan tällä tavalla, ettei sisäpiiriläinen tosiasiaa saa käydä arvopaperikauppaa ennen sisäpiirintiedon julkaisemista tai sisäpiirintiedon muodostavan hankkeen muuta päättymistä, voidaan hyödyn laskemisessa nähdäkseni käyttää samoja periaatteita kuin Ruotsissa on noudatettu. *Tällöin rikoksen tuotamaa taloudellista hyötyä on tiedon julkaisupäivän ja arvopapereiden kaupankäyntipäivän päätöskurssien erotus. Mikäli tieto on julkaistu lähellä kaupankäynnin päättymistä tai sen jälkeen, voidaan hyöty laskea käyttäen apuna seuraavan päivän päätöskurssia.* Sitä pidempää kurssivaihtelua ei ole lähtökohtaisesti syytä ottaa huomioon, sillä sisäpiiriläisellä on oikeus päästä markkinoille heti tiedon julkaisun jälkeen eikä hänen tarvitse odottaa sitä, että hitainkin sijoittaja saa julkaistun tiedon perusteella aikaiseksi tehdä päätöksen arvopapereiden ostosta tai myynnistä³²⁷. Tosin mikäli markkinat ”ylireagoivat” tietoon, on vastaajan intressit huomioiden perusteltua pyrkiä minimoimaan tämän ”ylireagoinnin” vaikutus alentamalla vastaavasti hyötykonfiskaation määrää. Vastaavasti yleistä kurssikehitystä kaupankäyntipäivän ja tiedon julkaisupäivän välisenä ajankohtana ei oteta huomioon, sillä kaupankäyntikiellon vuoksi sisäpiiriläinen ei pääse osalliseksi markkinoiden yleisestä kurssikehityksestä³²⁸. Tätä voidaan perustella

³²⁶ Sisäpiiriläisen hankintaohjelmista ks. Häyrynen 2006 s. 159–162. Ohjelmien ei välttämättä tarvitse koskea pelkästään osakkeiden hankintaa vaan sellaisten laatiminen arvopapereiden myymiseksikin on mahdollista.

³²⁷ Tällä perusteella voidaan toki väittää, että rikoksen tuottamana hyötynä tulisi tuomita menetetyksi sen kurssin mukaan, joka arvopaperilla vallitsi heti tiedon julkaisemisen jälkeen. On kuitenkin käytännössä mahdotonta sanoa, mikä vaikutus arvopaperin kurssiin olisi ollut, jos heti tiedon julkaisemisen jälkeen markkinoilla olisi kaupankäynnin kohteena ollut muiden arvopaperierien lisäksi vielä sisäpiiriläisenkin myymät tai hankkimat arvopaperit, joiden mahdollinen rajahintakin olisi todennäköisesti poikennut siitä hinnasta, millä sisäpiirikauppa tehtiin. On mahdollista, ettei sisäpiiriläisen arvopaperikauppa olisi ainakaan kokonaisuudessaan toteutunut samana päivänä, kun tieto julkaistiin. Siten hyödyn laskemisessa on selkeintä käyttää päivän päätöskurssia vertailukohtana.

³²⁸ Nähdäkseni yleinen kurssikehitys voidaan ottaa huomioon ainoastaan siinä tilanteessa, että omaisuudenhoitajalla tms. henkilöllä on toimeksiannon nojalla velvollisuus sijoittaa tietyt rahavarat tiettyä ajankohtana esim. Suomen osakemarkkinoille parhaaksi katsomallaan tavalla. Mikäli omaisuudenhoitajalla on sisäpiirintietoa ja hän tällä perusteella ostaa tietyn yhtiön osakkeita, ei rikoksen tuottamana hyötynä välttämättä tule tuomita menetetyn tiedon julkaisupäivän ja kaupankäyntipäivän kurssierotusta, vaan silloin voidaan verrata yhtiön osakkeen kehitystä Suomen osakemarkkinoiden yleisindeksin kehitykseen.

oikeudenmukaisuus- ja yhdenvertaisuusargumenteilla: Rikoksentehtäjän kanssa samalla osastolla työskentelevä samaa sisäpiirintietoa hallussaan pitävä kollega saattaa esim. kärsiä huomattavan tappion pelkästään siitä syystä, että hän noudatti lakia eikä myynyt osakkeitaan huolimatta siitä, että markkinoiden yleinen kurssikehitys oli voimakkaassa laskussa, koska tällä oli sisäpiirintiedoksi luokiteltavaa, mutta markkinoiden yleinen kurssikehitys huomioiden merkitykseltään rajallista tietoa hallussaan. Tällainen tilanne voi liittyä esimerkiksi ylikuumentuneiden markkinoiden aiheuttamien kuplien puhkeamiseen. Lakia rikkovaa sisäpiiriläistä ei pidä saattaa taloudellisesti parempaan asemaan kuin lakia noudattavaa sisäpiiriläistä.

Myös riskinjakonäkökohtat puoltavat sitä, ettei edes poikkeuksellisia yleisen kurssitason muutoksia oteta huomioon rikoshyödyn määrää laskehtaessa. Arvopaperimarkkinalain 2:7:n mukaan liikeeseenlaskijan on julkistettava sisäpiirintieto mahdollisimman nopeasti. Sen lykkääminen on mahdollista tapauksissa, joissa julkistamatta jättäminen ei johda yleisöä harhaan ja liikkeellelaskija pystyy takaamaan tiedon luottamuksellisena säilymisen. Edelleen jos tieto kuitenkin sattuu leviämään sivullisille, se on julkistettava viipymättä niissäkin tilanteissa, jossa tiedon leviäminen sivullisille on tahatonta.³²⁹ Tiedonantovelvollisuuden lähtökohtana on se, että tieto on julkistettava mahdollisimman pian. Sisäpiiriläisillä on siten usein itsellään sisäpiirintieto julkaisemalla tosiasiallinen mahdollisuus vähentää yleiseen kurssikehitykseen liittyvää riskiä tilanteissa, joihin voi liittyä sisäpiirintiedon väärinkäyttöä³³⁰. Lisäksi on otettava huomioon se seikka, että markkinat toimivat virheellisen tiedon varassa niin pitkään kuin oikeaa tietoa ei ole julkistettu. Teon vaikutus ei rajoitu ainoastaan siihen hetkeen, kun virheellistä tietoa julkaistiin tai oikea tieto jätettiin julkaisematta.³³¹

OmaisuuDENHOITAJAN valintatilanne on ollut rajallinen, sillä hänen on tehtävä toisaalta sijoitus päätös, mutta se kohdistuu ainoastaan rajoitettuun joukkoon arvopapereita, jolloin vertailu on tehtävä laittoman vaihtoehdon (sisäpiirintiedon kohteena ollut osake) ja laillisen vaihtoehdon (muut Suomen markkinoilla julkisen kaupankäynnin kohteena olleet osakkeet) välillä.

³²⁹ Kyseinen AML 2:7 perustuu markkinoiden väärinkäyttöä koskevan direktiivin 6 artiklaan.

³³⁰ Sisäpiiriläiset toimivat usein yhtiön johtotehtävissä, joten tiedon julkaiseminen yhtiön omana pörssitiedotteena voi olla mahdollista. Välttämättä tähän ei kuitenkaan ole halukkuutta, sillä esim. negatiivisen pörssitiedotteen julkaiseminen pian sen jälkeen kun yhtiön johto on myynyt osakkeita voi herättää epäilyjä sisäpiirintiedon väärinkäytöstä. Kiinnijäämisriskin minimoimiseksi tiedotteen julkaisemista voidaan lykätä, jolloin on helpompi väittää, ettei sisäpiirintietoa ollut yhtiön johdolla vielä osakkeiden myyntihetkellä.

³³¹ Voidaan tietenkin kysyä, missä kulkee raja sen arvioinnissa, onko esimerkiksi osakeantiesitteessä ollut virhe vähäinen kirjoitusvirhe vai tarkoituksellinen väärän tiedon antaminen, josta seuraa rikosvastuu ja menettämisseuraamus. Liikkeeseenlaskija voi itse

Tilanteissa, joissa sisäpiirintieto ei tule missään vaiheessa julkiseksi, on hyödyn määrä arvioitava erikseen asiantuntijatodistelun avulla. Käytännössä tällainen osakkeen arvoa tiettyjen hypoteettisten olosuhteiden vallitessa koskeva todistelu jää kuitenkin varsin epämääräiseksi³³².

6.3 Kohtuullistaminen

Rikoslain 10:10 mahdollistaa, että rikoshyödyn määrää voidaan kohtuullistaa mm. sillä perusteella, että menettämisseuraamuksen tuomitseminen olisi kohtuutonta ottaen huomioon rikoksen laatu sekä muut olosuhteet. Kohtuullistaminen tapahtuu joko alentamalla menetetyksi tuomittavan hyödyn määrää tai jättämällä se kokonaan määräämättä. Voidaan tietenkin kysyä, voidaanko arvopaperimarkkinarikoksissa rikoshyödyn määrää kohtuullistaa sillä perusteella, että toinen osapuoli olisi tehnyt joka tapauksessa arvopaperikaupan riippumatta oikeasta tiedosta tms. seikoista. Tapauksessa on siten arvioitava sitä, onko ”would have purchased anyway” -argumentti kuitenkin relevantti rikoshyödyn kohtuullistamisen kannalta, jos sillä ei ole merkitystä varsinaisen rikoksen syyksilukemisen eikä menettämisseuraamuksen periaatteellisen määräämisen kannalta.

Petosrikosten osalta Tapani on kiinnittänyt huomiota siihen, että tuomioistuimen on ylivoimaista pyrkiä selvittämään, mitä syytetty on todella miettinyt ja mieltänyt tekohetkellä, ja samat ongelmat koskevat myös uhrin päätöksentekoa.³³³ Tapanin petosrikoksia koskeva johtopäätös on, että rikosoikeusjärjestelmä tarjoaa suojaa vasta siinä tilanteessa, kun ihmiset ovat noudattaneet tiettyä huolellisuutta ja tarkkaavaisuutta taloudellisten asioiden hoidossa. Uhreilla on oma vastuunsa informaation hankinnassa ja prosessoinnissa ja vastaavasti on arvioitava, millaista informaatiota tekijä on välittänyt uhrin päätöksentekoa varten ja millaisia perusteltuja odotuksia uhrilla itsellään on ollut. Tapani antaa merkitystä myös uhrin mahdollisuuksille tehdä erilaisia selvitystoimenpiteitä. Mikäli näiden selvitysten perusteella syntyy konkreettinen epäily tiedon paikkansapitävyydestä, epäilylle voidaan antaa rikosoikeudellista merkitystä silloin, kun potentiaalinen uhri pitää todennäköisenä informaation virheellisyyttä,

vaikuttaa tähän arviointiin siten, että virheen havaitsemisen jälkeen tieto oikaistaan välittömästi, jolloin epäilyt mahdollisesta rikollisesta menettelystä ainakin oikaistun tiedon osalta todennäköisesti hälvenevät.

³³² Vrt. Knuts 2004 s. 507, Samuelsson 1991 s. 314–317. Oikeuskäytännöstä esim. TJ Group -tapausta koskeva HHO:n tuomio nro 2315/5.7.2007 (R06/790) s. 171–173.

³³³ Tapani 2004 s. 137.

puutteellisuutta tai harhaanjohtavuutta.³³⁴ Tapanin argumentaatiota arvioitaessa on vielä huomioitava se, että Tapanin tutkimuksessa tilannetta tarkastellaan niin, että rikoksen uhrina on yritys, ei niinkään yksityinen henkilö³³⁵. Arvopaperimarkkinoita käsitellyt Samuelsson on todennut, ettei ”would have purchased” -argumentille tule antaa vastuun perustetta arvioitaessa merkitystä, sillä sijoittajat luottavat markkinoiden toimintatapoihin ja niiden hinnanmuodostuskykyyn sellaisenaan eikä yksittäisten sijoittajien mielipiteillä ole merkitystä. Jotkut sijoittajat eivät kykene eivätkä jotkut edes halua hankkia tarkempaa tietoa sijoituskohteista.³³⁶

Arvopaperimarkkinoilla yksittäisen sijoittajan tosiasialliset mahdollisuudet tehdä erilaisia selvitystoimenpiteitä ovat rajalliset siinäkin tapauksessa, että sijoittaja ylipäättänsä olisi halukas niitä tekemään ja niihin perehtymään. Sijoittajan tärkein yksittäinen tietolähde arvopaperin liikkeellelaskijasta muodostuu tämän itsensä julkaisemista listalleottoesitteistä sekä pörssitiedotteista. Piensijoittajalla ei ole useinkaan tosiasiaa muuta mahdollisuutta kuin luottaa yhtiöltä saamaansa informaatioon, jonka oikeellisuuden kontrolloimiseksi yhtiö itse on usein hankkinut tilintarkastus- ja muita asiantuntijoita, jotka voivat olla yhtiöstä riippumattomia. Toisaalta kohtuullistamisperusteita arvioitaessa on otettava huomioon se, että rikostunnusmerkistöjen täytyminen edellyttää tahallisuutta tai törkeää huolimattomuutta. Kynnyksen alle jää vielä tavallinen tuottamus. Kysymys ei ole siis vähäisistä lain säännösten rikkomisista. Siten ”would have purchased anyway” -argumentille ei nähdäkseen tulisi pääsääntöisesti antaa merkitystä edes rikosshyödyn kohtuullistamiskriteerinä. Kuitenkin poikkeuksellisissa tapauksissa sillä voi olla merkitystä kohtuullistamisen tai jopa koko menettämisseuraamuksen periaatteellisen määräämisen kannalta. Tällainen tilanne voidaan konstruoida silloin, kun rikosshyöty on muodostunut yrityskauppatilanteessa, jossa pörssi-yhtiö on käyttänyt maksuvälineinä omia osakkeitaan, joiden arvo on virheellinen markkinoilla olevien väärin tietojen tms. seikkojen johdosta, ostaessaan ei-noteeratun, omistajapiiriltään rajatun joukon omistaman yhtiön tai sen liiketoiminnot. Kysymys on tällöin petokseen rinnastettavasta tilanteesta, jossa rikosshyödyn tuottavan erehdyttämisen kohteena ei olekaan kasvottomat markkinat vaan rajattu henkilöpiiri. Mikäli erehdytetty henkilöpiiri jälkikäteen asioiden todellisesta laidasta tietoisena ilmoittaa, ettei väärillä tiedoilla tms. osakkeen kurssia vääristäneillä seikoilla ole ollut merkitystä yritysjärjestelyn

³³⁴ Tapani 2004 s. 195–196.

³³⁵ Tapani asettaa tutkimuskysymyksensä seuraavasti: Millaiset normatiiviset kriteerit määrittävät sallitun ja kielletyn välistä rajaa yritysten välisessä liiketoiminnassa? (Tapani 2004 s. 9.)

³³⁶ Samuelsson 1991 s. 309–310, 313–314.

toteuttamisen kannalta, voitaneen katsoa, ettei rikos ole tuottanut lainkaan taloudellista hyötyä tai jos se on joltakin osin tuottanut hyötyä, niin sen määrää voitaneen kohtuullistaa.

Tekijän tahallisuuden tai tuottamuksen asteen merkitys voi nousta esille myös kohtuullistamiskysymyksenä. Tahallisuuden ja tuottamuksen merkitystä rikoshyödyn menettämisen kannalta tiedottamisrikoksessa on pohtinut Tapani. Ilmaisulle ”rikoksen tuottama taloudellinen hyöty” on siinä suhteessa ongelmallinen, ettei itse lain säännökseen sisälly määritteitä siitä, kuinka pitkälle kausaaliketju voi ulottua. Tapani on pyrkinyt kehittelemään normatiivisia mittapuita sille, milloin rikoksen tuottamaa hyötyä ei ole taroituksenmukaista tuomita menetetyksi. Tapanin käyttämien mittapuiden mukaan tiedottamisrikoksessa rajanveto hyödyn menettämisessä voisi kulkea siinä, tehtiinkö teko tahallisesti vai törkeästi huolimattomuudesta. Olenainen kysymys tässä arvioinnissa on siinä, tavoitteleeko henkilö tietoisesti taloudellista hyötyä vai ei.³³⁷ Tapanin näkemystä siitä, että rikoshyödyn menettäminen voidaan kytkeä tahallisuuteen tai tuottamukseen voidaan kritisoida, sillä menettämisseuraamus kytketään tällöin syyksiluettavuuteen. Kuitenkin jo mm. Honkasalo on katsonut, että rikoshyöty voidaan tuomita menetetyksi täysin sivulliseltakin henkilöltä, jolla ei ole mitään tietoa saamansa hyödyn rikollisesta alkuperästä³³⁸. Nykyäänkin RL 10:1 mahdollistaa menettämisseuraamuksen kohdistumisen mm. alle 15-vuotiaaseen tai syyntakeettomaan henkilöön. Siten menettämisseuraamuksen määräämättä jättäminen täysi-ikäiselle, syyntakeiselle rikosentekijälle itselleen tai esim. tämän edustamalle oikeushenkilölle pelkästään sillä perusteella, että teko on tehty törkeästi huolimattomuudesta eikä tahallisena, ei ole nähdäkseni perusteltua. Suomalaisessa arvopaperimarkkinarikoksia koskevassa oikeuskäytännössä kysymys tahallisuuden tai törkeän huolimattomuuden vaikutuksesta menettämisseuraamuksen määräämiseen ei ole noussut ainakaan tuomioihin kirjoitettuna esiin eikä menettämisseuraamuksia ole sillä perusteella kohtuullistettu³³⁹.

Arvopaperimarkkinarikoksissa menetettävän hyödyn määrä saattaa nousta yksittäistapauksessa huomattavan suureksi, vaikka suomalaisessa oikeuskäytännössä useimmiten menetettäväksi vaadittu hyöty onkin jäänyt muutamia tuhansiin euroihin. Tällöin voi nousta esiin kysymys siitä, tu-

³³⁷ Tapani 2005 s. 13–16.

³³⁸ Honkasalo 1948 s. 129.

³³⁹ Aikaisemmin selostetuissa Pohjola-Conventumin (käräjäoikeus), Nordic Aluminiumin sekä Tampereen Puhelimen (käräjäoikeus) tapauksissa tahallisuuden puuttumiselle ei annettu merkitystä menettämisseuraamusta määrättäessä. Myöskään ympäristö- ja luonnonvararikoksissa tahallisuus- tai tuottamusarvioinnille ei ole yleensä annettu merkitystä menettämisseuraamusta määrättäessä.

lisiko näitä huomattavan suuria menettämisseuraamuksia kohtuullistaa jo pelkästään niiden rahallisen arvon vuoksi. Näissä tapauksissa on nähdäkseni kuitenkin huomattava se seikka, että rikoshyödyn menettämishälytyksellä pyritään vain ottamaan laittomasti saatu etu pois rikosentekijältä tai sivulliselta, joka on hyötynyt rikoksesta. Poikkeuksellisen korkea rikoshyöty syntyy sellaisesta rikoksesta, joka on itsessään poikkeuksellinen; siihen liittyy joko suuri taloudellinen intressi (esim. osakeanti) tai sitten markkinat ovat arvopaperin hintaa muodostaessaan olleet poikkeuksellisen merkittävän virheellisen tiedon varassa. Nämä seikat ovat tekijällä rikosta tehdessään tiedossaan, joten hän pystyy myös ennakoimaan rikollisesta menettelystä aiheutuvat seuraukset.

6.4 Vahinkoa kärsineiden sijoittajien asema

Oma kysymyksensä on, otetaanko menettämisseuraamusta määrättäessä ja mahdollisessa kohtuullistamisarvioinnissa huomioon vahingonkärsineen sijoittajan asema. Kysymys on siitä, voidaanko menettämisseuraamussäännöksiä käyttää välineinä sijoittajansuojan parantamiseksi. Rikoslain 10:11 mukaan vahingon kärsijällä on oikeus nostaa kanne valtiota vastaan, mikäli menettämisseuraamus koskee sellaista omaisuutta, joka voitaisiin tuomita asianomistajalle vahingonkorvauksena tai edunpalautuksena maksettavaksi. Sijoittajan asema arvopaperimarkkinarikoksia koskevissa varsinaisissa rikosprosesseissa on Suomessa heikko. KKO:n ratkaisussa 2000:82 todettiin, että arvopaperimarkkinarikokset kohdistuvat luonteeltaan laajaan, määrittelemättömään joukkoon ja rikosnormeilla pyritään suojaamaan ensisijaisesti markkinoiden toimivuutta ja luotettavuutta. Rikostunnusmerkistö täyttyy jo säännöksessä viitattujen määräysten rikkomisella eikä tunnusmerkistö edellytä, että teosta olisi aiheutunut jollekin vahinkoa tai vahingon vaaraa. Näin ollen KKO katsoi, ettei osakkeita merkinneillä sijoittajilla ollut asianomistaja-asemaa tiedottamisrikosta koskeneessa ns. Kansallisanti-prosessissa.

Suomessa on oikeuskäytännössä esiintynyt em. KKO:n ratkaisun jälkeksi yksi sisäpiirintiedon väärinkäyttöä koskenut tapaus³⁴⁰, jossa kaupan vastapuolet (3 henkilöä) selvitettiin ja joista vastapuolista yksi esitti vahingonkorvausvaatimuksen rikosoikeudenkäynnissä. Kyseisessä tapauksessa käräjäoikeus katsoi lainvoimaiseksi jääneellä ratkaisullaan, että henkilöillä ei kuitenkaan ole asianomistaja-asemaa eikä siten myöskään

³⁴⁰ Helsingin käräjäoikeuden tuomio nro 6342/20.6.2005 (R04/10852).

oikeutta esittää vahingonkorvausvaatimusta rikosprosessissa viitaten em. ratkaisuun KKO 2000:82.³⁴¹

KKO:n ratkaisua ovat kritisoineet mm. Häyrynen ja Kurenmaa, jotka ovat kiinnittäneet huomiota siihen, että vaikka arvopaperimarkkinarikoksilla suojellaan yhteisöllisiä oikeushyviä, on niillä selkeästi ymmärrettävän myös yksilöllisiä, sijoittajansuojaan liittyviä oikeushyviä. Sijoittajilla tulee olla käytettävissään riittävän tehokkaat jälkikäteiset oikeussuojakeinot, joilla he voivat puolustaa varallisuusetujaan.³⁴²

Vaikka KKO:n ratkaisu onkin prosessiekonomisesti rationaalinen, on Häyrysen ja Kurenmaan kritiikki perusteltua. Lainsäädäntömme tuntee lukuisia rangaistussäännöksiä, joiden suojeluobjektina on yhteisöllisiä oikeushyviä, mutta joissa myös yksityinen henkilö voi päästä asianomistaja-asemaan. Tyypillinen tällainen esimerkki on liikenneturvallisuuden vaarantaminen, jossa rikos voi täytyä jo pelkästään ylinopeutta ajamalla, mutta jossa onnettomuuden sattuessa asianomistajana ovat onnettomuuden muut osapuolet. Ratkaisevaa merkitystä ei nähdäkseni tule antaa sille, että liikenneturvallisuuden vaarantamisen tunnusmerkistö edellyttää abstraktia vaaraa toisen turvallisuudelle, kun tiedottamisrikoksessa ja sisäpiirintiedon väärinkäytössäkin on omaksuttu abstraktin vaaran (omiaan olennaisesti vaikuttamaan arvopaperin arvoon) logiikka, johon on sisään rakennettu sijoittajien intressejä vaarantavan tilanteen vaatimus.³⁴³ Asianomistajan aseman määrittely näyttäisi olevan samanlainen ongelma kuin syy-yhteyden arviointi arvopaperimarkkinarikoksissa; kysymys on siitä, mitä kriteerejä asetetaan vahinkojen välittömyydelle, jotta korvausvastuu täyttyy ja toisaalta asianomistaja-asema syntyy.

Nähtäväksi jää, voivatko sijoittajat jatkossa saada suojaa intresseilleen siten, että syyttäjät esittää menettämiskaatumuksen rikosprosessissa ja mikäli menettämiskaatumus tuomitaan, sijoittajat kohdistavat jälkikäteen kanteensa RL 10:11:n nojalla valtiota vastaan³⁴⁴. Tällaisen menettelyn hyväksyminen

³⁴¹ Lappalaisen mukaan oikeus saada vahingonkorvausvaatimus tutkittavaksi rikosjutun yhteydessä ei edellytä asianomistajan asemaa. Asianomistajan käsitteestä ks. Lappalainen 1986 s. 17–21 ja vahinkoa kärsineen oikeudesta esittää korvausvaatimus ks. Lappalainen 1986 s. 134–143.

³⁴² Kurenmaa – Häyrynen 2006 s. 144–145.

³⁴³ Vrt. Lappalainen, jonka mukaan asianomistajaksi on vakiintuneesti katsottu vaarantamisrikoksissa välittömästi vaarannetun oikeushyvän haltija. Lappalainen 1986 s. 18.

³⁴⁴ Sijoittajansuojan kannalta heikkoutena voidaan pitää sitä, ettei myöskään uusi ryhmäkannelaki (444/2007) sen 1 §:n mukaan tule sovellettavaksi arvopaperin liikkeeseenlaskijan tai julkisen ostotarjouksen tekijän menettelyä koskevassa riita-asiassa. Laki ei myöskään tule sovellettavaksi RL 10:11:n mukaisessa kanteessa valtiota vastaan, mikä voi aiheuttaa valtiolle huomattavia kustannuksia tilanteessa, jossa suuri joukko henkilöitä samaan rikosasiaan perustuen vaatii kanneteitse vahingonkorvausta tai edunpalautusta.

johtaisi myös siihen, että osakeantiin tai muuhun vastaavaan järjestelyyn osallistuneet sijoittajat saisivat intressinsä turvattua niissä tilanteissa, joissa rikoksella saatu hyöty on tullut arvopaperin liikkeeseenlaskijan käyttöön. Mikäli RL 10:11:n mukaisen menettelyn ei katsota olevan arvopaperimarkkinarikoksissa mahdollinen sijoittajansuojan toteuttamisessa, tulisi mielestäni harkita, olisiko lakia muutettava siten, että sijoittajien puolesta vahingonkorvausvaatimusta rikosprosessissa määrättäisiin ajamaan uskottu mies. Kysymys olisi hieman samankaltaisesta uskotun miehen määräyksestä kuin OYL:n mukaisissa vähemmistöosakkaiden lunastusriidoissa on kyseessä³⁴⁵. Asianomistajan kannalta nimenomaan arvopaperimarkkinarikoksissa prosessiekonomia puoltaa asian käsittelyä vain yhdessä oikeuskäsittelyssä, josta ei aiheudu asianomistajalle kuluriskiä. Syyttäjän mahdollisuudet ajaa riitaista vahingonkorvausvaatimusta ovat rajalliset.

6.5 Lopuksi

Knuts on todennut oikeusvarmuuden olevan olennainen osa yleisön arvopaperimarkkinoita kohtaan tunteman luottamuksen kannalta.³⁴⁶ Helsingin HO:n ratkaisut osoittavat, ettei arvopaperimarkkinarikoksissa menettämisseuraamuksen osalta tilanne ole ollut tyydyttävä; erilaisia ratkaisumalleja, jotka johtavat toisistaan hyvinkin poikkeaviin lopputuloksiin on sovellettu ilman, että erilaiselle soveltamiskäytännölle näyttäisi olevan asiallisia perusteita. Tilannetta ei voida pitää arvopaperimarkkinoilla toimivan henkilön oikeusturvan kannalta tyydyttävänä; hänen on kyettävä kohtuullisessa määrin ennakoimaan tekonsa seuraukset. Ennakoitavuus on rikosoikeusjärjestelmän keskeinen periaate riippumatta siitä, ovatko sanktioiden tasot sitten lievempiä tai ankarampia. Sanktioiden taso on puolestaan poliittisen päätöksenteon ja sen antamien raamien sisällä toimivien tuomioistuinten ratkaisujen tulos.

Helsingin HO:n hajanainen oikeuskäytäntö on puolestaan tulos siitä, että esitetyt menettämisseuraamusvaatimukset ovat poikenneet perustana käytettyjen laskentamallien osalta toisistaan. Yhtenäistä oikeuskäytäntöä ei synny, mikäli prosessin osapuolet – syyttäjät ja asianajajat – eivät tarjoa tuomioistuimelle mahdollisuutta argumentoida kaikista asiassa mahdollisesti relevanteista seikoista. Arvopaperimarkkinarikosten menettämisseu-

³⁴⁵ Uskottu mies voidaan OYL 18:5:n mukaan määrätä valvomaan vähemmistöosakkeiden lunastusta koskevassa välimiesmenettelyssä vähemmistöosakkeenomistajien etua. Uskotulla miehellä on mm. oikeus ja velvollisuus esittää välimiesmenettelyssä vähemmistöosakkeenomistajien puolesta näiden asiaa tukevia seikkoja ja näyttöä.

³⁴⁶ Knuts 2007 s. 64–65.

raamuksia koskevan oikeuskäytännön osalta myös Rahoitustarkastuksen rooli on ollut käytännössä merkittävä. Vasta sen jälkeen voidaan myös tuomioistuimilta vaatia ja odottaa johdonmukaista ratkaisukäytäntöä, kun Rahoitustarkastus ja varsinaisen oikeudenkäynnin hoitavat syyttäväviranomaiset esittävät johdonmukaisia vaatimuksia.

LÄHTEET

Kirjallisuus ja artikkelit

- Afrell Lars – Haag Göran – Klahr Håkan – Wallden Catarina: Insiderlagen. En lagkommentar. Stockholm: Allmänna förl. 1991 (Afrell 1991)
- Ailio, Erkki: Esinekonfiskaatio Suomen rikosoikeudessa. Rikosoikeudellinen tutkimus. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys 1964. (Ailio 1964a)
- Ailio, Erkki: Rikosoikeudellisen konfiskaation tarkoituksesta. DL 1964 s. 325–329 (Ailio 1964b)
- Alexander, R. C. H: Insider Dealing and Money Laundering in the EU: Law and Regulation. Aldershot: Ashgate 2007. (Alexander 2007)
- Annola, Vesa: Informaatio, sisäpiiri, markkinat. Arvopaperimarkkinaoikeudellinen tutkimus informaatioepätasapainosta arvopaperikaupassa. Turku: Turun yliopisto 2005. (Annola 2005)
- Avgouleas, Emilios: The Mechanics and Regulation of Market Abuse. A Legal and Economic Analysis. Oxford: Oxford University Press 2005. (Avgouleas 2005)
- Becker, Gary S.: Crime and Punishment. An Economic Approach. Journal of Political Economy 1968 s. 169–217. (Becker 1968)
- Haapanen, Olli: Arvopaperimarkkinarikokset ja rikoshyödyn menettäminen. S. 33–62 teoksessa Kirjoituksia talousrikosoikeudesta. Toim. Pekka Koponen – Raimo Lahti – Timo Ojala. Helsinki: Helsingin hovioikeus 2007. (Haapanen 2007)
- Haapaniemi Ossi: Osakeperusteisten kannustinjärjestelmien verokohtelu. Helsinki: WSOYpro 2006. (Haapaniemi 2006)
- Heinsius, Theodor: The Federal Republic of Germany I: The Current Self-Regulatory System. Teoksessa Insider Trading in Western Europe. Current Status. Editors Gerhard Wegen and Heinz-Dieter Assman. London: Graham & Trotman and International Bar Association 1994. (Heinsius 1994)
- Helaniemi, Erkki – Kallunki, Juha-Pekka – Niemelä, Jaakko: Optiot – Onni vai onnettomuus. Helsinki: WSOY 2003. (Helaniemi et al. 2003)
- Hemmo, Mika: Vahingonkorvausoikeus. Helsinki: WSOYpro 2005. (Hemmo 2005)
- Herrington, Tim – Glover, Jason: The United Kingdom. Teoksessa: Insider Trading in Western Europe. Current Status. Editors Gerhard Wegen and Heinz-Dieter Assman. London: Graham & Trotman and International Bar Association 1994. (Herrington – Glover 1994)
- Honkasalo, Brynolf: Rikoksen tuottaman hyödyn menettäminen. LM 1948 s. 115–140. (Honkasalo 1948)

- Hopt, Klaus J: The European Insider Dealing Directive. *Common Market Law Review* 1990 s. 51–82. (Hopt 1990)
- Huovinen, Sakari: Pörssiyhtiön tiedonantovelvollisuus, sijoittajan odotukset ja media. Tutkimus tiedonantovelvollisuuden oikeudellisista ulottuvuuksista. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004. (Huovinen 2004)
- Häyrynen, Janne: Arvopaperimarkkinoiden väärinkäyttö, Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys 2006. (Häyrynen 2006)
- Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt. Uppsala: Iustus 2001. (Jareborg 2001)
- Joona, Hannu: Sisäpiirintiedon olennaisuus ja hyötymistarkoitus. S. 127–139 teoksessa *Kirjoituksia talousrikosoikeudesta*. Toim. Pekka Koponen – Raimo Lahti – Timo Ojala. Helsinki: Helsingin hovioikeus 2007. (Joona 2007)
- Kariola Raija – Niemelä Jaakko – Angervuo Hannu: Yritys sijoittajamarkkinoilla – sijoittajasuhdetoiminnan haasteet ja mahdollisuudet. Helsinki: WSOY 2004. (Kariola 2004)
- Knuts, Märten: Kursmanipulation i omvandling. *JFT* 5/2004 s. 559–588. (Knuts 2004)
- Knuts, Märten: Information på värdepappersmarknader i USA – Vad kan den gamla världens lära sig av exkursioner i den nya världens historia? Teoksessa *With Wisdom*. Helsinki: Waselius & Wist 2007. (Knuts 2007)
- Korkka, Heli: Hyötykonfiskaatiokanne arvopaperimarkkinarikosten seuraamuksena. *Julkaisematon pro gradu -tutkielma*. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2007. (Korkka 2007)
- Korva, Mika: Vahingonkorvaus informaatiohäiriön seurauksena. *DL* 2004 s. 432–454.
- Kurenmaa, Tero: Sisäpiirintiedon väärinkäyttö. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003. (Kurenmaa 2003)
- Kurenmaa, Tero – Häyrynen, Janne: Arvopaperimarkkinarikokset. Espoo: Poliisiammattikorkeakoulu 2006. (Kurenmaa – Häyrynen 2006)
- Laittoman taloudellisen hyödyn laskeminen ja valtiolle menettäminen eräissä ympäristörikoistapauksissa, Suomen ympäristökeskuksen julkaisu, Helsinki 1997.
- Lappalainen, Juh: Vahingonkorvausvaatimuksesta rikosjutussa. *Prosessioikeudellinen tutkimus*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys 1986. (Lappalainen 1986)
- Matningsdal, Magnus: *Inndragning*. Oslo: Universitetsforlaget AS 1987. (Matningsdal 1987)
- Millington, Trevor – Sutherland Williams, Mark: *The Proceeds of Crime. Law and Practice of Restraint, Confiscation and Forfeiture*. Oxford: Oxford University Press 2003. (Millington – Sutherland Williams 2003)
- Minenna, Marcello: *Insider Trading, Abnormal Return and Preferential Information: Supervising through a Probabilistic Model*. N.45 Febbraio 2001, Commissione Nazionale Per Le Società E La Borsa. (Minenna)
- Määttä, Kalle – Pihlajamäki, Heikki: Rikoksen hinta. *Taloustieteellinen näkökulma rikosoikeushistoriaan*. Helsinki: Talentum / Lakimiesliiton kustannus 2003. (Määttä – Pihlajamäki 2003)
- Määttä, Kalle – Rautio, Jaakko: Hyötykonfiskaatio: nettohyödyn konfiskoinnista laajennettuun hyötykonfiskaatioon. Teoksessa *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen* 3. Toim. Vesa Kannianen – Kalle Määttä. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 1999. (Määttä – Rautio 1999)
- Nuotio, Kimmo: Eurooppalaistuva rikosoikeus. Teoksessa: *EU-oikeuden perusteita II – aineellisen EU-oikeuden aloja ja ulottuvuuksia*. Toim. Tuomas Ojanen ja Arto Haapea. Helsinki: Edita 2007. (Nuotio 2007)

- Nuutila, Ari-Matti: Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 1996. (Nuutila 1996)
- Nuutila, Ari-Matti: Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 1999:89. Teoksessa KKO:n ratkaisut kommentein II/1999. Toim. Pekka Timonen. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 1999. (Nuutila 1999)
- Parkkari, Ville: Osakkeen kurssimuutokset ja sisäpiirintiedon väärinkäyttö oikeuskäytännössä. S. 211–232 teoksessa Kirjoituksia talousrikosoikeudesta. Toim. Pekka Koponen – Raimo Lahti – Timo Ojala. Helsinki: Helsingin hovioikeus 2007. (Parkkari 2007)
- Rautio, Jaakko: Hyötykonfiskaatiokanne. Helsinki: WSOYpro 2006. (Rautio 2006)
- Rudanko, Matti: Arvopaperimarkkinat ja siviilioikeus. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 1998. (Rudanko 1998)
- Samuelsson, Per: Information och ansvar. Om börsbolagens ansvar för bristfällig informationgivning på aktiemarknaden. Stockholm: Norstedt 1991. (Samuelsson 1991)
- Samuelsson, Per – Afrell, Lars – Cavallin, Samuel – Sjöblom, Nils: Lagen om marknadsmissbruk och lagen om anmälningsskyldighet. En kommentar. Stockholm: Norstedt Juridik 2005. (Samuelsson 2005)
- Solimena, Luigi: Italy. Teoksessa Insider Trading in Western Europe. Current Status. Editors Gerhard Wegen and Heinz-Dieter Assman. London: Graham & Trotman and International Bar Association 1994. (Solimena 1994)
- Stout, Lynn A. The Investor Confidence Game. Research Paper No 02-18. University of California, School of Law, Research Paper Series. (Stout 2002)
- Tapani, Jussi: Petos liikesuhteessa. Talousrikosoikeudellinen tutkimus. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004. (Tapani 2004)
- Varian, Hal R.: Intermediate Microeconomics. A Modern Approach. Fourth Edition. New York & London: Norton 1996. (Varian 1996)
- Viljanen, Pekka: Rikoksen tuottaman taloudellisen hyödyn arvioimisesta. S. 523–540 teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI. Toim. Raimo Lahti. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1989. (Viljanen 1989)
- Viljanen, Pekka: Rikoslain uuden 10-luvun mukaisesta hyödyn menettämisestä ja laajenetusta hyödyn menettämisestä. DL 2002 s. 3–20. (Viljanen 2002)
- Viljanen, Pekka: Konfiskaatio rikosoikeudellisena seuraamuksena. Helsinki: Edita 2007. (Viljanen 2007)

Virallislähteet

- HE 36/1920 – Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi rikoslain 2 luvun, 4,5 ja 16 §:n sekä 28 luvun 1 §:n muuttamisesta toisin kuuluviksi. HE 36/1920
- HE 53/1988 – Hallituksen esitys laiksi kaupankäynnistä vakioiduilla optioilla ja termiineillä sekä siihen liittyväksi lainsäädännöksi.
- HE 157/1988 – Hallituksen esitys arvopaperimarkkina-laiksi sekä siihen liittyväksi lainsäädännöksi HE 157/1988
- HE 52/1997 – Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kaupankäynnistä vakioiduilla optioilla ja termiineillä annetun lain muuttamisesta HE 52/1997
- HE 254/1998 – Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslain täydentämiseksi arvopaperimarkkinarikoksia koskevilla säännöksillä
- HE 80/2000 – Hallituksen esitys Eduskunnalle menettämisuraamuksia koskevan lainsäädännön uudistamiseksi HE 80/2000

- HE 137/2004 – Hallituksen esitys arvopaperimarkkinalain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta HE 137/2004
HE 38/2005 – Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi arvopaperimarkkinalain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta HE 38/2005
HE 154/2006 – Hallituksen esitys ryhmäkannelaiksi ja laiksi Kuluttajavirastosta annetun lain muuttamisesta HE 154/2006
TaVM 4/2005 – Talousvaliokunnan mietintö 4/2005 vp – Hallituksen esitys laeiksi arvopaperimarkkinalain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta
KM 1991:48 – Yhdentynvä Eurooppa ja arvopaperimarkkinalait. Arvopaperimarkkinatoimikunnan mietintö. Komiteamietintö 1991:48. Valtion Painatuskeskus 1991.
KM 1989:36 – Sijoittajansuoja arvopaperimarkkinoilla. Arvopaperikauppakomitean II osamietintö. Komiteamietintö 1989:36. Valtion Painatuskeskus 1989.

Ulkomaat:

- Regeringens Prop. 1990/91:42 Om insiderhandel.
Regeringens Prop. 2004/05:142 Marknadsmisbruk.
Regeringens Prop. 2004/05:135 Utökade möjligheter att förverka utbyte av och hjälpmedel vid brott m.m.
Komission ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi sisäpiirikaupoista ja markkinoiden manipuloinnista (markkinoiden väärinkäyttö), KOM(2001) 281 lopullinen, annettu 30.5.2001, EYVL C 240 E, 28.8.2001.
Report Pursuant to Section 308(c) of the Sarbanes Oxley Act of 2002, julkaistu 24.1.2003. (Sarbanes Oxley Report)

Oikeuskäytäntö

- KKO 1999:89
KKO 2004:73
KKO 2006:110
KKO 2007:1
KKO 2008:32
KHO 2002:58
Helsingin HO:n tuomio nro 3808/9.9.1993 (R92/969) – Cultor Oy
Helsingin HO:n tuomio nro 3880/8.9.1994 (Dnro R 93/2387) – Elektrotel Oy
Helsingin HO:n tuomio nro 2505/9.5.1996 (R94/333) – Novera Oy
Helsingin HO:n tuomio nro 3480/10.12.1999 (R98/935) – Amer Oyj
Helsingin HO:n tuomio nro 1722/21.6.2001 (R00/2678) – Kansallisanti
Helsingin HO:n tuomio nro 1738/13.5.2004 (R03/1382) – Talentum Oyj
Helsingin HO:n tuomio nro 1797/31.5.2005 (R02/2654) – YIT-Yhtymä Oyj
Helsingin HO:n tuomio nro 1798/31.5.2005 (R02/4230) – Tampereen Puhelin Oyj
Helsingin HO:n tuomio nro 3938/21.12.2006 (R04/2332) – Nordic Aluminium Oyj
Helsingin HO:n tuomio nro 27/5.1.2007 (R05/2503) – Satama Interactive Oyj
Helsingin HO:n tuomio 5.7.2007 (R06/790) – TJ Group Oyj
Helsingin HO:n tuomio nro 4337/31.12.2007 (R06/3500) – Conventum Oyj
Rovaniemen HO:n tuomio nro 579/23.6.2004 (R04/328)
Turun HO:n tuomio nro 2549/31.10.2005 (R05/513)

Helsingin raastuvanoikeuden rikosasian pöytäkirja ja päätös (tuomio) 18.10.1993 (R 91/8745) – Elektrotel Oy
 Helsingin käräjäoikeuden tuomio nro 14795/30.6.2000 (R00/869) – Siljola
 Helsingin käräjäoikeuden tuomio nro 02/11962 – Tampereen Puhelin Oyj
 Helsingin käräjäoikeuden tuomio 02/7385 – YIT-Yhtymä Oyj
 Helsingin käräjäoikeuden tuomio 03/3219 – Talentum Oyj
 Helsingin käräjäoikeuden tuomio nro 6937/11.7.2003 (R03/1412) – Leskinen
 Helsingin käräjäoikeuden tuomio nro 04/5335 7.6.2004 (R03/6460) – Nordic Aluminium Oyj
 Helsingin käräjäoikeuden tuomio nro 6342/20.6.2005 (R04/10852) – Soon Communications Oyj
 Helsingin käräjäoikeuden tuomio nro 06/903 26.1.2006 (R05/652 – TJ Group Oyj
 Helsingin käräjäoikeuden tuomio 06/9763 18.10.2006 (R06/1266) – Conventum Oyj
 Helsingin käräjäoikeuden tuomio nro 10393/15.11.2006 (R06/1122) – Stonesoft Oyj
 Helsingin käräjäoikeuden tuomio 06/461 19.2.2007 (R06/7237) – Benefon Oyj
 Helsingin käräjäoikeuden tuomio nro 07/3001 23.3.2007 (R05/11225) – Nedecon – Endero Oyj
 Helsingin käräjäoikeuden tuomio nro 07/3834 16.5.2007 (R06/6707) – Kyro Oyj
 Helsingin KäO:n tuomio nro 07/9915 31.10.2007 (R06/3894) – Jippii Group Oyj / Saunalahti Oyj

Ruotsi:

NJA 1992:112 – NJA 1992 s. 691

NJA 1994:73 – NJA 1994 s. 404

RH 1997:82

RH 2005:14

Viranomaispäätökset ja itsesääntelynormit

Rahoitustarkastuksen päätös 21.9.2007 Dnro 8/230/2007

Rahoitustarkastuksen päätös 18.1.2008 Dnro 1/445/2008

Rahoitustarkastuksen päätös 3.3.2008 Dnro 4/445/2008

Arvopaperipörssin säännöt, voimassa 15.2.2007 lukien

KKO:n arkisto

KKO 2006:110 oikeudenkäyntimateriaali: Esitutkintapöytäkirja 6070/R/114125/00.

Internet-lähteet

Arvopaperi –lehden internet-pörssipalvelu, (<http://porssi.arvopaperi.fi/details/details.aspx?id=FISHNOA1V>, viittauspäivä 19.10.2007)

Ohjeellinen taulukko rikemaksun soveltamisesta,

<http://www.rahoitustarkastus.fi/Fin/Saantely/Sanktiot/Rikemaksu/rikemaksut.htm>, viittauspäivä 19.9.2007

Outokumpu Oyj:n lehdistötiedotteet: Outokumpu Oyj:n osavuositarkastus 23.10.2006, Outokumpu Technology Oyj:n osakemyynti ja listautuminen 25.9.2006.
www.outokumpu.com
SEC Litigation release No. 19657 / April 17, 2006 – <http://www.sec.gov/litigation/litreleases/2006/lr19657.htm>;
Tycon lehdistötiedote 15.5.2007 – <http://www.tyco.com/livesite/Page/Tyco/Who+We+Are/Press+Center/Press+Releases+Details/??&DCRID=1952138796>;
Tyco Trial: Jurist Legal News & Research – uutispalvelu, University of Pittsburgh, School of Law – <http://jurist.law.pitt.edu/currentawareness/tyco.php>
Talentum Oyj:n vuosikertomus v:lta 1999 s. 36–37 http://www.talentum.fi/fi/sijoittajille/yritys_ja_markkinat/tulosjulkistukset/vuosikertomukset/vsk1999fin.pdf, viittauspäivä 18.10.2007.

Muut lähteet

VKSV:n haastehakemukset R05/3 (25.1.2005) ja R05/20 (10.6.2005) – TJ Group Oyj
Rahoitustarkastuksen tutkintapyyntöön liite 14, päivätty 7.4.2003 (KRP:n esitutkintapöytäkirjan 2400/R/276/03 liitesivut 399–409) sekä Rahoitustarkastuksen lausunto 27.11.2006 (KRP:n esitutkintapöytäkirjan 2400/R/276/03 Li3 liitesivut 27–31) – Jippii Group Oyj
Rahoitustarkastuksen lausunto 22.12.2004 – TJ Group Oyj
Rahoitustarkastuksen lausunto 9.2.2006 – Benefon Oyj
Prof. Teppo Martikaisen lausunto: ”Julkistamattoman seikan olennaisesta vaikutuksesta arvopaperin arvoon”, asiantuntijalausunto 9.11.1999 Helsingin käräjäoikeuden tapauksessa R00/869. (Martikainen 1999)
Prof. Matti Sillanpään lausunto TJ Group Oyj:n jutussa 5.12.2006
OTT, dosentti Jussi Tapanin lausunto TJ Group Oyj:n jutussa 22.8.2005 (Tapani 2005)
Prof. Pekka Viljasen lausunto TJ Group Oyj:n jutussa 15.8.2005

Kaarlo Hakamies

FORFEITURE OF THE PROCEEDS OF SECURITY MARKETS OFFENCES

This paper deals with forfeiture of the proceeds of security markets offences in the context of the Finnish Penal Code. Especially, the purpose of the paper is to discuss the several methods which have been developed to calculate the proceeds of crime. Finally, the paper proposes one of the methods to be applied to the Finnish legal praxis.

According to the Finnish Penal Code, the proceeds of crime shall be ordered forfeit to the State (chapter 10 sec. 2). The possibility to confiscate proceeds of crime could be seen to be even more significant in security markets offences³⁴⁷ compared to other crimes. In practice, punishments in security markets offences have been fines or conditional imprisonments. The maximum corporate fine amounts to EUR 850,000. On the other hand, the proceeds gained by a security markets offence can easily exceed the maximum corporate fine. In most of the cases, it is challenging to calculate the economic value of the proceeds of security markets offences.

Security markets regulation has a very strong international dimension. The EU has aimed to develop common security markets by integration of regulation. The EU has also aimed to integrate regulation concerning forfeiture of the proceeds of crime. Within the EU countries, however, seem to be several practices to define forfeiture of the proceeds of security markets offences.

Several methods have been developed to define and calculate the proceeds of security markets offences. In USA the Security Exchange Commission (SEC) has developed two econometric models (potential deterministic disgorgement and potential econometric disgorgement) which have been applied in USA. Also Italy has developed its own econometric model (potential probabilistic disgorgement). Sweden, however, is using a non-econometric method, which compares two alternatives: legal and illegal action. In the “Swedish model” the proceeds of crime are defined to be the difference between legal and illegal action.

In Finland, there is no single method applied in the court praxis. The paper proposes that Finland should widely use the Swedish model in defining and calculating the proceeds of securities markets offences.

³⁴⁷ Abuse of insider information (chap. 51 sec. 1), Market price distortion (chap. 51 sec. 3), Security markets information offence (chap. 51 sec. 5)

Jaakko Husa

MUINAISEN OIKEUSTRADITION
JA NATIONALISTISEN
OIKEUDEN KOHTAAMINEN
– KONSTANTINOPOLIN
EKUMEENINEN PATRIARKAATTI JA
TURKKI

SISÄLLYS

1	JOHDANTO.....	121
1.1	Tarkastelunäkökulma ja ongelmanasettelu.....	123
2	EKUMEENINEN PATRIARKAATTI.....	125
2.1	Historiallinen konteksti	125
2.2	Perusta roomalaisessa oikeudessa	130
2.3	Asema yleisessä kanonisessa oikeudessa	131
2.4	Osaksi Osmani-imperiumia	135
2.5	Kutistuvan vähemmistön piispaksi?	139
3	PATRIARKAATIN OIKEUDELLINEN ASEMA TÄNÄÄN.....	142
3.1	Oikeusasema kansainvälisen oikeuden lähtökohdista	143
3.2	Oikeusasema turkkilais-kansallisista lähtökohdista	147
3.2.1	Kysymys ekumeenisuudesta	150
3.2.2	Kysymys omaisuudesta	153
3.2.3	Kiista pappiskoulutuksesta	157
3.2.4	Piispojen nimittäminen ja julkisen vallan puuttuva suojelu	159
4	NATIONALISTINEN TULKINTA VS. NYKYAIKAINEN KANSAINVÄLISOIKEUDELLINEN TULKINTA.....	161
4.1	Mitä vähemmistön suojaaminen tarkoittaa.....	163
4.2	Entä sekularismi?.....	167
5	<i>MENNEISYYDEN NYKYISYYDEN</i> <i>NORMATIIVISEN</i> <i>VOIMAN TUNNUSTAMINEN?</i>	169
5.1	Transnationaalinen oikeustraditio ja ihmisoikeudet.....	169
5.2	Lopuksi – oikeuskulttuurin muutos?.....	172
	LÄHTEET.....	175
	THE MEETING OF AN ANCIENT LEGAL TRADITION AND NATIONALISTIC LAW – THE ECUMENICAL PATRIARCHATE OF CONSTANTINOPLE AND TURKEY.....	67

Muinaisen oikeustradition ja nationalistisen oikeuden kohtaaminen – Konstantinopolin ekumeeninen patriarkaatti ja Turkki

”Schriftliche Überlieferung ist nicht ein Teilstück einer vergangenen Welt, sondern hat sich immer schon über dieselbe erhoben in die Sphäre des Sinnes, den sie aussagt.”¹

Hans-Georg Gadamer

1 JOHDANTO²

Uusien valtioiden syntyessä ja vanhojen hajotessa ajatus oikeudellisesta jatkuvuudesta joutuu koetteelle. Kansainvälinen oikeus sisältää normeja tämälntyyppiisiin tilanteisiin, mutta ne eivät silti poista sitä pohjimaista ristivetoa, joka uuden ja vanhan oikeuden välille jää valtion sisäisesti. Erityisen ongelmalliseksi tilanne tulee, jos rajat muuttuvat ja syntyvien aluekokonaisuuksien sisälle jää aiemman valtiorakenteen tunnustamia oikeustraditioita, joita uusi järjestelmä kieltäytyy joko tunnustamasta tai pitää vanhaa oikeustraditioita oikeudellisessa mielessä merkityksettömänä. Esimerkkejä tällaisista ei suomalaisenkaan lukijan tarvitse hakea kovin kaukaa, kuten saamelaisten maanomistusoikeutta koskevat kiistat osoittavat. Kysymys lienee pohjimmiltaan siitä, miten arvioidaan vanhoja osin kilpailevia oikeustraditioita ja millainen oikeudellinen painoarvo niille annetaan voimassa olevassa järjestelmässä. Mitä vanhemmasta oikeustraditiosta on kyse, sitä hankalammaksi kysymykset muuttuvat. Valtion sisäisesti oikeuslähdeopin tunnustama tapaoikeuden oikeuslähdearvo on tietysti yksi tapa yrittää vastata tähän, mutta useimmissa nykyaikaisissa järjestelmissä tapaoikeuden merkitystä pidetään varsin marginaalisena.

¹ Gadamer 1990, s. 394.

² Kirjoitus- ja tutkimustyön kuluessa olen voinut hyötyä Timo Koivurovalta ja Mirjami Pasolta saamista kommentteista, joista kiitän. Kiitän tutkimusavusta Maija Pitkästä. Kaikki tekstissä esitetty on luonnollisesti yksinomaan kirjoittajan vastuulla.

Joskus kansainvälisillä sopimuksilla voidaan ratkoa tällaisia ongelmia, mutta ne jättävät yleensä tulkinnanvaraa ja tarjoavat niukalti ongelmanratkaisumekanismeja.

On tietysti olemassa lukuisia oikeustraditioita, eivätkä kaikki edes muistuta toisiaan. Oikeustraditioita koskevassa tutkimuksessa niillä on silti havaittu yhtäläisiä piirteitä. *H. Patrick Glennin* oikeustraditioita koskevan teoriankehittelyn mukaan traditio on jotain muuta kuin silkkaa historiaa. Sen ydin on menneisyydestä kumpuava *normatiivisuuden* vaade.³ Traditiolla Glenn viittaa menneisyyden siihen normatiivis-oikeudelliseen osaan, joka on vielä läsnä nykyhetkessä ja jolla on mahdollisuus tulla välitetyksi vielä eteenpäin. Myös *Pierre Legrandin* käyttämä ilmaisu ”the presence of the past” eli *menneisyyden nykyisyys* tai läsnäolo, kuvaa osuvasti traditiopainotteista ja jatkuvuutta korostavaa ei-positivistista oikeusajattelua⁴. Kyse on menneen elävästä ulottuvuudesta nykyisyyteen, joka välittyy eräänlaisena tradition sisältämänä oikeuskulttuurisena informaationa.⁵

Glenn puolustaa ajatusta oikeuskulttuurien ja traditioiden rinnakkaiselosta. Hän korostaa eri oikeustraditioiden keskinäistä riippuvaisuutta ja ei-autonomisia piirteitä. Suurin kritiikin kohde traditioteoriassa on teesi, jonka mukaan eri oikeustraditiot olisivat yhteismitattomia eli niiden ei voisi olla mahdollista käydä dialogia, vaan näistä tulisi aina valita jompikumpi. Kun kyse on oikeudellisesta traditiosta ja viime kädessä hyvin vanhasta tapaoikeudesta, niin ongelmat tiivistyvät usein siihen, että uudemmat positiiviset oikeusjärjestykset pyrkivät marginalisoimaan vanhat oikeustapoihin perustuvat traditiot. Uudet järjestelmät kiistävät traditioiden juridisen oikeutuksen tai niiden perustana olevat tapaoikeudelliset pitkäänkin jatkuneet käytännöt.⁶ Valtiollisen voimassa olevan järjestelmän kannalta sisäinen oikeustraditio voi muodostua kiusankappaleeksi, jos se vaatii itselleen sellaista juridista asemaa, jota valtiollinen järjestelmä ei sille halua myöntää.⁷

³ Nojaan tässä Glennin oikeustraditio-teoriaa arvioivaan artikkeliini *Emancipation or Deprivation for the European Legal Mind?* 2006. Tarkemmin ks. Glenn 2004.

⁴ Legrand 1996, s. 71. Samantapaisesti Bernhard Grossfelt 1990, s. 44: “...law is an expression of cultural experience, of an understanding exceeding that of a single generation”.

⁵ Ks. Glenn 2004, s. 23-26. Sama idea voidaan havaita Gadamerin (1990, s. 285) hermeneuttisessa filosofiansa: “...die Tradition. Das durch Überlieferung und Herkommen Geheiligte hat eine namenlos gewordene Autorität, und unser geschichtliches endlicher Sein is dadurch bestimmt, daß stets auch Autorität des überkommenen – und nicht nur das auch Gründen Einsichtige – über unser Handeln und Verhalten Gewalt hat.”

⁶ Vrt. Glenn 1997, s. 619-620.

⁷ Toisaalta vain harvassa valtiossa on niin monoliittista itseymmärrystä, etteikö olisi myös muita käsityksiä. Patriarkaatin osalta ks. esim. Macar & Gökaçti 2006, s. 27-29.

1.1 Tarkastelunäkökulma ja ongelmanasettelu

Tässä artikkelissa tarkastellaan yhden hyvin omalaatuisen ja historiallisesti erittäin poikkeuksellisen, myöhäisantiikkiin saakka palautuvan, kirkollisen instituution oikeudellista asemaa Turkissa. Tarkasteltava instituutio on Konstantinopolin Ekumeeninen patriarkaatti, joka on pinnistellyt 1920-luvulta lähtien pysyäkseen elossa modernissa Turkin valtiossa, jossa sen asema on ollut kiistanalainen.⁸ Kansallisvaltion positiivisoikeudellinen järjestelmä on osoittautunut jokseenkin riittämättömäksi, tai suorastaan vihamieliseksi. Kansallisvaltiotulkinnan avulla on hahmotettu nationalismiin leimaaman tarkastelukehikon kautta sitä, millainen instituutio patriarkaatti on oikeudellisesti. Millainen sen oikeudellinen asema, sen oikeustraditionaalinen tausta ja kansainvälisoikeudelliset tulkintaperiaatteet huomioiden, on? Patriarkaatin tapaus on antoisa esimerkki, kun halutaan hahmottaa sitä, millaisia ongelmia muinaisten oikeustraditioiden ja iällisesti paljon nuorempien valtiosidonnaisten järjestysten kohtaaminen tuottaa.

Tässä artikkelissa hyödynnetään kirkkohistoriallista ainesta, roomalaista oikeutta, kanonista oikeutta, kansainvälistä oikeutta sekä oikeusvertailevaa materiaalia itsenäisen kannankehittelyn pohjana. Lähestymiskulmaa voi kuvailla oikeushistoriallisesti sensitiiviseksi ja transnationaaliseksi perspektiiviksi.⁹ Tuosta näkökulmasta oikeus piirtyy esiin perusluonteeltaan ei-kansallisena ja se ylittää kansallisvaltioiden rajat sekä alueelliset oikeuskulttuurit, korostaen nykyään erityisesti ihmisoikeuksien kansainvälisiä vaikutuksia.¹⁰ Patriarkaattia lähestytään tässä kirjoituksessa transnationaalisen oikeustraditiona, jolla on muinaiset juuret sekä *de facto* ja *de jure* normatiivinen legitimitetti oman yhteisönsä piirissä. Kirjoituksen itsenäinen oikeusteoreettinen – niin läntisen kuin itäisen teologian tai kirkkohistorioiden viitekehyksistä riippumaton – perusidea, jota tässä

⁸ Vaikka tarkastelu keskittyykin ortodoksisen kreikkalaisvähemmistön kirkolliseen ydininstituutioon, niin on ilmeistä, että monet esiin nostettavat seikat koskettavat myös muita uskonnollisia (mm. islamin vähemmistösuuntaukset, juutalaiset, katolilaiset, protestantit) vähemmistöjä. Nämä muut on jätetty työekonomisista syistä likipitään kokonaan syrjään. Ajantasainen tiivis esitys asiasta ks. Religious Freedom in Turkey 2008.

⁹ Pohjimmiltaan tällaisessa tarkastelussa hylätään valtiokeskeinen näkemys, joka tunnustaa vain valtiot relevanteiksi kansainvälisoikeudellisiksi toimijoiksi. Teoreettisesti transnationaalinen oikeus kiistää kansallisten oikeudellis-historiallisten narratiivien automaattisen legitimitetin ja korostaa sen sijaan oikeuden yhteisiä ylikansallisia ainesosia, jolloin vertailevalla ja globaalilla näkökulmalla sekä ihmisoikeuksilla on erityisen suuri merkitys. Ks. esim. Zumbansen 2006, s. 738-754. Innokkaimmat ovat kehittäneet tätä ideaa ”uuden maailmanjärjestyksen” suuntaan, kuten Slaughter 2004.

¹⁰ Ks. myös Glenn 2006, s. 457-471.

yhteydessä ei pyritä yleisellä oikeusteoreettisella tasolla oikeuttamaan, on *tulkita patriarkaatti oikeustraditioksi*.¹¹

Teema voi herättää lukijassa tiettyjä uumoiluja. Selvyyden vuoksi on syytä todeta, että kirjoittaja ei kuulu ortodoksiseen kirkkoon eikä hänellä muutoinkaan ole lukittua ennakkollista positiota tarkasteltavaan teemaan. Sen sijaan kirjoittaja avoimesti korostaa ihmisoikeusystävällistä katsantokantaa, jonka puitteissa patriarkaatin asemaa tarkastellaan erityisesti vähemmistön uskonnollisten oikeuksien näkökulmasta. Turkin EU-jäsenyyteen liittyvät pohdinnat on rajattu pääosin tarkastelun ulkopuolelle, eikä tarkoituksena ole esittää argumentteja sen enempää mahdollisen jäsenyyden puolesta kuin sitä vastaan. ¹² Itäisen ja pohjoisen Välimeren alue, Bosporin salmi ja Turkki ovat tietenkin maantieteellisesti etäällä Suomesta, mutta tietty kytkentä niillä on myös suomalaisen voimassa olevan oikeuden järjestelmäänkin. Patriarkaatti liittyy toisen virallisen kansankirkkomme kautta sekä teologisen että juridisen yhteyden välityksellä suoraan myös Suomeen. Tämä yhteys antaa teeman käsittelylle suomalaisessa oikeustieteessä yleistä kansainvälistä mielenkiintoa syvemmän perustelun. On myös helppo todeta, että instituutiona patriarkaatti on Suomessa likipitäen tuntematon, eikä siitä ainakaan ole suomalaisessa oikeustieteellisessä kirjoittelussa jälkiä.

Seuraavassa käsittelyssä käydään läpi instituution yleistä historiaa, muinaista oikeushistoriallista perustaa sekä esitellään sen nykytilanne (2).¹³ Tämän jälkeen esitetään relevantein osin kuva instituution oikeudellisesta asemasta sekä kansainvälisen että Turkin oikeuden näkökulmasta (3). Luvussa 3 asetetaan vastakkain patriarkaatin oikeudellista luonnetta ja asemaa koskevat risteävät tulkinnat sekä käsitellään myös eräitä konkreettisia kiistakysymyksiä, joista tärkeimmät koskevat instituution luon-

¹¹ Kyseinen instituutio sisältää suuren määrän oikeudellista käytäntöä ja normatiivista informaatiota, se sisältää myös teoreettisesti jäsenetyn käsityksen itsestään ja paikastaan omassa episteemisessä yhteisössään sekä suhteestaan muihin traditioihin. Ks. Glenn 2004, s. 343.

¹² Tästä lyhyesti ks. Okcuoğlu 2007, s. 497-499.

¹³ Tarkastelussa on hyödynnetty monikielistä lähdemateriaalia (jota on seurattu pääosin loppukesään 2007 saakka) ja sitaattit esitetään siinä muodossa, kuin ne mainituissa lähteissä ovat. Kreikankielisissä lähteissä esiintyy sekä nykyaikaista *dimotiki*-kreikkaa (*δημοτική*) että vanhaa eräänlaista kirkollista *koine*-kreikkaa (*κοινή*), nämä on erotettu jäljempänä tekstissä ”kreik.”- ja ”vanhakreik.”-merkinnöin. Tämä on kuitenkin yksinkertaistettu tapa jäsentää kreikankieltä, ks. tark. Horrocks 1997. Turkkilainen termistö on tässä tekstissä kirjoitettu nykyturkiksi (yeni türkçe), vaikka osa käsitteistä onkin alun perin ottomaaniturkkia (Osmanlica tai Osmanlı Türkçesi). Turkin kielestä ja erityisesti kieliuudistuksista osana nyky-Turkin syntyä ks. Lewis 1999. Turkin kielen monet muunnokset ja eri käyttötavat tekevät kirjallisista lähteistä vaikeasti käytettäviä, mutta oikeuskielessä vakiintuneisuusaste on nykyturkissa ollut kohtuullinen, minkä lienee varmistanut arvovaltainen oikeuskielen sanakirja *Türk Hukuk Lügati* (1943), joka valmisteltiin Turkkilaisen oikeuden yhdistyksen (*Türk Hukuk Cemiyeti*) toimesta.

netta, ortodoksista pappiskoulutusta, patriarkaatin omaisuutta, piispojen nimittämistä sekä julkisen vallan suojeluvuoroitetta. Tämän kirjoituksen ydinkysymys on *patriarkaatin oikeudellinen luonne* ja siihen kiteytyvät risteävät näkemykset (4). Loppuluvussa (5) oikeustradition ja voimassa olevan valtiosidonnaisen oikeuden välistä jännitettä arvioidaan tekemällä eräitä johtopäätöksiä sekä käsitellystä jännitteestä että arvioidaan yleisemmin sisäsyntyisten kilpailevien oikeudellisten kulttuurien jännitteisyyttä.

2 EKUMEENINEN PATRIARKAATTI

Oikeudellisen, niin kuin minkä tahansa, tradition ymmärtämiseksi on oleellista tuntee polku menneisyydestä nykypäivään. Näin oikeustraditiosta nousevan normatiivisuuden vaateen perustaa ja sen potentiaalista oikeutusta on mahdollista arvioida rationaalisesti. Mihin erityiseen perustaan ja pysyviin oikeudellisuonteisiin pitkään jatkuneisiin käytäntöihin traditio voi kiinnittää nykyisyyteen kohdistuvan normatiivisuutensa, on tärkeää arviotaessa tradition oikeudellisuutta. Patriarkaatti ei muodosta tässä suhteessa mitään poikkeusta. On siis tarpeen tarkastella ennen nykyisen oikeusaseman selvittämistä instituution roomalaisoikeudellista, kirkollisoikeudellista ja historiallista viitekehystä ajalta ennen nyky-Turkkia. Tämä edellyttää historiallista sukellusta kauas taaksepäin ajassa.

2.1 Historiallinen konteksti

Kirkkohistoriallisena, yhteiskunnallisena ja kulttuurisena edelleen toiminnassa olevana instituutiona Konstantinopolin Ekumeenisella Patriarkaattilla (vanhakreik. Οἰκουµενικό Πατριρχεῖο Κωνσταντινουπόλεως) on juuret syvällä Bysantin historiassa.¹⁴ Se on itsessään esimerkki siitä, kuinka elinvoimaisia instituutiot voivat olla silloinkin, kun ne joutuvat elämään olosuhteissa, jotka ovat olemassaolon jatkumisen kannalta hyvin vaikeita.

¹⁴ Turkiksi *Rum Ortodoks Patrikhanesi*, josta käytetään usein myös epävirallista nimeä *Fener Rum Patrikhanesi*. Fener (kreik. Φανάρι eli majakka) viittaa Istanbulin (Konstantinopoli) kaupunginosaan Fanar, jossa kreikkalaisortodoksien eliitti on perinteisesti asunut (nykyään lienee alle sata asujaa). Patriarkaatin tärkeimmät tilat löytyvät juuri tuosta kaupunginosasta. Nykyään patriarkan istuin sijaitsee Fanarissa olevassa Pyhän Yrjön kirkossa (Ναού του Αγίου Γεωργίου). Fanarin osmaniajan kreikkalaiseliitistä ks. Clogg 2004, s. 20-25. Kaupungin vanhoissa osissa on edelleen jäljellä runsaasti kirkkorakennuksia, muttei juurikaan kreikkalaisortodoksista väestöä, koska suurin osa asunee nykyään Anatolian puolella moderneilla alueilla (esim. Kurtuluş, Nişantası tai Kadıköy).

Bysantin kirkon johtaja oli Konstantinopolin patriarkka, instituutio jäi muun Bysantin tavoin turkkilaisvallan alle vuonna 1453.¹⁵ Patriarkaatti onnistui pysyttelemään hengissä, ja myös säilyttämään merkittävän osan uskonnollisesta sekä hallinnollisesta auktoriteetistaan, osmanivaltiossa. Osmanien valtiossa sillä oli oma erityinen hallinnollinen asema kreikkaa puhuvan ortodoksiväestön uskonnon, kulttuurin ja kielen kannalta, vaikka se toimikin sulttaanien vallan alaisena.

Traditionsa mukaan patriarkaatin alku lasketaan vuodesta 38, jolloin Apostoli Andreas (kreik. Απόστολος Ανδρέας) saarnasi kaupungissa ja asetti samalla tehtävänsä kaupungin ensimmäisen varsinaisen piispan Stakyksen (kreik. Στάχυς).¹⁶ Käytännössä Konstantinopolin, alun perin Byzantionin ikivanhan kaupungin piispan (vanhakreik. ἐπισκοπή βυζαντίου) asema alkoi nousta varhaiskirkon piirissä merkittävään asemaan vasta sen jälkeen, kun Rooman valtakunta jaettiin kahtia ja Byzantionin Uudeksi Roomaksi (lat. *Nova Roma*, kreik. Νέα Ρώμη) nimitettyyn kaupunkiin syntyi Itä-Rooman valtakunta. Se tultiin myöhemmin tuntemaan lännessä Bysantin nimellä.¹⁷ Bysantti eli itäinen Rooman Keisarikunta (kreik. Βασιλεία Ρωμαίων) oli se imperiumin osa, joka säilyi Länsi-Rooman 400-luvulla tapahtuneen murtumisen jälkeenkin.¹⁸ Yleensä Bysantin synty ajoitetaan hallinnollisen jakautumisen perusteella vuoteen 330. Ilmaisua Bysantti on historiatiiteellisessä käytössä lähinnä siksi, että se ilmaisee eroa Länsi-Rooman ja Itä-Rooman välillä.¹⁹

Tässä tutkielmassa mielenkiinnon kohteena oleva patriarkaatti on mitä leimallisimmin nimenomaan Itä-Roomassa syntynyt ja sen henkiseen sekä kielellis-kulttuuriseen maaperään juurtunut ortodoksis-kirkollinen instituutio. Ilmaisua ortodoksinen kirkko ei kata (tässä) nestoriolaista, koptilaista, syyrialaisortodoksista tai armenialaisortodoksista kirkkoa, jotka kaikki ymmärtävät olevansa myös oikeaoppisia eli ortodoksisia (”oikea”, kreik.

¹⁵ Tapahtumia kuvaa Bellomo 1995, s. 203 seuraavasti: ”as the Byzantine era come to an end the Ottomans, a people hostile to Christianity, loomed and spread terror on the eastern frontiers of Europe”.

¹⁶ Andreasta pidetään Bysantin kirkon perustajana sekä Konstantinopolin ensimmäisenä patriarkkana, ks. tark. Tsirpanlis 2006, s. 22-66.

¹⁷ Paikanvalinnan syistä ja kaupungin strategisesta sijainnista sekä arkkitehtuurista lyhyesti ks. Magno 2002, s. 64-70.

¹⁸ Lienee syytä huomata, että Länsi-Rooman murtuminen toi pakolaisten muodossa paljon hallinnollis-teologista oppineisuutta ja henkilövoimavaroja Roomasta Konstantinopoliin. Ks. esim. Woodhead 2004, s. 76-78.

¹⁹ Terminologia on sekavaa. Bysanttilaiset olivat roomalaisia, mutta kun Länteen perustettiin vuonna 800 ”Rooman Keisarikunta”, niin bysanttilaisia alettiin kutsua kreikkalaisiksi (heidän puhumansa kielen mukaan) roomalaisten sijaan. Osmani-turkkilaisille kyse oli edelleen roomalaisista (turk. rumeli). Ks. myös Roudometof 1998, s. 35.

ορθός, ”oppi”, kreik. δόξα).²⁰ Täsmällisyyden nimessä on syytä huomauttaa, että niin kutsutun Latinalaisen keisarikunnan (1204-1261) aikana Konstantinopolissa toiminutta katolista patriarkkaa ei tule sekoittaa ortodoksisen kirkon patriarkkaan.²¹

Instituution luonteen ymmärtämiseksi on syytä kuvata lyhyesti sitä, millaisessa kulttuuripiirissä se sai muotonsa ja eli. Yleisesti luonnehtien voidaan todeta, että Itä-Rooma oli identiteetiltään roomalainen, vaikka se poikkesi myöhäisantiikin Länsi-Roomasta monin tavoin.²² Noin 1100-luvulle saakka Bysanttilainen imperiumi (kreik. Βυζαντινή Αυτοκρατορία) oli voimatekijä Välimeren alueella. Sen korkeakulttuuri oli omintakeista. Bysantti oli monia kansoja ja etnisiä ryhmiä sisältävä väestöllisesti heterogeeninen kokonaisuus, jota piti kasassa yleisesti hallinnon ja oikeuden kieli eli kreikka sekä ortodoksinen kristinusko.²³ *Alfred J. Andrea* kuvaa tätä kulttuuria sekoitukseksi ”...myöhäisroomalaista itsevaltiutta, itäistä kristillisyyttä ja itäisen Välimeren alueen hellenististä kulttuuria. Bysanttilaiset pitivät itseään roomalaisina, mutta kuuluivat kreikkaa puhuvaan valtakuntaan, joka oli olemassa vuoteen 1453.”²⁴ *R.C. Van Caenegem* tiivistää: ”This state was Roman, Hellenistic, and oriental. It owed to Rome its legal and administrative genius, to Greece its cultural language, its arts and science, and from the Orient come the absolute power of the divine dominus.”²⁵

Itä-Rooma luhistui aiemmasta mahdistaan ja alueellisesta ulottuvuudestaan huomattavasti jo kutistuneena lopulta 1453. Tuolloin osmaniturkkilaiset valtasivat sen Bosporinsalmessa Euroopan puolella sijaitsevan pääkaupungin Konstantinopolin (Κωνσταντινούπολη). Osmanit olivat vahvin niistä sotaisista ja aluettaan laajentavista heimoista, jotka Anatolian alueella olivat

²⁰ Ks. myös Ware 1993, s. 3-4.

²¹ Kyse oli nk. neljännän ristiretken myötä tapahtuneen Konstantinopolin valloituksesta. Sen seurauksena perustettiin heikko ja hajanainen valtakunta, jolla ei ollut menestymisen mahdollisuuksia. Valloitus repäisi niin suuren kuilun ortodoksisen ja katolisen maailman välille, ettei tuota kuilua ole vielä onnistuttu ylittämään, vaikka vuoden 2006 syksyllä tapahtunut Paavin vierailu Turkissa ja Konstantinopolin patriarkan luona näyttääkin nyt ennustavan jonkinlaista eheytymistä (ks. yhteinen Istanbulin Fanarissa 30.11.2006 annettu julistus, Benedictus XVI ja Vartoloméos). Latinalaisen keisarikunnan taustoista ja synnystä perusteellisesti ks. Brand 1968.

²² Kreikkalaista tarkoittava termi γραικός tunnettiin Bysantissa varhain, mutta itse valtakunnasta käytettiin nimeä Roomalainen kuningas-/keisarikunta eli Ρωμαίων βασιλεία. Ks. Christophilopoulou 1993, s. 291-294.

²³ Kyriazopoulou 2004, s. 160.

²⁴ Madden 2005, s. 16.

²⁵ Van Caenegem 1999, s. 35 Oikeuselämästä ja sen kytkenästä kirkkoon Bysantissa ja Kreikassa ks. Husa 2007, s. 111-122.

kääntyneet islamilaisuuteen.²⁶ Heidän valtakautensa kesti aina vuodesta 1299 vuoteen 1923. Kreikkalaisille tämä tapahtuma merkitsi käännettä – *tourkokratian* (τουρκοκρατία) eli pitkän turkkilaisvallan alkua, vaikka jo tätä ennen suuri osa Bysantista oli joutunut pala palalta turkkilaisvallan alle. Viimeiseksi keisariksi jääneen *Konstantinos XI Palaiologoksen* (Κωνσταντίνος ΙΑ΄ Παλαιολόγος) henkilöön on perinteisesti liitetty paljon symboliikkaa ja profetioita, jotka liittyvät turkkilaisvallan päättymiseen ja ortodoksiseen kristinuskoon. Tässä tehtävän tarkastelun kannalta oleellista on, että patriarkaatti jäi nyt hallinnollisesti ja maantieteellisesti islaminuskoisen suurvaltion vallan alle ja sen pääkaupunkiin.²⁷

Konstantinos Suuri oli nimittänyt kaupungin alun perin Uudeksi Roomaksi, mutta tuo nimi jäi syrjään ja siitä tuli ”Konstantinoksen kaupunki” (Κωνσταντίνος + πόλη).²⁸ Alun perin nimi oli siis Byzantion ja se lienee perustettu 667 eaa. Nykyisin kaupunki sijaitsee Turkin tasavallan alueella ja on pääkaupunki Ankaran jälkeen maan toiseksi merkittävin kaupunki. Nimitys Konstantinopoli jäi syrjään virallisesti vasta 1930-luvulla, kun se muodollisesti nimitettiin Istanbuliksi. Läntisten maiden kartoissa kaupungin nimi säilyi kreikkalaisessa muodossa vielä vuosikymmenten ajan. Kreikkalaisille kaupunki on edelleen Konstantinopoli, laajemminkin Istanbul on edelleen maailman ortodokseille teologian näkökulmasta – ei sotilaallisen, poliittisen tai taloudellisen vallan mielessä – Konstantinopoli. Patriarkaatin historia näkyy sen käyttämässä ja ortodoksisen maailman tunnustamassa patriarkan nimessä, joka on kokonaisuudessaan Konstantinopolin ja Uuden Rooman Arkkipiispa sekä Ekumeeninen Patriarkka (kreik. Αρχιεπίσκοπος Κωνσταντινουπόλεως – Νέας Ρώμης και Οικουμενικός Πατριάρχης).²⁹ Nykyinen patriarkka, järjestyksessä jo 270:s, on vuonna 1991 tehtävänsä vain 51-vuotiaana valittu *Vartholoméos I* (Βαρθολομαίος Α΄).³⁰ Hänen kaudellaan

²⁶ Ensimmäinen johtaja oli *Osman Gazi* (1258–1326), jonka mukaan yhteisön jäseniä kutsuttiin nimellä *osmanlı*. Ks. tark. Runciman 1965, s. 29-32.

²⁷ Tosin valtaushetkellä Konstantinopolissa ei ollut enää paikalla patriarkkaa, koska hän (Γρηγόριος Γ΄ Μάμας) oli paennut jo hyvissä ajoin aiemmin Italiaan. Loppuvaiheissa enää sekalainen joukkio kreikkalaisia ja heidän liittolaisiaan Venetsiasta ja Genovasta taisteli ylivoimaista *Mehmet II:n* armeijaa vastaan. Ensimmäinen patriarkka osmani-imperiumissa oli lännen ja katolilaisuuden ankara kriitikko *Gennadius II* (Γεννάδιος Σχολάριος eli Γεννάδιος Β΄). Ks. tark. Runciman 1968, s. 159-161. Ks. myös Arnakis 1952, erit. s. 235-237.

²⁸ Kreikkalainen nimi juontaa juurensa siis *Konstantinos Suuresta* (Μεγάλο Κωνσταντίνο 272–337). Ks. myös Husa 2007, s. 90-94. Perustamisvaiheista tiivistetysti ks. Tsirpanlis 2006, s. 25-31.

²⁹ Koko arvonimi on: ”Hänen Pyhyytensä Konstantinopolin, Uuden Rooman arkkipiispa ja ekumeeninen patriarkka Vartoloméos I” (kreik. Η Αυτού Θειοτάτη Παναγιώτης ο Αρχιεπίσκοπος Κωνσταντινουπόλεως, Νέας Ρώμης και Οικουμενικός Πατριάρχης Βαρθολομαίος Α΄).

³⁰ Henkilökuva saatavissa internetistä suomeksi <http://www.ortodoksi.net/tietopankki/henkilot/patriarkat_ja_piispat/patriarkka_bartolomeos.htm>.

instituutio on tullut aiempaa näkyvämmäksi ja sen kansainvälisen merkityksen voi arvioida selvästi kasvaneen.³¹

Varhaisista vaiheistaan saakka patriarkaatti on ollut elimellisesti kytkeytyneenä kristilliseen kirkkoon. Varhaiskristillinen jakamaton kirkko saattoi olla ensisijassa hengellinen yhteisö, mutta ilman oikeudellista säännöstöä se ei kuitenkaan ollut. Jo varhaisessa vaiheessa se alkoi luoda oikeutta, jolla se sääтели toimintaansa. Erityisen tärkeänä voidaan pitää niin kutsuttua patristista (n. 100–451) aikakautta, jonka kuluessa Välimeren maailman ympärille kiertynyt kristillisuus keskittyi Rooman ja Konstantinopolin kaltaisiin valtakeskuksiin. Kirkollisissa kokouksissa eli synodeissa säädettiin ja määriteltiin kristillisen kirkon perusoppien lisäksi myös kirkollisista ydininstituutioista; vallankäytöstä kirkollisissa asioissa.³² Varsinaisesti 300-luvulla kirkko alkoi organisoitua synodeissa, joista ekumeenisten synodien (kreik. οἰκουμενική σύνοδος) päätösten katsottiin sitovan koko kristikuntaa. Synodien päätöksiin muodostettiin viisi piispanistuinta, jotka olivat Rooman, Konstantinopolin, Aleksandrian, Antiokian ja Jerusalemin piispanistuimet. Nämä saivat patriarkan arvonimen, ja Rooman patriarkka sai periaatteellisen ensijaisuusaseman, muttei virallista valta-asemaa muiden patriarkaattien ylitse.³³ Idän kristillisessä perinteessä korostettiin – ja on sittemmin aina korostettu – patriarkkojen periaatteellista yhdenvertaisuutta, eikä oltu halukkaita rakentamaan Rooman piispan edellyttämää hierarkisempaa järjestelmää.³⁴ Lännen järjestelmä erosi itäisestä, koska siihen

³¹ Patriarkka on ehtinyt kaudellaan vieraila myös Suomessa, viimeksi vuonna 2003. Täällä patriarkka on otettu vastaan julkisen vallan toimesta (esim. 6.6.2003 Tasavallan Presidentti Tarja Halonen) kreikkalaisortodoksisen maailman tärkeimpänä kansainvälisenä edustajana, kuten myös kaikkialla muualla, missä patriarkka vierailee – vain Turkki kiistää tämän aseman koko kreikkalaisortodoksista kirkkoa (ei vain Turkin kreikkalaisortodokseja) edustavana tahona. Patriarkka lienee tulossa vierailulle Suomeen 2010.

³² Ks. Pihlajamäki – Mäkinen – Varkemaa 2007, s. 77-82.

³³ Patriarkka tulee sanoista *πατήρ* ja *ἀρχων* eli kyseessä on mies (isä), joka käyttää omassa perhekunnassaan samantyyppistä valtaa (on ensimmäinen, perimmäinen), kuin roomalaiset katsoivat sisältyvän perheenpään *pater familias* valtaan. Asema uskottiin alun perin varhaisen kristinuskon viiden tärkeimmän uskonnollisen keskuksen piispoille. Asemaa voi kuvata siten, että ”oli muutamilla piispoilla erityinen kunniasija keskinäisessä kanssakäymisessä”, kuten Kirkinen ja Railas toteavat 1982, s. 45. Tästä viiden piispan nk. pentarkiasta (kreik. Πενταρχία) eli ”viiden vallasta” ks. myös Tsirpanlis 2006, s. 51-59 ja Gallagher 2003, s. 164-166.

³⁴ Dunaway (1995, s. 12) kuvailee asiaa seuraavasti: “bishop of Rome, the pope, began to assume a new and greater authority. Finally he declared that he alone was the universal head of the Church. But in the East the original spirit of ‘conciliarity’ was maintained, because the patriarch of the capital city of Constantinople shared equal ranking with the patriarchs of three other ancient cities of the Church: Jerusalem, Antioch, and Alexandria.”

sisältyi selvemmin keskitetty, hierarkkinen ja maallista kuningasvaltaa jäljittelevä valtamalli.³⁵

2.2 Perusta roomalaisessa oikeudessa

Roomalaisen oikeuden kiistaton päälähde on ollut myöhäisantiikissa syntynyt myöhemmin *Corpus iuris civilis* nimellä tunnettu laaja roomalaisen oikeuden myöhäiskodifikaatio, jota Bysantissa kutsuttiin Justinianuksen kodifikaatioksi (vanhakreik. *Ἰουστινιάντειος Κῶδιξ*). Kokoelma koottiin pääosin 530-luvulla Itä-Rooman keisari Justinianus I:n määräyksestä, mutta osa siitä on koottu muutamana seuranneena vuosikymmenenä. Myöhemmälle ajalle *Corpus* on muodostanut roomalaisen oikeuden päälähteen, jonka varaan myöhempi keskiajan oppinut *ius commune* pitkälti rakentui. Kokoelma koostuu neljästä kirjasta, joista neljäs eli *Νεαρές* (lat. *Novellae*) on viimeisimpänä laadittu osa, ja se laadittiin melkein kokonaan Itä-Rooman uudella valtatielellä eli kreikaksi, kun kokoelman kolme muuta osaa on laadittu latinaksi. *Novellae* on sittemmin tunnettu lännessä myös nimellä *Authentica*, joka muodostettiin kuitenkin muokkaamalla ja kääntämällä alkuperäisen kokoelman osia. *Corpus*-kokoelman muut osat levisivät Länsi-Eurooppaan, mutta *Νεαρές* jäi kreikankielisyytensä vuoksi lännessä syrjään – kreikkaa ei juuri osattu lännessä.³⁶

Oikeushistoriallisesti on kiehtovaa, että patriarkaatti voi perustaa oman olemassaolonsa suoraan tähän auktoritatiiviseen roomalaisoikeudelliseen ydinkokoelmaan. *Νεαρές* tunnisti ja tunnusti patriarkaatin ja antoi instituutiolle nimenomaisia valtaoikeuksia ja privilegioita Itä-Rooman valtakunnassa. Itse asiassa instituutiolle on omistettu yksi kokonainen erillisluku. Lakikirjan III. osa (Γ') säätelee ”Suuren Korkea-arvoisen Kirkon” (otsikossa kapitaalikirjaimin *ΑΓΙΩΤΑΤΗΣ ΜΕΓΑΛΗΣ ΕΚΚΛΗΣΙΑΣ*) asemasta ja sisäisestä hallinnosta sekä asioidenhoidosta ”tässä kaupungissa” (*ΤΑΥΤΗΣ ΠΟΛΕΩΣ*) tarkoittaen Konstantinopolia. Säännöksiä on useita sivuja, osa varsin yksityiskohtaisia.

III. osan esipuheosassa (kreik. *Προοίμιον* lat. *Praefatio*) käytetään ilmaisua, jonka mukaan Konstantinopolin piispa on ”tämän keisarillisen

³⁵ Ks. esim. Gallagher 2003, s. 34-35. Paavin nk. primaattiaseman synnystä katolisen kanonisen oikeuden näkökulmasta ks. Feine 1972, s. 108-115.

³⁶ Ks. Husa 2007, s. 138-142; Pihlajamäki – Mäkinen – Varkemaa 2007, s. 56-61. Yleisemmin osana Bysantin historiaa ks. Herrin 2007, s. 71-79.

kaupungin arkkipiispa ja ekumeeninen patriarkka”.³⁷ Patriarkkaa koskeva lakikirjan osa käsittelee varsinaisesti piispojen ja pappien asemaa sekä perimyskysymyksiä, jotka eivät ole tässä tärkeitä. Teeman kannalta on oleellisinta havaita patriarkaatin olemassaolon ja patriarkaatin ekumeenisen luonteen suorat ja kiistämättömät *roomalaisoikeudelliset juuret*, jotka eivät ole oikeustraditiona yksinomaan palautettavissa ortodoksiseen kanoniseen oikeuteen. Tästä huolimatta kanonisella oikeudella on erityisen merkittävä asema arvioitaessa patriarkaattia oikeustraditioiden näkökulmasta, eikä sitä voida tässä yhteydessä tietenkään ohittaa.

2.3 Asema yleisessä kanonisessa oikeudessa

Kaanon (”sääntö”, kreik. κανών) viittaa sekä läntisen että itäisen kristillisen kirkon kirkko-oikeuteen.³⁸ Kaanoneilla on teologinen, oikeudellinen ja historiallinen ulottuvuus. Näistä kaksi viimeksi mainittua ovat tässä keskeisellä sijalla. Myös ensin mainittu on väistämättä jollain tapaa läsnä, koska kirkollisoikeudellisen tradition luonteen ymmärtäminen edellyttää myös eräiden teologisten ulottuvuuksien ymmärtämistä.

Jakamattoman kristikunnan kaudelta peräisin olevat ekumeenisten ja alueellisten kokousten päätökset ovat keskeisessä oikeuslähteen asemassa kanonisessa oikeudessa.³⁹ Vuoden 381 Konstantinopolissa pidetyssä vanhan ajan ekumeenisessa synodissa (II ekumeeninen kirkolliskokous) päätettiin 3. kaanonissa, että koska Konstantinopoli oli uusi Rooma, sen piispa ”nauttii kunnia-aseman etuoikeuksista Rooman piispan jälkeen” (vanhakreik. ”τὰ προεβεία τῆς τημῆς μετὰ τὸν τῆς Ῥώμης ἐπίσκοπον”).⁴⁰ Kaanonin ilmauksen ”jälkeen” (μετὰ) voi ymmärtää tarkoittavan joko sitä, että Rooma on arvojärjestyksessä ensimmäinen ja sitten tulee Uusi Rooma, mutta sen voi myös ymmärtää (ortodoksisen tulkintaperinteen mukaan) siten, että

³⁷ Teksti kuuluu: ”ἀρχιεπισκόπῳ τῆς βασιλίδος ταύτης πόλεως καὶ οἰκουμένην πατριάρχῃ”. Latinankielisessä toisinnossa instituution luonne ilmaistaan sanoilla *universal patriarchae* (Nov. III Pr.).

³⁸ Ortodoksisesta kanonisesta oikeudesta Suomen näkökulmasta ks. esim. HE 89/2000 kohta 1.2.

³⁹ Ks. Pihlajamäki – Mäkinen – Varkemaa 2007, s. 79-81. Kanonisen oikeuden luonteesta ja tietystä vastakohtaisuudesta maalliselle laille (kreik. νόμος) ks. Viscuso 2006, s. 2-3.

⁴⁰ Κανὼν Γ’. Kaanonin ”ensimmäisen kunnia-asemasta” ks. myös Patsavos 1995, s. 18-19. Toisesta ekumeenisesta synodista yleisemmin ks. Hore 2003, s. 166-203.

se viittaa vain ajalliseen ulottuvuuteen, eikä ilmaise periaatteellista tai opillista vanhan Rooman etusija-asemaa.⁴¹

Konstantinopolin rinnakkaista kirkollista asemaa vanhan Rooman rinnalla voi tukea ainakin kahdella myöhemmällä ekumeenisissa kokouksissa hyväksytyllä kaanonilla. Vuoden 451 ekumeenisessa synodissa (IV ekumeeninen kirkolliskokous) edelleen vahvistettiin kaanonissa Konstantinopolin asemaa kristikunnan arkkipiispojien istuinten joukossa. Kaanonin mukaan Konstantinopolin tuli nauttia vastaavista privilegioista kuin vanha keisarihallinnallinen Rooma eli Konstantinopoli nostettiin Rooman rinnalle kristillisen kirkon sisäisessä hierarkiassa.⁴² Asema vahvistui edelleen vuoden 691-692 synodissa (Trullon ekumeeninen kirkolliskokous) annetulla kanonilla, jolla taataan myös Rooman ja Konstantinopolin piispojien yhdenvertainen asema.⁴³ Nämä synodit ja niissä hyväksytyt kaanonit antavat Konstantinopolin patriarkalle kirkollisoikeudellisesti ekumeenisen eli ortodoksisen kirkon piirissä yleisesti hyväksytyin aseman.⁴⁴ 2000-luvulla instituution ekumeenista luonnetta tukee siis painava historiallisen jatkuvuuden argumentti; ortodoksisen kirkon keskus on voitu sijoittaa Konstantinopoliin jo yli 1600 vuoden ajan.⁴⁵ Silti patriarkkaa ei pidetä samanlaisena erehtymättömänä

⁴¹ Tulkintamahdollisuuksista ja ortodoksisen kanonisen oikeuden käsityksistä ks. Gallagher 2003, s. 168-171 (hän selostaa kanonisti *Theodore Balsamonin* vaikutusvaltaisia tulkintoja μετά-kysymyksestä). Katolisen kirkko-oikeuden näkökulmasta koko pentarkia-asetelma ymmärrettiin väljemmin, ks. Feine 1972, s. 102-104.

⁴² Tässä vallitsee erimielisyys kanonien pätevyyydestä. Katolinen kirkko hyväksyi vain 27 synodissa annettua kaanonina (tuolloisen Rooman arkkipiispan päätöstä noudattaen). Vuoden 1054 jälkeen ortodoksinen kirkko on katsonut myös kokouksessa annetun 28. kaanonin (myös kaanonit 29 ja 30) päteväksi. Kaanonissa 28 (καὶ τῆς Νέας Ῥώμης ἀγιωτάτου θρόνου). Konstantinopoli on siis kirkollisessa mielessä Uusi Rooma, joka ”tulee seuraavana” tai ”on olemassa järjestyksessä toinen (vanhasta Roomasta seuraava)” (vanhakreik. ”...ὡς ἐκείνην μεγαλύνεσθαι πράγμασι, δευτέραν μετ’ ἐκείνην ὑπάρχουσαν...”). Kaanonissa toistuu useampaan kertaan (eri muodoissa) ilmaisu ”samat etuoikeudet” (vanhakreik. ”... τῶν ἰσῶν ἀπολαύουσαν προεβείων”). Ks. myös Tsirpanlis 2006, s. 49-51. Kaanonien tulkintaan liittyi sekin, että vain harvoin oli löydettävissä täysin yhtäpitäviä termejä sekä kreikaksi että latinaksi, ks. Runciman 1965, s. 16.

⁴³ Kaanoni 36:n (καὶ τῆς Νέας Ῥώμης) mukaan: ”...säädämme, että Konstantinopolin istuimella on samat privilegiot kuin Rooman istuimella ja, että se (Konstantinopolin istuin) arvostetaan sellaisenaan korkealle, ja se on olemassa toinen (arvojärjestyksessä Rooman jälkeen)” (vanhakreik. ”...νομοθετηθέντα, ὀρίζομεν, ὥστε τὸν Κωνσταντινουπόλεως θρόνον τῶν ἰσῶν ἀπολαύειν προεβείων τοῦ τῆς προεβυτέρας Ῥώμης θρόνου, καὶ ἐν τοῖς ἐκκλησιαστικοῖς, ὡς ἐκείνον, μεγαλύνεσθαι πράγμασι, δευτέρον μετ’ ἐκείνον ὑπάρχοντα...”). [Katolinen kirkko on omaksunut myös tästä kaanonista eri näkemyksen, ks. myös Gallagher 2003, s. 41-45.]

⁴⁴ Myös muita kanoniseen oikeuteen nojaavia perusteita on esitettävissä, ks. näistä tark. Beck 1995, s. 32-53.

⁴⁵ Nimitystä (koko muodossaan ”Ekumeeninen Konstantinopolin Patriarkka”) alettiin pyysvästi käyttää vuodesta 595 alkaen, kun patriarkka *Ioannis Nestevtis* (Ἰωάννης ὁ Νηστευτής) omaksui vakiintunutta käsitystä vastaavan arvonimen.

auktoriteettina uskonkysymyksissä, kuin katolinen kirkko pitää paavia, vaan hänen valtansa on pehmeämpää ja perustuu periaatteelliseen ja hengelliseen vanhemmuusasemaan.⁴⁶ Patriarkkaa ei siis voi pitää minään ”ortodoksisena paavina”, eikä tästäkään syystä minkäänlainen Vatikaanivaltiota vastaava ratkaisu nyky-Turkissa ole mahdollinen – edes patriarkaatin itsensä näkökulmasta.

Rooman patriarkka – jota sittemmin alettiin siis pitää uskonkysymyksissä erehtymättömänä – sai valtapiirinsä alle koko läntisen Euroopan (mistä johtuu nimitys Lännen Patriarkka), muttei itää, jossa Konstantinopolin patriarkka oli edelleen arvostetuin kirkonpäämies.⁴⁷ Katolisen kirkon valtavaateiden kannalta Konstantinopolin patriarkka oli ”des gefährlichsten Rivalen Roms”, kuten *H. E. Feine* suhdetta kuvailee.⁴⁸ Läntisen kristinuskon pääasiallisiksi alueiksi tulivat Ranska, Saksa, Alankomaat ja Pohjois-Italia, näiden keskuksena toimi vanha Rooma.⁴⁹ Rooma alkoi seuraavina vuosisatoina vaatia itselleen yleisesti ylivertaista asemaa ja katsoi omistavansa ylimmän auktoriteetin, jonka taas kirkon itäinen puoli torjui yhdenvertaisuutta korostavalla näkemyksellään.⁵⁰ *J. M. Hussey*n sanoin:

”the Roman Church was the ‘*caput et mater ecclesiarum*’, there was no question of *primus inter pares*... the views of the western reformed Church and those of the Byzantine Patriarch were diametrically opposed.”⁵¹

⁴⁶ Englanninkielisissä lähteissä käytettävä ilmaisu ”primacy of honour” kuvaa hyvin tätä asemaa; se ei rinnastu paaviin, vaan on pehmeämpää – juuri tällaiseen valtaan viittaa *ekumeeninen*, kun sitä käytetään Konstantinopolin patriarkan yhteydessä (ks. käsitteeseen liittyvästä keskustelusta Gallagher 2003, s. 166-167 av. 45). Tämä ei silti sulje pois sitä, että patriarkkaa voi pitää kreikkalaisortodoksisen uskonyhteisön esikuvallisena tai symbolisena johtajana; kreikkalaisortodoksisen kirkon arvostettuna puhemiehenä. Patriarkaatin tästä asemasta ks. tark. Meyendorff 1987.

⁴⁷ Lännen patriarkka-ajatuksen synnystä ja taustoista ks. Meyendorff 1989, s. 327-332. (Nykyinen paavi ilmoitti vuoden 2006 maaliskuussa luopuvansa käyttämästä arvonimeä ”Lännen Patriarkka”, mikä toisaalta voi herättää kysymyksiä siitä, haluaako Rooma taas ulottaa valtansa ”koko kirkon yli”.)

⁴⁸ Feine 1972, s. 113.

⁴⁹ Ks. Pihlajamäki – Mäkinen – Varkemaa 2007, s. 86.

⁵⁰ Ks. esim. Hussey 1986, s. 297-299, 325. Muodollis-teologisesti kiista kiinnittyi Nikean uskontunnustukseen tehtyyn *filioque*-lisäykseen (ks. myös Pihlajamäki – Mäkinen – Varkemaa 2007, s. 86), jota ei ole syytä tarkastella tässä. *Filioque*-keskustelu (saiko Rooma lisätä nikealais-konstantinopolilaiseen tunnustukseen sen, että Pyhä Henki lähtee Isän lisäksi myös ”ja Pojasta”) on selvästi enemmän teologian kuin tässä tehtävän oikeudellisen tarkastelun alaan kuuluvaa, joten siihen ei ole syytä puuttua senkään vuoksi enempää.

⁵¹ Hussey 1986, s. 133. Ortodoksisen kirkon kanonisen oikeuden näkökulmasta on tuskin ongelma myöntää, että paavi on ensimmäinen, mutta tällä tarkoitetaan enemmänkin kunnia-asemaa kuin hallinnollista tai kurinpidollista asemaa.

Rooman piispan eli paavin (lat. *papa*) antamat unilateraaliset päätökset opillisista asioista eivät tulleet hyväksytyksi idässä, jossa vierastettiin Rooman valtopyrkimyksiä. Skisman nimellä tunnetun eriytymiskehityksen vuoksi kirkot jakautuivat muodollisestikin kahteen osaa vuonna 1054. Idän kirkon piirissä tarvittiin myös jonkinlaista henkistä johtajuutta. Ratkaisuksi tähän Konstantinopolin patriarkkaa alettiin vuonna 1204 pitää idässä ”ensimmäisenä samanarvoisten joukossa” (kreik. πρώτος μεταξύ ίσων, lat. *primus inter pares*).⁵² Konstantinopolin arkkipiispasta oli nyt tullut idän kristillisen kirkon ekumeeninen patriarkka, asema joka tuolla instituutiolla edelleenkin on ortodoksisen kirkon maailmassa.⁵³ Ehkä on silti syytä erikseen todeta, ettei patriarkka ollut Bysantissakaan puhtaasti hengellinen johtaja. Käytännössä kirkon hallinto Bysantissa oli läheisesti kietoutunut keisarin maalliseen hallintoon.⁵⁴ Tämä oli tärkeää instituution myöhempää kehitystä silmällä pitäen.

Osmanivaltauksen jälkeen bysanttilainen imperiumi lakkasi olemasta, mutta Konstantinopolissa säilyi vahva kreikkalaisvaikutus erityisesti kaupankäynnin ja hallinnon alueella. Osmanien valtio oli islamilainen, mutta se salli nk. kirjan kansojen (arab. ahl al-kitāb) uskontojen (erityisesti kristityt ja juutalaiset) harjoittaa uskontoaan ja hoitaa omien uskonyhteisöjensä

⁵² Sittemmin Antiokia lipesi idän rintamasta ja ikään kuin siirtyi Rooman arkkipiispan leiriin. Ks. tark. Runciman 1968, s. 234-237. Skismasta lyhyesti ks. Meyendorff 1982, s. 27-30.

⁵³ Autokefaalisia (itsenäisen ja muista kirkoista hallinnollisesti riippumattoman aseman) omaavia ovat mm. Bulgarian, Georgian, Kreikan, Serbian ja Venäjän kirkot. Autonomiset kirkot, kuten Suomen ortodoksinen kirkko, toimii kuten autonomiset kirkot yleensä (myös Viro) jonkin autokefaalisen kirkon hengellisen hallinnon alaisuudessa. Suomen kirkko toimii autonomisena kirkkona Konstantinopolin patriarkaatin hengellisessä alaisuudessa. Laki ortodoksisesta kirkosta säättää 1 § (985/2006), että kirkolla on perinne ja yhteys ekumeenisen patriarkaatin kanssa: ”Suomen ortodoksinen kirkko perustuu Raamatun, perimätiedon, ortodoksisen kirkon dogmien, kaanonien ja muiden kirkollisten sääntöjen varaan. Suomen ortodoksinen kirkko muodostaa Suomen valtakunnan alueella paikalliskirkkona toimivan arkkipiispakunnan. Kirkko on kanonisessa yhteydessä Konstantinopolin apostoliseen ja patriarkaaliseen ekumeeniseen istuimeen sillä tavalla kuin ekumeenisen patriarkan 6 päivänä heinäkuuta 1923 tekemässä päätöksessä on ilmaistu.” Ortodoksisen kirkkoon kuuluu myös erillisiä hiippakuntia (mm. Unkari, Australia). Suomen kirkko siirtyi Tomos-asiakirjalla (Τόμος) vuonna 1923 Moskovan alaisuudesta Konstantinopolin patriarkaattiin, siirtymisestä lyhyesti ks. Kirkinen ja Railas 1982, s. 209-212. [Käytännössä autonomisuus tarkoittaa, että kirkko voi järjestää sisäiset asiansa paikallisiin olosuhteisiin sopivalla tavalla, siten etteivät ne kuitenkaan ole ristiriidassa kanonisen oikeuden kanssa. Juridiikan näkökulmasta autokefaalisuus ja autonomisuus on vaikea määritellä, koska eri aikoina ja eri henkilöiden tulkintemina ne saavat joustavina käsitteinä hiukan erilaisia sisältöjä.] Kirkkojärjestyksessä (65 § 174/2007) todetaan lisäksi, että arkkipiispan vaalin vahvistaa ekumeeninen patriarkka, jota ennen kirkollishallituksen tulee ilmoittaa arkkipiispan vaalin tulos patriarkalle. Näistä säännöksistä voidaan myös johtaa patriarkan oikeus tulla informoduksi lainsäädännön muutoshankkeista, varsinkin jos ne koskevat myös patriarkaattia itseään – mainitaanhan patriarkka suoraan muodollisesti voimassa olevissa julkisoikeudellisissa säädöksissä.

⁵⁴ Ks. esim. Hussey 1986, s. 299-303.

asioita edellyttäen, että nämä yhteisöt säilyivät lojaaleina osmanivallalle ja maksoivat ankarat veronsa.⁵⁵ Kirjan uskontojen edustajat saivat organisoitua *millet*-nimisiin yhteisöihin, joita olivat ortodoksisten kreikkalaiskristittyjen eli roomalaisten (*Rum*) *millet*, kristittyjen armenialaisten *millet* ja juutalaisten *millet*. Valtion väljän hallinnollisen rakenteen perustana olivat siis viime kädessä eri väestöryhmät ja heidän uskontonsa.⁵⁶ Tällaiseen hallintomalliin sisältyi, muslimiväestön ylivoimaisesta enemmistöasemasta huolimatta, tietynlainen vallanpitäjien joihinkin asioihin kohdistuva suvaitsevaisuus toisia etnisiä, uskonnollisia, kielellisiä ja kulttuurisia ryhmiä kohtaan. Osmanivaltio oli tässä suhteessa kulttuurisesti, jos ei nyt suoranaisesti salliva, perimmiltään pluralistinen valtiomalli.⁵⁷

2.4 Osaksi Osmani-imperiumia

Osmani imperiumin tai Osmanikalifaatin (turk. Osmanlı Devleti tai Osmanlı İmparatorluğu) olemassaolo sijoittuu ajanjaksolle 1299–1923 eli se syntyi satoja vuosia patriarkaatin jälkeen. Sitä voidaan kutsua myös turkkilaiseksi imperiumiksi tai muillakin nimillä (Korkea Portti, turk. Babi Ali, diplomaattikielessä usein vain Portti, ransk. Porte).⁵⁸ Vaihtelevista nimistä huolimatta se oli olemassaolonsa ajan monia kansallisuuksia ja uskontoja sisältävä heterogeeninen ja väljätkö valtiomuodostelma. Sen suurimman poliittis-sotilaallisen vallan kausi sijoittuu 1600- ja 1700- luvuille. Tietyissä mielessä sitä voidaan pitää Välimeren alueella aiemmin valtaa pitäneiden suurten imperiumien eli Rooman ja Bysantin eräänlaisena seuraajana, vaikka se olikin perustaltaan islamilainen osmaniturkkilaisien valtio.⁵⁹ Tuon valtion osana oli siis kreikkalaisortodoksien muodostama ”roomalaisten kansakunta”. Miten heidän asemansa oikein syntyi? Konstantinopolin viimein osmaniturkkilaisille vallannut *Mehmet II* ilmeisesti käsitti, että jopa

⁵⁵ Ks. tark. Runciman 1968, s. 165-185. Ks. myös Clogg 2004, s. 7.

⁵⁶ Ks. myös Arnakis 1952, s. 238. On ehkä syytä tuoda esiin, että tässä ilmaisu *Rum* viittaa sanatarkasti roomalaisiin, ei siis kreikkalaisiin. Turkiksi Kreikka on *Yunanistan* ja kreikkalainen on *yunan*. Tässä mielessä Turkki kutsuu patriarkkaa siis Fanarin Roomalaisten Patriarkaksi, jolloin se samalla välttää kätevästi ilmaisemasta patriarkan ekumeenisuutta, Konstantinopolia tai patriarkan kreikkalaisuutta. Myös kreikkalaiset itse kutsuvat kieltään joskus nimellä *roméika* (ρωμέικα), halutessaan korostaa historiallista yhteyttään Itä-Roomaan. Ks. B. D. Joseph 2005 s. 152.

⁵⁷ Ks. myös Kucukcan 2003, s. 479-484. Kyse ei todellakaan ollut nykyisiä tasa-arvokäsityksiä vastaavasta yhdenveroisuudesta, ks. esim. Clogg 2004, s. 14-15.

⁵⁸ Alkuperäisilmaisu *Bâb-i âli* on ottomaaniturkkia ja se yhdistää kaksi arabiankielen sanaa ”korkea” ja ”portti”, jotka on yhdistetty persialaisella i’llä (kreik. Ψηλὴ Πύλη).

⁵⁹ Ks. tark. Finkel 2005, passim.

tietyissä mielessä suosimalla kreikkalaisia ortodoksikristittyjä hän samalla minimoisi sen riskin, että nämä tähyisivät länttä kohti.⁶⁰

Rum-i-milletin johtaja (turk. millet basi, kreik. εθνάρχης) oli ekumeeninen patriarkka, joka myös vastasi *milletin* käyttäytymisestä henkilökohtaisesti vastuullisena sulttaanille.⁶¹ Tämä vastuu tarkoitti sitä, että mikä tahansa laajempi epälojalisuus tai kapinointi osmanivaltiota vastaan johti patriarkan henkilökohtaiseen vastuuseen, viime kädessä teloittamiseen. *Georgiades Arnakis* on kuvannut tilannetta seuraavin sanoin: ”The patriarchs had to be on their guard constantly because the shadow of the hangman loomed over the golden horn.”⁶²

Patriarkan aseman oikeudellisen perustan tulivat myöhemmin muodostamaan *berat*-nimiset eräänlaiset nimityskirjat, joissa asema ortodoksisen kirkon päänä vahvistettiin aina erikseen, kun valittiin uusi patriarkka. Konstantinopolia koskevat – kalliilla rahalla myönnetyt – *berat*-asiakirjat olivat luonteeltaan yleisesti sitovia, kun taas muita kristillisiä kirkkojen johtajia koskevat asiakirjat olivat erityisiä. Varhaisin tällainen asiakirja on vuonna 1604 annettu Konstantinopolin patriarkkaa koskenut *berat*.⁶³ Näiden lisäksi asema voitiin perustaa oikeudellisesti ainakin kahteen *ferman*-nimiseen oikeudelliseen asiakirjaan, joissa taattiin patriarkaatin johtava asema oman *milletin* keskuudessa.⁶⁴ Muutoin bysanttilainen normisto säilyi voimassa, kreikkalaisortodokseja koskevana, myös osmanikaudella, jolloin patriarkan synodi oli oikeusasioissa viimeinen muutoksenhakuaste.⁶⁵

Millet-järjestelmässä kreikkalaisortodoksit muodostivat ensimmäisen *milletin* ja patriarkka oli *de jure* ja *de facto* johtaja.⁶⁶ Kun osmanien valtio

⁶⁰ Ks. Arnakis 1952, s. 236. Ks. myös Herrin 2007, s. 319-320.

⁶¹ Ks. Clogg 2004, s. 10-11. Ks. myös Arnakis 1952, s. 243-244.

⁶² Arnakis 1952, s. 236. [Lainauksessa mainittu paikka eli Kultainen Sarvi (kreik. Χρυσόν Κέρας, turk. Haliç) on Konstantinopolin perinteinen satamakaupunginosa, joka on myös perinteisesti ollut kreikkalaisortodoksien asuinalueita. Fanar sijaitsee tuolla alueella.]

⁶³ Ks. Papadopoulos 1990, s. 27-29. Patriarkaatin oikeudellis-hallinnollisesta asemasta yleensä ks. emt. s. 32-39. Keskeisimmät kymmenen asiakirjaa löytyy kreikankielisinä käännöksinä Elisabeth A. Zachariadoun (Ελισάβετ Α. Ζαχαριάδου) teoksesta *Kymmenen turkkilaisista Suurta Kirkkoa koskevaa dokumenttia (Δέκα τουρκαϊκά έγγραφα για την Μεγάλη Εκκλησία 1483-1567)* (1996). Berateista ks. myös Arnakis 1952, s. 237-238; 241-242.

⁶⁴ *Ferman* oli osmanihallitsijan (tai ylipäänsä islamilaisen hallitsijan) antama eräänlainen asetus tai tärkeä hallinnollinen säädös. Kreikkalaisten kannalta erityisen tärkeitä olivat sulttaanien *Bayezit II:n* (1483) ja *Suleiman Suuren* (1525) antamat asetukset, ks. Ζαχαριάδου 1996, s. 157-159. Ks. myös Arnakis 1952, s. 246-247; Clogg 2004, s. 11.

⁶⁵ Yiannopoulos 1993, erit. s. 6-7.

⁶⁶ Ks. esim. Kucukcan 2003, s. 483. Osmani-turkkilaisen hallinnon ja kristinuskon suhteesta yleensä valtauksen jälkeen ks. Ducellier 1995, s. 6-49. Itse asiassa jo ennen kaupungin valtausta kaupunkia valtaansa havitellut sulttaani *Mura II* oli luvannut vastaavia etuja kreikkalaisille ja patriarkaatile. Kansankreikaksi kirjoitettujen ja säilyneiden osmani-

alkoi yhä pahemmin murentua sisäisesti 1800-luvulle tultaessa, myös patriarkan asema heikkeni. Kuihtuvasta imperiumista irtautui pala palalta uusia valtioita, joissa tunnustettiin ortodoksista kristinuskoa. Vastareaktion kehitykseen patriarkaattikin alkoi tulkita tehtävänsä nationalistissävytteisesti, mikä sai patriarkan näyttämään erityisen moitittavalta instituutiolta 1900-luvulla nousevan nationalistisen nuorturkkilaisuuden silmissä. Asemaa heikensivät myös ortodoksikristittyjen keskinäiset kamppailut nousevia kansallisia kirkkoja kannattavien ja patriarkaattia korostavien kesken.⁶⁷ Vuonna 1908 Yhteisyyden ja Kehityksen Komitea (eli Nuorturkkilaiset, turk. Jöntürkler) nousi valtaan osmanivaltiossa.⁶⁸ Sittenmin kemalismim nimellä tunnettu poliittinen aatesuunta korosti tasavaltaisuutta, nationalismia (turk. milliyetçilik), populismia, valtiojohtoisuutta, sekularismia ja yleistä uudistusmielisyyttä.⁶⁹ Eräs keskeisistä nationalistisen politiikan alkuperäisistä tavoitteista oli turkkilaistaa kristityt vähemmistöt. Myöhemmin tuo aie muuntui suoraviivaiseksi pyrkimykseksi ajaa, tai muutoin poistaa, kaikki muuta kuin turkkia äidinkielenään puhuvat ei-muslimit Turkista.⁷⁰

Nuorturkkilaisten huolella oli todellisia kiinnekohtia kreikkalaisessa poliittisessa ajattelussa, joka nautti varsin suurta suosiota itsenäisen Kreikan alueella. 1820-luvulla itsenäistyneessä Kreikassa eläteltiin ulkopoliittisesti aggressiivista ihannetta, niin kutsuttua Suurta Ideaa (kreik. Μεγάλη Ιδέα), jolla haluttiin yhdistää kaikki kreikkaa puhuvat ortodoksit yhdeksi suurvaltioksi. Suuren Idean yhtenä osana oli kuvitelma Konstantinopolista suurkreikan pääkaupunkina. Kun ensimmäinen maailmansota päättyi, kreikkalaiset näyttivät olevan lähellä ekspansionistisen unelmansa toteutumista, mikä näkyi erityisen selvästi Sèvresin rauhansopimuksessa.⁷¹

asiakirjojen mukaan patriarkalla tuli olla oikeustoimivalta roomalaisten asioissa” (kreik. ”νά ἔχη τὴν κρίσιν τοῦ τὴν Ῥωμαίων”)), ks. myös Arnakis 1952, s. 240.

⁶⁷ Bulgariassa oli aseellisia yhteenottoja eri ryhmien (patriarkistit vs. eksarkistit) kesken, ja kreikkalaiset sokeutuivat myös näihin taisteluihin. Ks. Clogg 2004, s. 68, s. 72-73. Kaikista alueista kiistat kiihtyivät pahimmiksi yhteenotoiksi juuri Bulgariassa.

⁶⁸ Yhteisyyden ja kehityksen komiteasta (turk. İttihad ve Terakki Cemiyeti) sekä nuorturkkilaisesta osmanien perinteistä valtaa vastustaneesta ja uudistusta vaatineesta poliittisesta liikkeestä ks. tark. Hanioglu 1995.

⁶⁹ Itse asiassa aaterakennelmaan (turkkilaisille mieluumminkin *Atatürkçülük* kuin kemalismi) liittyy ideologia Turkista, joka on vapaa osmanien ”epäturkkilaisuudesta”, maasta joka on yksi ja yhtenäinen kansakunta. Ks. Alaranta 2007, s. 317-329.

⁷⁰ Erityisesti Konstantinopolissa nuorturkkilaisuus nousi vahvaan asemaan. Vainon kohteeksi joutuivat kreikkalaisortodoksien lisäksi myös armenialaiset ja syyrialaisperäiset arabit. *Kemal Atatürkin* noustua valtaan maallistumiskehitys vauhdittui radikaalisti, sen eräänlaisena päätepisteenä islamilainen kalifaatti lakkautettiin vuonna 1923. Ks. Perho 2002, s. 92-93.

⁷¹ Sopimuksen ensimmäisen maailmansodan nk. ympärysvallat solmivat sodan päättyttyä vuonna 1920. Siinä luovutettiin alueita Kreikalle (Artikla 84) ja laajennettiin Armeniaa

Sopimus velvoitti Turkin alueluovutuksiin ja suorastaan kannusti Kreikkaa lisäämään sotilaallista painetta. Todellisuudessa Kreikka jäi yksin, eivätkä suurvallat sittenkään tukeneet sitä sotilaallisesti.⁷² Turkille Sèvresin sopimus ja sitä seurannut Konstantinopolin alistaminen ulkovalloille oli nöyryytys, joka viilsi niin syvän haavan turkkilaisten tapaan arvioida Kreikkaa ja ulkovaltoja, ettei tuo haava ole vielä kukaan umpeutunut.⁷³

Kreikka hävisi sittemmin sotilaallisella rintamalla ja Kreikan niin kutsuttu Vähän-Aasian seikkailu – kreikkalaisittain Vähän-Aasian katastrofi (kreik. Μικρασιατική καταστροφή) – sai tylyn lopun. Vuonna 1923 solmittu Lausannen rauhansopimus sai aikaan kansainvälisoikeudellisen järjestyksen, joka lopetti suoranaiset vihollisuudet ja järjesti Kreikan ja osmanien seuraajavaltion Turkin välit oikeudellisesti. Turkki sai koko Vähän-Aasian, Konstantinopoli mukaan lukien.⁷⁴ Vähemmistöt ja erityisesti vähemmistöjen uskonnolliset oikeudet ovat säilyneet yhtenä jatkuvia erimielisyyksiä Turkin ja Kreikan välillä aiheuttavana jännitteenluojana.⁷⁵ Patriarkaatti on ollut alusta saakka näiden ristiriitojen ytimessä, halusipa se sitä tai ei, vaikka erityisesti nykyinen patriarkka on tehnyt paljon työtä näiden ristiriitojen lieventämiseksi.⁷⁶ Historiallisia vihamielisyyksiä on kuitenkin vaikea pyyhkiä syrjään, kuten jäljempänä ilmenee. Turkinkreikkalaiset on 1920-luvulta saakka mielletty valtion ”sisäisinä vihollisina”.⁷⁷

sekä esitettiin mm. mahdollisuus itsenäisen Kurdistanin luomiseen (Section III). Käytännössä Konstantinopoli sekä eräitä muita Turkin osia joutui ympärysvaltojen miehitysvallan alle, minkä turkkilaiset kokivat karvaana nöyryytyksenä. Sopimusta ei käytännössä pantu toimeen, Lausannen sopimus vuodelta 1923 korvasi sen.

⁷² Ks. lyhyesti Skenderis 2004, s. 554-555. Kreikan suhteesta suurvaltoihin juuri Vähän-Aasian katastrofia edeltäviltä vuosilta ks. Leon 1974.

⁷³ Vuosien 1919–1922 aikana turkkilaiset alkoivat mieltää patriarkaatin yhä enemmän suoranaiseksi Turkin viholliseksi, ks. Macar & Gökaçti 2006, s. 7. Tätä edesauttoi sen juuri tuolloin näkyväksi noussut rooli, joka edesauttoi mieltämään kreikkalaisortodoksit ”sisäisinä vihollisina”.

⁷⁴ Tätä ennen patriarkaatin asemaa oli nakertanut Balkanin kirkkojen eriytyminen äiti-kirkosta, Kreikka etunenässä. Ks. Kreikan irtautumisesta Angelopoulou 1984, s. 20-33. Kehityskulun lopputuloksena syntyi vahvasti valtiollisen identiteetin kirkkoja, kuten Kreikan autokefaalinen kirkko (vanhakreik. Ἀυτοκέφαλος ἡ Ἐκκλησία τῆς Ἑλλάδος). Irtautuminen Konstantinopolista ei ollut ongelmaton, ks. tark. Clogg 2004, s. 49.

⁷⁵ Ks. Tsilas 1997, s. 1599-1601.

⁷⁶ Oikeustraditioteorian kannalta voidaan ehkä todeta, että nykyinen patriarkka on hyödynnänyt tehokkaasti sen nyky maailman oikeuskulttuuriin kuuluvan piirteen, joka mahdollistaa oikeudellisen informaation (esim. ihmisoikeusdiskurssin) aiempaa vapaamman liikkumisen (mm. internetissä). Maailmanlaajuinen ortodoksinen yhteisö, joka tunnustaa patriarkan ekumeenisen aseman, muodostaa tässä mielessä oikeustradition normatiivisuuden kasvualustan eli erityisen episteemisen yhteisön. Ks. yleisesti Glenn 2004, s. 40-44.

⁷⁷ Ks. Alaranta 2007, s. 325-326.

2.5 Kutistuvan vähemmistön piispaksi?

Lausannen sopimuksen dramaattinen seuraus oli kreikkalaisten ja turkkilaisten laajamittainen kovakouraisesti toteutettu väestönvaihto. Yli miljoona kreikkalaiseksi luokiteltua siirtyi Kreikkaan ja noin neljä sataa tuhatta turkkilaiseksi luokiteltua siirtyi Turkkiin.⁷⁸ Patriarkka ja muut Istanbulissa elävät kreikkalaisortodoksit jäivät Turkin alueelle ja sen vallan alle. Vastapainoksi Kreikan Traakian alueelle jäi suurehko turkkilaisväestö, joka ei myöskään kuulunut väestönsiirtojen piiriin, kuten eivät myös Imroksen ja Tenedoksen saarten kreikkalaisortodoksit.⁷⁹ Lausannen sopimuksen laatimisvaiheessa turkkilaisten neuvottelijoiden eksplisiittisenä tavoitteena oli häätää patriarkaatti pois alueeltaan ja Konstantinopolista. Muut sopimusosapuolet torjuivat nämä pyrkimykset, jotka vieläkin näyttävät leimaavan modernin Turkin suhtautumista patriarkaattiin ja sen asemaan. *Sir Steven Runciman* on kiteyttänyt tuolloisen kehityskulun päätepisteen klassikkoteoksessaan *Great Church in Captivity* seuraavasti:

”The Greek defeat in Asia Minor meant that the Turks would recover Constantinople; and Atatürk’s conception of government had no place for the miles...Patriarch’s authority was only purely ecclesiastical. He became merely the bishop of a dwindling religious community in a secular state, whose rulers mistrusted and disliked him for his faith and for his race.”⁸⁰

Ei ole ihme, että kreikkalainen ortodoksiväestö on kuihtunut Konstantinopolissa olemattomiin. Kun vielä 1950-luvun alussa heitä oli vielä noin sata tuhatta, niin tänään ikääntyvän vähemmistön määrä on jäänyt alle kolmentuhannen.⁸¹ Maassa, jonka väestö on reilusti yli seitsemänkymmentä miljoonaa (joista 99 % on muslimeja), kreikkalaisen väestön määrä on hä-

⁷⁸ Ks. Clogg 2004, s. 100-104.

⁷⁹ Convention Concerning the Exchange of Greek and Turkish Populations, Lausanne 30.1.1923 (art. 1: Article 2. “The following persons shall not be included in the exchange provided for in Article 1: a) The Greek inhabitants of Constantinople, b) The Muslim inhabitants of Western Thrace”). Imroksen (turk. Gökçeada) ja Tenedoksen (turk. Bozcaada) asemasta säänneltiin Lausannen sopimuksessa (art. 14: ”The agreements which have been, or may be, concluded between Greece and Turkey relating to the exchange of the Greek and Turkish populations will not be applied to the inhabitants of the islands of Imbros and Tenedos”).

⁸⁰ Runciman 1968, s. 407.

⁸¹ Arviot eri lähteissä vaihtelevat neljäntuhannen ja kahdentuhannen välillä. Useimmiten esiintyvä arvio on noin kaksi ja puolentuhatta. Koko Turkissa määrä lienee suurempi, mutta tässäkin on laskutavoissa eroja. Kreikkalaisortodoksit itse arvioivat (Turkin) kokonaismäärän joissain lähteissä jopa noin kuudeksitoistatuhanneksi, kun taas Turkin viranomaisten arviot ovat tätä selvästi pienempiä.

viävän pieni⁸². Erityisen kova kato kävi vuoden 1955 syyskuun 6.–7. päivän karmaisevien tapahtumien seurauksena.⁸³ Tapahtumia kutsutaan sekä turkiksi että kreikaksi samalla nimellä ”syyskuun tapahtumat”, mutta käsitykset tapahtumien luonteesta ja syistä tuntuvat olevan kovin erilaisia.⁸⁴ On selvää, että tuolloin vielä suhteellisen laajan kreikkalaisortodoksien vähemmistön kokema Σεπτεμβριανά on jotain vallan muuta kuin turkkilaisenemmistön *Altı-Yedi Eylül Olayları*. Jotta tapahtumia voidaan jokseenkin tasapainoisesti taustoittaa, voidaan antaa puheenvuoro turkkilaiselle Nobel-palkitulle kirjailijalle *Orhan Pamukille*. Hän on kuvannut rakastamansa kotikaupungin kehitystä 1900-luvun jälkipuoliskolla muistelmallisessa teoksessaan *Istanbul*.⁸⁵ Pamukin kuvausta voi pitää uskottavana siinä mielessä, että hän on turkkilaisuudestaan huolimatta säilyttänyt itsenäisen etäisyyden Turkissa yleiseen nationalistiseen ajatteluun. Hänellä ei toisaalta ole mitään erityistä syytä tuntea ylenpalttista sympatiaa kreikkalaisvähemmistöä kohtaan.

”Lapsuudessani ja varhaisnuoruudessani Turkissa oli vallalla voimakas turkkilaisnationalistinen aate, jonka mukaan Konstantinopoli-sanan käyttö merkitsi, että turkkilaiset eivät kuulu kaupunkiin, että paikan ensimmäiset haltijat tulevat jonain päivänä takaisin ja karkottavat viisisataavuotiset miehittäjät... Turkin hallituksen kulussien takana kiihottamia väkijoukkoja ei kyetty pitämään kurissa... valtion tukemat aktivistit olivat suorastaan kehottaneet ryöstäjiä ryhtymään toimeen, ja niin nämä olivat kahden päivän ajan levittäneet Istanbuliin kauhua ja tehneet kaupungista jopa pahemman helvetin kuin kristityt ja länsimaalaiset voivat pahimmissa-kaan orienttipainajaisissaan kuvitella...”⁸⁶

Useat murhat, laajamittaiset raiskaukset, suurisuuntaiset tuhotyöt ja omaisuuden ryöstelyt tekivät tehokkaasti tehtävänsä ja turkkilaistunut Konstantinopoli muuttui puhtaammin Istanbuliksi.⁸⁷ Muodollisesti tämä oli tapah-

⁸² Muslimeista ylivoimainen enemmistö on sunneja (hanafilaisia, joka on vanhin ja levinnein sunnalaisuuden suuntaus) ja loput alawilaisia (joiden pääpaikka Syyria) tai muita shiialaisia (islamilaisen oikeuden ja uskonnon eri suuntauksista lyhyesti ks. myös Glenn 2004, s. 194–198). Muita kristittyjä vähemmistöjä ovat armenialaiset (ortodokseja), kaldealaiskatoliset, roomalaiskatoliset ja protestantit. Näiden lisäksi maasta löytyy juutalaisvähemmistö. Nykyään kreikkalaisortodoksit ovat pienin kristillinen vähemmistöryhmä. Ks. tark. esim. Oktem 2002, s. 376–400.

⁸³ Clogg 2004, s. 206. Ks. myös Skenderis 2004, s. 564–566.

⁸⁴ Ks. myös Clogg 2004, s. 150; s. 222–223.

⁸⁵ Pamuk 2004.

⁸⁶ Pamuk 2004, s. 299, s. 240 (taustalla olivat Kyprosta koskeneet Turkin ja Kreikan ankarat erimielisyydet). Ks. myös Tsilas 1997, s. 1599.

⁸⁷ Tähän liittyi myös yleisempi kemalistinen kielipoliittinen tavoite puhdistaa ei-turkkilaiset ainekset julkisesta elämästä ja pakottaa myös vähemmistöt puhumaan julkisuudessa vain turkinkieltä. Tästä ks. tark. Aslan 2007, s. 245–272.

tunut jo aiemmin, kun vuonna 1930 oli päätetty, että Konstantinopolista oli tulevaisuudessa myös kansainvälisissä yhteyksissä käytettävä turkkilaista nimeä Istanbul.⁸⁸ Turkkilaisten huoli siitä, että Istanbulia uhkaisi vielä muuttuminen Konstantinopoliksi vaikuttaa ulkopuolisen tarkkailijan silmin suhteettomalta, mutta mitä ilmeisimmin se on kuitenkin todellinen.⁸⁹

Kreikkalaisen vähemmistön tilannetta on kuvattu puolueettomasta näkökulmasta siten, että sen on katsottu olevan ”kuihtuva, vanhentunut ja peloissaan”.⁹⁰ 1940-luvulla omaksuttu erityisen raskaasti kreikkalaiseen, armenialaiseen ja juutalaiseen iskenyt ankara omaisuusvero (*Varlık vergisi*) kuihdutti huomattavasti vähemmistöjen ja aivan erityisesti kreikkalaisortodoksien olemassaolon taloudellista perustaa.⁹¹ Vuonna 1964 tapahtuneet joukkokarkotukset ja oleskelulupien uusimatta jättämiset, koskien turkkilaista kreikkalaisortodoksivähemmistöä joka oli valinnut – harkinta-ajan jälkeen – Kreikan kansalaisuuden Turkin sijaan, pienensivät edelleen kreikkalaisvähemmistöä yli viidellätoista tuhannella hengellä.⁹²

Sittemmin vuosien myötä patriarkaattiin kohdistuneet ekumeenisen aseman kiistäminen, pappisseminaarin lakkauttaminen, kirkollisten virkojen nimityserimielisyydet ja omaisuudensuojan loukkaukset antavat mahdollisuuden tarkastella patriarkaatin jännitteistä asemaa juridisesta näkökulmasta.⁹³ Tämä siitä huolimatta, ettei Turkin järjestelmä tunnusta patriarkaatin oikeushenkilöllisyyttä.⁹⁴ Turkin tapaa kohdella patriarkaattia ja

⁸⁸ Kaupungin nimiproblematiikassa piilee myös osa patriarkaatin vakavia seurauksia saavasta ”imago-ongelmasta”; nyky-Turkissa ilmaus Konstantinopoli herättää valtion taholta suurta ärtymystä – patriarkan nimitys on turkkilaisnationalistisesta näkökulmasta täysin väärä, koska se vihjaa, että Istanbul kuuluisi bysanttilaisille (=kreikkalaisille). Tämänkin vuoksi Turkki pyrkii systemaattisesti käyttämään ilmaisua ”Fenerin kreikkalaisten patriarkka” (ei siis ekumeeninen, eikä Konstantinopolin patriarkka).

⁸⁹ Tähän on vaikuttanut eräiden Kreikan ortodoksisen kirkon johtajien (ja eräiden konservatiivortodoksien) jyrkkä linja, jossa on edelleen haikailtu Suuren Idean perään. Tällaiset Kreikassa ylläpidetyt nostalgiset ja utopistiset unelmat ovat olleet omiaan hankaloittamaan Turkin ortodoksisen kreikkalaisvähemmistön toimintaa ja asemaa, vaikuttaen myös patriarkaattiin. Ks. Oktem 2002, s. 377-378.

⁹⁰ Helsinki Watch, *Denying Human Rights and Ethic Identity* 1992, s. 1.

⁹¹ Ks. lyhyesti Skenderis 2004, s. 567.

⁹² Sinänsä on kansainvälisoikeudellisen valtioseuraantoajattelun mukaista, että uusi valtio tarjoaa mahdollisuutta kansalaisuuteen mm. sellaisille asukkaille, joilla on kiinteät yhteydet edeltäjävaltion alueeseen tai asuinalue sen alueella, ks. Hakapää 2003, s. 262.

⁹³ Tässä ohitetaan muut oikeusongelmat (esim. kidutus, sananvapaus, turvallisuusjoukkojen vastuunpuute) tarkoituksellisesti. Kokonaistilanteesta ks. esim. Yhdysvaltain ulkoministeriön alaisen viranomaisen laatima Turkey: Country Reports on Human Rights Practices 2006, <<http://www.state.gov/drl/rls/hrrpt/2006/78844.htm>>.

⁹⁴ Ks. YK:n ihmisoikeusraportoijan Turkiaa koskeva raportti (2000) kohta 71. Ks. myös Macar & Gökaçti 2006, s. 17.

kreikkalaisortodoksista vähemmistöään kuvaa parhaiten se, että ne nähdään ennen kaikkea erilaisuutta edustavina, ei-muslimina (gayrimuslim).

3 PATRIARKAATIN OIKEUDELLINEN ASEMA TÄNÄÄN

Edellä on käsitelty patriarkan ekumeenista asemaa lähinnä yleisen kanonisen oikeuden välityksellä sekä historiallisesti. Tässä jaksossa asemaa tarkastellaan maallisen oikeuden näkökulmasta. Tällöin keskeisin lähtökohta on Kreikan Vähän-Aasian-seikkailun päättäneet ja Turkin tasavallan synnyttänyt Lausannen rauhansopimus vuodelta 1923.⁹⁵ Sopimuksen valtio-oikeudellinen sekä poliittis-symbolinen merkitys on Turkissa suuri, suurempi kuin muilla kansainvälisillä sopimuksilla. Se on edelleen muodollisesti voimassa olevaa oikeutta Turkissa, jonka alueella patriarkaatti siis edelleen fyysisesti sinnittelee.⁹⁶ Sopimuksella määriteltiin rajat muun muassa Turkin ja Kreikan valtioiden kesken sekä lopetettiin niiden valtioiden välinen sota. Heinäkuun 24. päivänä solmitun sopimuksen osapuolet ovat Turkin lisäksi Iso-Britannia, Ranska, Italia, Japani, Kreikka, Romania sekä Serbo-Kroatia-Slovenia.⁹⁷ Seuraava käsittely on jäsenetty kahteen osaan, jakautuen kansainvälisoikeudelliseen (3.1) ja Turkin oikeuden mukaiseen näkökulmaan (3.2). Juridisessa tarkastelussa on rajauduttu Turkkiin ja sitä koskeviin kansainvälisiin ja kansallisiin normistoihin, eikä patriarkan asemaa arvioida muiden valtioiden kreikkalaisortodoksisten kirkkoa koskevan valtiollisen tai kanonisen oikeuden näkökulmasta.

⁹⁵ Lausannen sopimuksesta on tässä käytetty päälähteenä englanninkielistä versiota (Treaties of Peace 1919-1923, Vol. II 1924), mutta ydinkohdissa on suoritettu kuitenkin vertailua sopimuksen ranskankieliseen versioon (löytyy turkkilaisesta säädöskokoelmasta, *Lozan Sulh Muahedenamesinin kabulüne dair kanunlar*, Istanbul 1931). Turkkinkielistä tekstiä ei ole hyväksikäytetty lähinnä siksi, että se on vain käännös eli se ei ole todistusvoimainen.

⁹⁶ Patriarkaatin kansainvälisoikeudellista olemassaoloa voitaisiin perustella kauemmaksikin kurottaen etsimällä tukea niistä sopimuksista, joihin Turkin edeltäjävaltio oli sitoutunut. Tällaisia ovat erityisesti Küçük Kaynarcan rauhansopimus (1774), Pariisin rauhansopimus (1856) ja Berliinin sopimus (1878). Tässä keskitytään näitä keskeisempään Lausannen sopimukseen, jonka voimassaolosta ja sitovuudesta ei vallitse samanlaisia epätietoisuuksia.

⁹⁷ Toteutumattomassa Sèvresin sopimuksessa (1920) pääsopijoita olivat nk. Suuret Vallat eli Iso-Britannia, Ranska, Italia ja Japani, joiden lisäksi sopijoina olivat liittoutuneisiin kuuluneet muut ympärysvallat (Armenia, Belgia, Kreikka, Hijaz [osa nykyistä Saudi-Arabiaa], Puola, Portugali, Romania, Serbo-Kroatia-Slovenia ja Tšekkoslovakia). Vastapuolena oli sopimuksessa aluemenetyksiin velvoitettu Turkki (joka ei siis koskaan hyväksynyt tätä sopimusta).

3.1 Oikeusasema kansainvälisen oikeuden lähtökohdista

Osmanien hallitusjärjestelmä sekä sen rippeet hävitettiin Turkista 1920-luvulla osana valtiosäännön ja koko oikeuden laajamittaista modernisointiprosessia.⁹⁸ Turkin oikeudessa kansainväliset sopimukset (turk. Milletlerarası andlaşmalar) ovat olleet osa voimassa olevaa lainsäädäntöä. Normihierarkiassa korkeimmalla on ollut perustuslaki (turk. Anayasa), sitä on seurannut parlamenttilainsäädäntö ja sitten kansainväliset sopimukset. On kuitenkin huomattava, että kansainvälisiin sopimuksiin ei ole voitu (eikä voida) soveltaa samanlaista perustuslainmukaisuuden valvontaa kuin tavallisiin lakeihin. Pääsääntöisesti kansainvälisen oikeuden ja kansallisten säädösten välisiä ristiriitoja tulisi ratkoa nojaamalla yleisiin oikeusperiaatteisiin. Vuonna 2004 voimaan tulleen perustuslainmuutoksen mukaan perustavaa laatua olevia oikeuksia ja vapauksia (perus- ja ihmisoikeuksia) koskeville kansainvälisille sopimuksille tulee antaa konfliktitilanteessa etusija. Perustuslain säännöksen mukaan tällaisilla – asianmukaisesti voimaansaatetuilla – sopimuksilla on ”lainvoima” (turk. kanun hükmüdedir).⁹⁹ Edellä sanottu antaa perusteet hahmottaa – nykypäivän ihmisoikeusystävällisessä tulkintakehikossa – Lausannen sopimuksen niitä osia, jotka koskevat vähemmistön perustavaa laatua olevia ihmisoikeuksia, jotka ovat paikoin sitovuudeltaan *jus cogens* normistoon rinnastuvia.¹⁰⁰

Lausannen sopimuksen mukaan (art. 37) sopimuksen artiklat 38-44 tulee tunnustaa perustavanlaatuisina lakeina niin, ettei mikään muu laki, säädös tai julkisen vallan toiminta ole ristiriidassa tai puutu noissa artikloissa oleviin määräyksiin tai mene soveltamistilanteessa niiden edelle.¹⁰¹ Sopimuksen

⁹⁸ Ks. Özbudun 2005, s. 19-23.

⁹⁹ Güriz 2005, s. 4-7. Perustuslain art. 90(5): ”International agreements duly put into effect bear the *force of law*. No appeal to the Constitutional Court shall be made with regard to these agreements, on the grounds that they are unconstitutional. In the case of a conflict between international agreements in the area of fundamental rights and freedoms duly put into effect and the domestic laws due to differences in provisions on the same matter, the *provisions of international agreements shall prevail*” (kursiv. tässä).

¹⁰⁰ Ks. näistä normeista yleisesti esim. Cassese 2001, s. 110-112. Tässä *jus cogens* -tyyppinen vaikutus voisi olla nimenomaan sitä, että vaikka Lausannen sopimuksella olisikin aikoinaan tehty poikkeuksia yleiseen kansainväliseen oikeuteen (kuten Turkki katsoo), niin nykyään näille poikkeuksille ei tule antaa liian suurta merkitystä (jos sopimuksen ihmisoikeudet katsotaan *jus cogens* -normeiksi, niin muu normisto *ei saa* olla ristiriidassa niiden kanssa) – vähemmistöjen uskonnollisten oikeuksien voi katsoa kuuluvan 2000-luvulla alueelle, jossa supistavat tulkinnat eivät ole mahdollisia ihmisoikeuksien perustavan laadun vuoksi. (Ks. tark. jäljempänä luku 4.)

¹⁰¹ Art. 37: “Turkey undertakes that the stipulations contained in Articles 38 to 44 shall be recognised as *fundamental laws* (ransk. “comme lois fondamentales”), and that no law, no regulation, nor official action shall conflict or interfere with these stipulations, nor shall any law, regulation, nor official action prevail over them.”

38 artiklan mukaan hallituksen tulee varmistaa kaikkien Turkissa asuvien henki ja vapaus, riippumatta syntyperästä, kansallisuudesta, kielestä, rodusta tai uskonnosta. Kaikkien Turkissa asuvien tulee olla myös oikeutettuja vapaasti harjoittamaan uskontoaan tai uskomuksiaan, kunhan nämä eivät riko julkista järjestystä ja hyviä tapoja vastaan. Ei-muslimien muodostamien vähemmistöjen tulee nauttia täyttä liikkumis- ja maastamuuttovapautta, ja vain sellaiset näiden oikeuksien rajoitukset ovat sallittuja, jotka liittyvät kansalliseen puolustukseen tai julkisen järjestyksen ylläpitoon.¹⁰² Artikla 39 täsmentää näitä oikeuksia ja nostaa esiin erityisesti yhdenvertaisen kohtelun periaatteen muslimiväestön ja ei-muslimiväestön kesken.¹⁰³ Samat yhdenvertaisuusoikeudet koskevat myös nimenomaisesti julkisiin virkoihin pääsyä sekä ammatin tai toimen harjoittamista (art. 39.3).

Patriarkaatin oikeusaseman kannalta periaatteellisesti tärkeä säännös on 40 artikla, jossa erityisesti (”in particular”, ”Ils auront notamment”) velvoitetaan Turkki turvaamaan sopimuksessa mainittujen vähemmistöjen yhtäläiset oikeudet perustaa ja hallita (toimijoiden omalla kustannuksella) mitä tahansa voittoa tuottamattomia ja sosiaalisia instituutioita, mukaan lukien koulut ja kasvatuslaitokset. Näissä instituutioissa ei-muslimivähemmistöjen tulee olla oikeutettuja oman kielensä käyttöön sekä oman uskontonsa harjoittamiseen. Sopimus (art. 42.2) velvoittaa takaamaan myös täyden suojan (”full protection”, ”toute protection”) näiden oikeuksien harjoittamiseen. Patriarkaattia voidaan hyvin perustein pitää sopimuksen 42 artiklan tarkoittamana uskonnollisena instituutiona (”religious institution”, ”établissements religieux”); ottaen huomioon sopimuksen tarkoituksen ja sopimuksen aikana käydyt keskustelut, muu päätelmä olisi asiaa objektiivisesti tarkastellen epäuskottava.

Lausannen sopimus (art. 44) myös kvalifioi artikloissa 38-44 olevien sääntöjen luonteen ja toteaa niiden sisältämien velvoitteiden olevan oikeudelliselta luonteeltaan kansainvälisiä (”obligations of international concern”, ”obligations d'intérêt international”) ja estää näin niiden unilateraalisen muuttamisen. Turkki myös myöntyi sopimuksessa siihen, että Kansainliiton

¹⁰² Art. 38: ”The Turkish Government undertakes to assure full and complete protection of life and liberty to all inhabitants of Turkey *without distinction* (ransk. ”sans distinction”) of birth, nationality, language, race or religion...shall be entitled to free exercise, whether in public or private, of any creed, religion or belief, the observance of which shall not be incompatible with public order and good morals...Non-Moslem minorities will enjoy full freedom of movement and of emigration, subject to the measures applied...to all Turkish nationals, and which may be taken by the...Government for national defence, or for the maintenance of public order.”

¹⁰³ Art. 39: ”Turkish nationals belonging to non-Moslem minorities will enjoy the *same* (ransk. ”des mêmes”) civil and political rights as Moslems” ja ”All the inhabitants of Turkey, *without distinction* of religion, shall be equal before the law” (kursiv. tässä).

Neuvoston jäsenvaltio voi tuoda näiden artikloiden sopimusrikkomukset tietoon. Turkki niin ikään velvoitautui artiklassa siihen, että mikä tahansa näitä artikloja koskeva sopimuserimielisyys (allekirjoittajaosapuolen tai Neuvoston jäsenen esille nostamana) on luonteeltaan kansainvälinen riita (”an international character”, ”un caractère international”). Näillä menettelysäännöillä ei ole ollut kovin suurta merkitystä, koska käytännössä allekirjoittamisesta lähtien Turkki ja Kreikka ovat syytelleet toisiaan sopimusehtojen rikkomisesta.¹⁰⁴ Yleisessä mielessä kansainvälisoikeudellisesti sekä erityisesti monien sopimuksen artikloiden ihmisoikeusluonne antaa edellä mainituille velvoitteille silti vahvan juridisen painoarvon, kun niitä tarkastellaan *nykypäivän* tulkintakehikosta. Voidaan myös argumentoida sen puolesta, että patriarkaatile pitäisi itse asiassa myöntää jonkinlainen kansainvälisen oikeussubjektin *de facto* asema.¹⁰⁵ Tässä ei kuitenkaan seurata tätä sinänsä mahdollista argumentaatiolinjaa, koska painopiste on patriarkaatin oikeustraditio-ominaisuudessa sekä nykyaikaisessa ihmisoikeuspainotuksessa.

Se, miten näitä edellä mainittuja Lausannen sopimuksen säännöksiä tulkitaan *de facto*, saa aika lailla erilaisen sisällön turkkilaisessa nationalistissävytteisessä oikeuskatsannossa ja toisaalta patriarkaatin asemaa suotuisammin tulkitsevassa kansainvälisoikeudellisesti painottuneessa näkemyksessä. Jos edellä avainkohdiltaan kuvattua Lausannen sopimusta voi pitää luonteeltaan erityisenä kansainvälisoikeudellisena normistona, joka sitoo Turkkiä ja vaikuttaa suoraan patriarkaatin asemaan, niin myös yleisempää kansainvälisoikeudellista säännöstöä voidaan pitää tässä yhteydessä relevanttina.¹⁰⁶ Erityinen painoarvo oikeudellisessa arviossa on annettava kansainvälisille ihmisoikeuksille ja aivan erityisesti Euroopan Neuvoston puiteissa solmituille sopimuksille.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Ks. esim. Clogg 2004, s. 171-173, s. 186, s. 206 ja s. 216.

¹⁰⁵ Tällaisen argumentin esittää tiukasti patriarkaatin puolta pitävä *Joanna Balaskas* 1997, s. 135-170. Toisaalta on huomattava, että tämä vaatii väljää tulkintaa niiden ehtojen osalta, joita kansainvälisen *de jure* oikeussubjektisuuden tunnusmerkistöön yleensä liitetään, ks. esim. Hakapää 2003, s. 103-108. Sen sijaan *de facto* oikeussubjektius vaikuttaa kansainvälisen oikeuden valossa tässä tapauksessa varsin ilmeiseltä.

¹⁰⁶ Ks. myös Skenderis 2004, s. 557-561.

¹⁰⁷ Tämä johtuu tuon ihmisoikeusjärjestelmän tehokkuudesta, vrt. Slaughter 2004, s. 80-82. Toinen tärkeä peruste on, että patriarkaatin asemaa ei tulisi tarkastella nykyaikana vain valtioiden välisen valtiosopimusoikeuden perspektiivistä, vaan myös ihmisoikeusnäkökulmasta, joka irtautuu perinteisestä kansainvälisen oikeuden valtiokeskeisyydestä. Vähemmistöihmisoikeuksien merkitystä ei edes vähennä se, ettei niitä ole eksplisiittisesti kirjattu Euroopan ihmisoikeussopimukseen – samat oikeudet kun kuuluvat *myös* vähemmistöille.

Turkkia velvoittavat monet YK:n puitteissa laaditut kansainväliset sopimukset, joilla useilla on merkitystä arvioitaessa vähemmistöjen asemaa ja oikeuksia nämä sopimukset ratifioineissa valtioissa. Yleismaailmallinen ihmisoikeuksien julistus edellyttää 2 ja 7 artikloissa yhdenvertaista kohtelua riippumatta uskonnosta, alkuperästä tai kielestä. Artikla 18 puolestaan edellyttää suojelemaan muun muassa uskontoa, mukaan lukien oikeus uskonnon harjoittamiseen. Ihmisoikeuksien yleismaailmallisen julistuksen oikeudellista statusta voi pitää kaikkia valtioita kansainvälisen tapaoikeuden muodossa sitovana normistona. Turkki on myös ratifoinut KP-sopimuksen ja TSS-oikeuksia koskevan sopimuksen, joista KP-sopimus sisältää (art. 18) myös uskonnonvapauden. Myös vähemmistöoikeuksia täsmentävä art. 27 on tässä kohtaa relevantti. Sen mukaan henkilöltä ei saa kieltää oikeutta (vähemmistöryhmän jäsenenä) nauttia omasta kulttuurista ja harjoittaa uskontoaan tai käyttää omaa kieltään. ETYJin osapuolena Turkilla on myös velvoite (art. VII) suojella kansallisten vähemmistöjen oikeuksia.

Näiden lisäksi Turkki on sitoutunut Euroopan ihmisoikeussopimukseen (allekirjoitus 1950, voimaan 1954), joka pitää sisällään useita myös patriarkaatin asemaan vaikuttavia ihmisoikeuksia, joista erityisen keskeinen on artiklassa 9 taattu uskonnonvapaus ja oikeus uskonnonharjoitukseen.¹⁰⁸ Turkki ei ole ratifoinut ihmisoikeussopimuksen 12. pöytäkirjaa, mutta tämä ei ole ratkaisevaa asian arvioinnissa. EIT:n tulkintakäytännön mukaan uskonnonvapausoikeus ulottuu yksilöiden lisäksi myös ryhmiin ja organisaatioihin. Tässä yhteydessä merkittävä ihmisoikeussäännös on myös ensimmäiseen Euroopan ihmisoikeussopimuksen lisäpöytäkirjaan kuuluva I artikla ja sitä koskeva EIT:n tulkintakäytäntö, joka antaa ihmisoikeussuojaa kiistatta myös uskonnollisten instituutioiden – olipa näiden muodollisoikeudellinen kansallinen status siten mikä vain – omaisuudelle.¹⁰⁹ Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytännössä on linjattu uskonnonvapauden (ja sen mukana uskonnonharjoittamisen) olevan suorastaan yksi demokraattisen valtion peruspilareista.¹¹⁰

¹⁰⁸ Ks. tark. Pellonpää 2007, s. 513-519. Tässä kirjoituksessa näitä käsitellään yhdessä, vaikka tarkkaan ottaen oikeus uskontoon ja toisaalta oikeus uskonnonharjoitukseen voidaan erottaa toisistaan sillä tavoin, että jälkimmäistä voidaan tietyissä määrätyissä erityisoloissa rajoittaa. Koska rajoitusten täytyy kuitenkin olla ihmisoikeuksien mukaisia (lakisääteisyys, legitiimi julkinen intressi, suhteellisuus), niin tässä tekstissä on päädytty käsittelemään näitä kahta asiaa yhdessä.

¹⁰⁹ Tässä yhteydessä voidaan viitata tapaukseen *Holy Monasteries v. Greece* (9.12.1994), jossa EIT katsoi omaisuudensuojaa tulleen rikotuksi, kun valtio oli ottanut lainsäädäntöteitse, ilman korvausta, haltuunsa eräiden luostarien maa-alueita.

¹¹⁰ EIT:n tapaus *Kokkinakis v. Greece* (24.6.1993), kohta 31 ("one of the foundations of a 'democratic society' within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their

Edellä mainittujen oikeuksien toteuttamisessa on ollut pysyviä rikkomuksia, jotka ovat erityisesti kohdistuneet ei-muslimeihin.¹¹¹ On ilmeistä, että Turkin oikeuskulttuurissa vähemmistöjen asemaa hahmotetaan sellaisesta tulkintakehikosta käsin, jossa painottuvat monet kansalliset ja useimmiten kemalismilla (sekularistinen turkkilaisuutta korostava tasavaltaisuusaate) perustellut painavina pidetyt näkökohdat.¹¹² Turkin linjausten ymmärtämiseksi on tarpeen tarkastella asiaa myös kansallisen oikeuden näkökulmasta.

3.2 Oikeusasema turkkilais-kansallisista lähtökohdista

Tässä jaksossa esitetään tiivistetty kuva patriarkaatin oikeusasemasta siten, että ensin tarkastellaan asiaa yleisellä tasolla ja sitten eräiden konkreettisten pulmakohtien välityksellä. Kaikkia mahdollisia ongelmakohtia tai lukuisia yksittäisiä kiistoja ei voida käsitellä tässä, kuten ei myöskään niitä myönnytyksiä, joita Turkin tasavalta on eräissä asioissa vuosien varrella asiassa tehnyt.¹¹³ Esiin nostetaan pikemminkin ne suorastaan krooniset pulmat, joiden ympärille asiat näyttävät kiertyvän.¹¹⁴

Turkin oikeuden kehitys voidaan jakaa karkeasti kolmeen periodiin, jotka ovat a) osmanien aikainen islamilaisen oikeuden vaihe (1299–1839), b) modernisoituvan ja islamilaisen oikeuden sekoittumisvaihe kutistuvassa osmanivaltiossa (1839–1923) ja c) moderni oikeus Turkin tasavallassa (1924–). Siinä missä kahta ensimmäistä kautta voi luonnehtia pluralistisiksi ja joustaviksi, niin viimeistä kautta voidaan kuvata yhtenäiskulttuuriin pyrkiväksi, oikeuspositivistiseksi ja kansallisvaltiokeskeiseksi.¹¹⁵ Turkkilaista nykyjärjestelmää voidaan monin eri perustein kuvata sekularistiseksi. Turkin oikeudessa modernin tasavallan perustajan *Mustafa Kemal Atatür-*

conception of life”). Uskonnonvapaus – siis myös vapaus olla uskomatta – on tärkeää tietysti myös ei-uskovoille, joiden kannalta sama vapaus on myös tärkeä demokraattisessa yhteiskunnassa.

¹¹¹ Ks. tark. European Commission, Regular Report on Turkey’s Progress Towards Accession 2004.

¹¹² Tämä siitä huolimatta, että nykyään tuomioistuinten on huomioitava EIT:n ratkaisut, ks. Skenderis 2004, s. 581.

¹¹³ Edistysaskeleista ks. esim. Skenderis 2004, s. 581–583.

¹¹⁴ Muut vähemmistöjen ongelmat on jätetty tässä syrjään, mutta ne ovat monesti hyvin samankaltaisia kuin kreikkalaisortodokseilla. Erotuksena on se, että patriarkaatin tapaista nationalistien ”erityistä silmätikkua” ei muilta vähemmistöiltä tunnu löytyvän. Ks. tark. Quest for Equality 2007. Monien vähemmistöjen eräs ongelma on se, ettei niitä tunnusteta edes vähemmistöiksi, koska niistä ei ole erikseen mainittu Lausannen sopimuksessa (esim. protestanttikristityt).

¹¹⁵ Ks. Örüçü 1996, s. 90–95.

kin (1881–1938) oikeusuudistusten yhtenä keskeisenä ideana oli islamin (ja ylipäänsä kaikenlaisten uskontojen) ja modernin Turkin erottaminen toisistaan määräämällä sekularismi (turk. laiklik) yhdeksi keskeiseksi valtiosääntöperiaatteeksi. Tasapuolisuuden vuoksi on myös huomattava, ettei sekularisointi suinkaan ole koskettanut yksin ortodoksista kirkkoa, kuten islamilaisen maailman kalifaatin lakkauttaminen vuonna 1924 osoittaa – tuo traditio kesti melkein 1300-vuotta ja sillä oli vielä lopettamishetkellään symboliarvoa islamilaisessa maailmassa.¹¹⁶ Kemalismi on siis pyrkinyt torjumaan *kaikenlaisia* uskonnollisia tekijöitä, eikä ole suinkaan rajautunut vain vähemmistöryhmien uskontoihin. Suhtautuminen eri uskontoihin on silti epätasaista, kuten jäljempänä ilmenee.

Vuoden 1924 perustuslaki julisti vielä islamin valtionuskonnoksi, mutta jo vuonna 1928 tuo säännös poistettiin, kunnes vuoden 1937 valtiosääntöuudistuksessa sekularismista tuli yksi kuudesta, johtavasta valtiollisesta periaatteesta. Tämä periaate on edelleen osa Turkin voimassaolevaa valtiosääntöoikeutta ja on vahvistettu myös vuoden 1982 perustuslaissa (art. 2). Toisaalta perustuslaki myöntää myös uskonnonvapauden (art. 24).¹¹⁷ Oikeudellisesta sekularismista huolimatta voidaan sanoa, että valtiolla on merkittävä rooli myös uskonnollisissa asioissa, jota se käyttää erityisen Uskontoviraston (turk. Diyanet İşleri Başkanlığı) välityksellä.¹¹⁸ Osmanien aikaisesta pluralismista nykyinen systeemi eroaa eniten siinä, ettei se ole moniaineksinen, vaan pyrkii monin tavoin saamaan aikaan yksikulttuurisen ja yksikielisen järjestelmän, jossa osmanivaltion organisoitumiselle tärkeä uskonto olisi eliminoitu julkisesta elämästä mahdollisimman tarkkaan pois.¹¹⁹

¹¹⁶ On silti huomautettu siitä, että juuri patriarkaatti päätyi kemalistien silmätikuksi; Sèvresin sopimuksen turvin sen hyvin vahvaksi (hetkellisesti) noussut asema oli ikään kuin viimeinen pisara jo valmiiksi patriarkaattia negatiivisesti arvioineille turkkilaisnationalisteille, vrt. Arnakis 1952, s. 250.

¹¹⁷ “Everyone has the right to freedom of conscience, religious belief and conviction” (turk. ”Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir”).

¹¹⁸ Ks. Perustuslain art. 136. Güran 2005 kuvaa sekularismi-periaatteen sisältöä Turkissa seuraavasti (emt. s. 56): ”This principle...requires a neutral position before any religious denomination on the part of the Administration; elimination of religious rules, considerations and influences from the organization and functioning of the legislative, executive and judicial branches of the state; and prohibition of the establishment of a social, economic, political or legal order of the state based on religious rules.” Kyse on periaatteellisesta uskonnollisten sääntöjen ja maallisten sääntöjen muodollisesta erottamisesta. Periaatteella oli monia laajakantoisia seurauksia: arabialaisista kirjaimista luopuminen, länsimaisen pukeutumisen ihannointi ja monien vanhojen perinteisten asujen kieltäminen, gregoriaaniseen kalenteriin siirtyminen ja vapaapäivän siirtäminen perjantailta sunnuntaille (Kucukcan 2003, s. 486-487).

¹¹⁹ Osmanien oikeudellisesta pluralismista ks. lyhyesti Örcü 1996, s. 90-91.

Muutoksista huolimatta on todettu, että historian *de facto* läsnäoloa nykypäivässä ei voi noin vain hävittää, mikä näkyy Turkissa muun muassa poliittisen kulttuurin ja valtiokäytäntöjen tasolla.¹²⁰ Modernikaan Turkki ei kyennyt juurimaan pois syvälle juurtunutta sunnilais-islamilaista enemmistökulttuuria, eikä maallistunut yhteiskunnallinen eliitti ole onnistunut viemään läpi yhteiskunnan kaikkien osa-alueiden maallistumista. Myöskään uskonnon ja valtion erottaminen ei ole tosiasiaa niin pitkällä kuin voisi olettaa, ja valtio määrittääkin monessa tapauksessa myös uskonnollista julkista tilaa.¹²¹ YK:n ihmisoikeusraportoijan vuonna 2000 antamassa Turkia koskevassa raportissa todettiin asiasta seuraavasti:

”...this is a case where a political system based on secularism entrusts public institutions with State prerogative to handle matters relating to one religion, Islam...it seems to promote a single conception of Islam”.¹²²

Tässä suoritettavan tarkastelun kannalta on syytä keskittyä suuriin oikeuskulttuurisiin linjoihin. Osmanien valtio oli siis oikeudellisen pluralismin läpituokema, eikä se ollut 1800-luvulla syntyneen ajattelutavan tarkoitamassa mielessä moderni valtio laisinkaan.¹²³ Suurin oikeuskulttuurinen muutos osmanivallasta Turkin tasavaltaan on ollut pluralismin kitkemispyrkimys ja erilaisuuden heikko sietokyky – juuri tästä löytyvät useimmat patriarkaatin asemaa selittävät seikat nyky-Turkissa.¹²⁴ Kaikkein vaikeimmin ymmärrettävissä – asiaa ulkopuolelta tarkasteltaessa – on ollut Turkin halu kieltää patriarkan ekumeeninen asema, koska se sijaitsee puhtaasti siinä uskonnollisessa sfäärissä, jonne sekularistisen oikeusjärjestyksen ei pitäisi kantavien perusperiaatteidensa mukaan edes ulottua.¹²⁵ Istanbulin yliopiston professorin *Niyazi Oktemin* sanoin:

¹²⁰ Ks. Kucukcan 2003, s. 476.

¹²¹ Ks. Kucukcan 2003, s. 506. Ks. myös Glenn 2004, s. 213-214.

¹²² Raportin kohta 16.

¹²³ Ks. myös Nousiainen 1993, s. 58-59.

¹²⁴ On selvää, että merkittävä osa liittyy niihin jännitteisiin, joita Turkilla on ollut Kreikan kanssa (turkkilaisvähemmistö Traakiassa, Egeanmeren luonnonvaroja ja alueita koskevat riidat sekä Kyproksen kysymys). Tässä nämä kansainvälisen politiikan alaan kuuluvat tärkeät seikat on jätetty tietoisesti tarkastelun ulkopuolelle ja päähuomio kiinnitetään patriarkaatin oikeudelliseen ja oikeuskulttuuriseen asemaan. Tämä ei silti tarkoita, etteivätkö nämä seikat olisi relevantteja tai tärkeitä – kyse on tarkastelunäkökulmasta.

¹²⁵ Sekularismin horjumisen voi toisaalta ymmärtää islamin kohdalla siksi, ettei se ole vain uskonto, vaan pitää sisällään myös maallisen oikeuden kanssa kilpailevan järjestelmän. ”If religious affairs were left only in the hands of communal organizations without any governmental supervision, Islam would inevitably retain its hold over the society, over its laws, politics, and economics”, sanoo Özbudun 2005, s. 31.

”...the Turkish government does not recognize the Patriarchate’s claimed status – something difficult to understand because this classification should remain a purely Christian matter, meaningless to a state so overwhelmingly Muslim.”¹²⁶

3.2.1 Kysymys ekumeenisuudesta

Arvioitaessa ekumeenisuutta yksi lähtökohta arvioinnin perustaksi on instituution selvästi (roomalaisen ja kanonisen oikeuden sekä ortodoksisen kirkon tradition mielessä) ylikansallinen tai esivaltiollinen luonne. Se näyttää varsin selvästi osoittavan, ettei instituutiota voida juridisesti hahmottaa tasapainoisella tavalla kansallisen järjestelmän näkökulmasta. Sen lisäksi, että patriarkka on Turkin kreikkalaisortodoksien uskonnollinen johtaja, hän on myös Dodekanesian saariston saarten ja Athos-vuoren autonomisen luostariyhteisön sekä Kreetan ortodoksisten kirkkojen kirkollinen johtaja.¹²⁷ Kirkollisen johtajan asema ulottuu myös monien yksittäisten Länsi-Euroopassa olevien, Amerikan ja Australian hiippakuntien ylitse. Varsinaisen kirkollisen johtajuusaseman lisäksi patriarkan hengellinen vanhemmuusasema tunnustetaan kaikissa autokefaalisissa ja autonomisissa kreikkalaisortodoksissa kirkoissa.¹²⁸ Turkki ei kuitenkaan ole antanut tälle noin 260-miljoonaisen kansalliset rajat ylittävän ryhmän vakiintuneelle ja historiallisin perustein vahvalle ylivaltiolliselle *de facto* (ortodoksikirkolliselle) oikeustraditiolle arvoa, vaan on toistuvasti kieltänyt ”Fenerin ortodoksisen patriarkan” ekumeenisen eli transnationaalisen luonteen.¹²⁹ Tämä vallitsevan oikeuskulttuurin linjaus ei ole muuttunut, vaan on säilynyt samana tähän päivään saakka, kuten tärkeä korkeimman oikeuden (turk. Yargıtay) ratkaisu kesältä 2007 osoittaa.¹³⁰ Ratkaisua on syytä tarkastella tarkemmin.

¹²⁶ Oktem 2002, s. 377.

¹²⁷ Athos-vuoren (kreik. Pyhä Vuori, Ἁγία Όρος) luostariyhteisöllä on Kreikassa oikeudellisestikin varsin erityislaatuinen asema. Ks. Husa 2007, s. 119-120.

¹²⁸ Näihin ei siis lasketa kaikkia kirkkoja, jotka käyttävät nimessään ilmaisua ”ortodoksinen” (esim. syyrialaisortodoksinen kirkko tai armenialaisortodoksinen kirkko). Ks. ed. s. 126.

¹²⁹ Ks. esim. Skenderis 2004, s. 576.

¹³⁰ Decision No 2007/5603 Court of Cassation. Ratkaisu on saatavissa englanninkielisenä <http://www.archons.org/pdf/CoC_decision_on_Patriarchate.pdf>. Tuomioistuimen asemasta turkkilaisessa tuomioistuinlaitoksessa ks. sen verkkosivustoa, jossa on myös informaatiota englanniksi <<http://www.yargitay.gov.tr/english/index.php>>. Tuomioistuin on luonteeltaan kassaatiotuomioistuin eli se ei puutu tosiseikkoihin. Se vastaa funktionaalisesti tarkkaan Kreikan Areios Pagos (kreik. Ἀρειος Πάγος) -nimistä kassaatiotuomioistuinta (ks. Husa 2007, s. 266-270).

Ratkaisussa kolmeatoista patriarkaatin hallintoon kuuluvaa jäsentä (patriarkaatin Pyhän Synodin kokouksen jäsenet), mukaan lukien patriarkka, syytettiin valittajana olleen Bulgarian kreikkalaisortodoksiseen kirkkoon kuuluneen papin (*Konstantin Kostof*) pappisoikeuksien kumoamisesta.¹³¹ Synodilla ei väitetysti ollut tuollaista Bulgarian kirkon työntekijään ulottuvaa ylikansallista valtaa. Valittaja oli muodollisesti Bulgarian kirkon palveluksessa, vaikka työskentelikin Istanbulin Kultaisessa Sarvessa sijainneessa kreikkalaisortodoksisessa kirkossa. Tuomioistuin katsoi mainitun vallan puuttuvan patriarkaatin synodilta, minkä vuoksi tuomioistuin moittii synodia. Myös se, että mainittu päätös oli erikseen annettu tiedoksi Bulgarian kirkolle (joka oli päättänyt annettua päätöstä noudattaa) oli erikseen moitittavaa. Lisäksi tuomioistuin moitti sitä, että mainittu lakkauttamispäätös oli annettu tiedoksi myös muiden maiden ortodoksikirkkoille.

Kassaatiotuomioistuimen argumentaatio suuntautuu pääosin ohi varsinaisen oikeuskysymyksen (pappisoikeuksien lakkauttamispäätöksen lainmukaisuus) ja keskittyy patriarkaatin kanonisen (sic!) luonteen pohdintaan. Tämä on tuskin sattumaa, vaan kertoo pikemminkin tuomioistuimen aidosta käsityksestä siitä, mikä on käsiteltävän yksittäisen oikeusongelman taustalla hämmöittävä varsinainen oikeuskulttuurinen ydinkysymys. Tässä peittelemättömän unilateraaliossa argumentaatioissa tuomioistuin korostaa Turkin edustajien Lausannen sopimuksen laatimisvaiheen suullisia neuvottelukannanottoja, joita ei kirjattu itse sopimustekstiin. Toisaalta avainkohdassa tuomioistuin vetoaa sopimustekstiin todetessaan seuraavaa:

”...even in the final text of the Treaty and the annexes of the convention, the name of the Fener Greek Patriarchate had not been mentioned and they had been stated only as the church of minority. Therefore, in terms of their status, they are a minority church. As the Treaty does not include any specific provision of the legal status of the Patriarchate, their status should be determined solely according to the Turkish domestic law by taking as a basis the minutes of the Lausanne negotiations.”

Tuomioistuin vetoaa Lausannen konferenssin aikana käytyihin suullisiin neuvotteluihin ja niissä kirjattuihin Turkin edustajien yksipuolisesti esittämiin lausumiin oman tulkintansa pohjana. Näillä perusteilla tuomioistuin haluaa arvioida instituutiota puhtaasti kansallisen oikeuden perspektiivistä. Ratkaisussa toistetaan myös, että Turkki halusi poliittisena tavoitteenaan

¹³¹ Tämä kirkollishallinnollinen elin eli ”Sisäinen Pyhä Patriarkaatin Synodi” (Ενδημούσα Ιερά Πατριαρχική Σύνοδος) on toiminut hyvin pitkään patriarkaatin yhteydessä, puheenjohtajana toimii patriarkka (ks. myös jäljempänä luku 3.2.4).

patriarkaatin pois alueeltaan, muttei onnistunut tässä tavoitteessaan.¹³² Silti Yarıgıtay haluaa nimenomaisesti tulkita Lausannen sopimusta tuolloisten neuvottelutavoitteidensa valossa siten, että se lukee vähemmistöoikeuksia koskevia artikloita supistavasti, kun kyse on patriarkaatista, koska tästä ei ole erillistä mainintaa itse sopimustekstissä.¹³³ Tulkinta ei siis pohjimmiltaan kiinnity tässä sopimuksen tekstiin tai sen artikloiden sanamuotoihin tai sopimuksen kansainväliseen tarkoitukseen tai päämäärään, vaan yhden sopijapuolen neuvotteluprosessin aikana esittämiin *suullisiin neuvottelulausemiin*, joita ei kirjattu itse sitovaan sopimustekstiin. Tuomioistuin jatkaa patriarkaattia koskevaa kantaansa katsoen sen olevan:

”...religious institution which has no legal personality and which has religious powers only over the members of certain minority in the Turkish Republic...it is completely subject to the Turkish law...it is unacceptable for a sovereign state to implement a law as regards the minorities living on its territories which is different from that applicable to its own citizens and grant them a special status by way of recognizing them with certain privileges which are denied for even the majority...the persons who will participate and get elected in the religious and spiritual elections that will be held in the patriarchate, should be Turkish citizens and be employed in Turkey during the time of elections. This is a clear indication that the Patriarchate does not have the title 'ecumenical'.”

Yarıgıtayn käyttämää *mala fides* -argumentaatiota ei voi suopeallakaan arvioinnilla pitää järin selkeänä, koska se ei avaa oman tulkintansa taustaoletuksia ja se keskittyy perusteluissaan ja arvioinnissaan käsillä olevan oikeusongelman kannalta selvästi sekundäärisiin kysymyksiin.¹³⁴ Tämä tulkinta (kansallinen uskonnollinen instituutio, jolla ei ole oikeushenki-

¹³² Ks. myös Macar & Gökaçti 2006, s. 15.

¹³³ Tuomioistuimen mukaan Turkki pitää patriarkaatin siirtämättä jättämiseen sisältyvän ”verbal actiin”, jonka mukaan patriarkaatti supistuisi puhtaasti alueelliseksi kreikkalais-ortodoksien hengelliseksi instituutioksi (”stripped them off all political and managerial rights and powers”). Tämä unilateraalinen perustelutapa on erityisen avoin kritiikille. Wienin sopimuksen mukaista *good faith* -tulkinta-asennetta noudattavalla tulkintatavalla, voisi tuskin päätellä muuta kuin, että Lausannen sopimuksessa tarkoitettu ”religious institution” tarkoittaa eksplisiittisesti juuri patriarkaatin kaltaista instituutiota. Itse asiassa tässä tulkinnassa ei ole edes välttämätöntä mennä *good faith* -suuntaan, koska jo sanamuodon mukainen tulkinta puoltaa ”patriarkaatti on sopimuksessa mainittu religious institution” lukutapaa.

¹³⁴ Tässä ei väitetä, että ratkaisu olisi Turkin oikeuden vastainen vaan että päätöksessä käytettävä argumentaatio ei vaikuta kestävältä, kun sitä arvioidaan argumentaation selkeyden näkökulmasta. On viitattu siihen, että Turkki kiistää ekumeenisuuden siksi, että se pelkäisi patriarkaatin saavan näin tunnustetun kansainvälisen aseman, joka saattaisi antaa sille enemmän kansainvälistä painoarvoa sekä vahvemman aseman mahdollisissa kansainvälisissä tuomioistuinmenettelyissä, ks. Skenderis 2004, s. 577.

öllisyyttä) on yhä heikommalla oikeudellisella perustalla, jos sitä tulki-taan EIT:n vuonna 2007 antamien kreikkalaisvähemmistön ja sen kirkon omaisuudensuojaa koskevien ratkaisujen valossa. Erityisesti toisen asteen kreikkalaisvähemmistön koulutusinstituutiota koskeva EIT:n ratkaisu näyttää perustuvan sellaisen ihmisoikeuskäsityksen (tulkintaa ohjaavan taustaoletuksen) varaan, jonka mukaan nykyisiä vähemmistöoikeuksia on mahdollista perustella niiden osmanivaltioista saakka jatkuneella juridisella olemassaololla.¹³⁵

3.2.2 *Kysymys omaisuudesta*

Turkkilaisessa oikeudessa varallisuus oikeuden alueella hallinta (turk. zilyetlik) on ollut keskeisessä asemassa, koska se on ollut perinteisesti tärkein tapa osoittaa myös lainmukainen omistusoikeus, vaikka omistaminen ja hallinta ovatkin oikeudellisesti myös Turkin oikeudessa eri asioita.¹³⁶ Hallinnan tosiasiallinen tärkeys on kuitenkin saanut myös kritiikkiä, koska se vaikeuttaa rationaalista maankäytön ja rakentamisen suunnittelua. Moitteista huolimatta tuomioistuimet ovat antaneet painoarvoa myös historiallisille lähteille, joissa hallinta on ollut keskeisessä asemassa, siten tietty oikeuskulttuurinen jatkuvuus on ollut havaittavissa varallisuus oikeudessa. Tuota omistusoikeuden alan jatkuvuutta on kuvattu siten, että nykyisenkin järjestelmän on voitu sanoa kunnioittavan ”vested rights of the time of the Ottoman empire”.¹³⁷ Vanhojen osmanivaltion aikaisten omistusoikeuksien mahdollinen tunnustaminen ei ole ulottunut patriarkaattiin saakka, vaikka sille olisi löydettävissä vahvaa tukea Lausannen sopimuksen vähemmistöjen omistusoikeuksia turvaavista artikloista.

Kiinteästä omaisuudesta on tullut merkittävä oikeudellinen ongelma, koska osmanivallan aikana kiistatta ja dokumentoidusti täysin vakiintuneilta instituutioilta, kuten patriarkaatilta, on alettu vaatia kirjallisia dokumentteja omistusoikeuden todistamiseksi, vaikka sellaisia on mahdoton enää hankkia. Myös Istanbulin kreikkalaisortodoksien kirkon (tai sen pienempien organisaattorien osakokonaisuuksien) tunnustaminen sellaiseksi oikeushenkilöksi, joka voi omistaa kiinteää omaisuutta, on ollut äärimmäisen hankalaa.¹³⁸

¹³⁵ Sama tuomioistuin on antanut eräissä muissa jutuissa joskus myös merkitystä uskonnolliselle (islamilaiselle) tapaoikeudelle, sovittaen sitä yhteen valtiollisen oikeusjärjestyksen kanssa, ks. Örücü 1996, s. 103-104.

¹³⁶ Omistuksesta ja hallinnasta voimassa olevan oikeuden kannalta ks. Ansay 2005b, s. 139-144.

¹³⁷ Örücü 1996, s. 104-105 (lainaus s. 105).

¹³⁸ Juridinen pulma on ollut siinä, että Siviilikoodin art. 100 mukaan säätiöitä ei voi perustaa uskonnollisia tarkoituksia silmällä pitäen. Kiinteän omaisuuden hankinta on myös ollut

Sekularismista huolimatta Turkissa on myös erityinen Säätiövirasto (turk. Vakıflar Genel Müdürlüğü), joka rajoittaa ja valvoo vähemmistöjen uskonnollisia palvontapaikkoja ja instituutioita sekä niiden kiinteistöjen huolto-, korjaus- tai laajennustöitä, jotka kuuluvat ei-muslimille. Tällaisia paikkoja virasto tunnustaa olevan olemassa noin 70, jotka se laskee kreikkalaisortodoksiselle kirkolle (käytännössä siis patriarkaatile) kuuluvaksi.¹³⁹ Vähemmistöjen oikeuksia valvovan riippumattoman Minority Rights Group Internationalin mukaan kyseinen virasto ”exercises an unchecked and arbitrary authority” valvomiensa instituutioiden ylitse.¹⁴⁰

Turkin oikeudessa säätiölle (turk. vakfi) tärkeintä on sen omaisuus, koska sillä ei ole henkilöjäseniä, kumppaneita tai osakkeenomistajia.¹⁴¹ Turkissa on kahdenlaisia säätiöitä, joista toisten katsotaan tulleen perustetuiksi (oikeudellisesti pätevällä tavalla) islamilaisen oikeuden kaudella eli osmanivaltion aikana, niitä säätelevät erityiset lait. Uudempien säätiöiden kohdalla perustaminen tapahtuu tuomioistuimen rekisteröintipäätöksellä. Säätiöitä valvoo edellä mainittu Säätiövirasto.¹⁴² Patriarkaatin ongelmana on ollut se, että sen alaisia instituutiota on tulkittu niiden oikeushistoriallisesta taustasta huolimatta uusiksi, joten ne on jouduttu rekisteröimään tuomioistuimissa.¹⁴³ Voimassa olevaan Siviilikoodiin vetoamalla Säätiövirasto ja tuomioistuimet ovat kieltäytyneet rekisteröimästä patriarkaatin alaisia instituutioita. EIT:n käytäntö asettaa nämä ongelmat uuteen ihmisoikeusvaloon. Ihmisoikeussopimukselle ja sitä auktoritatiivisesti tulkitsevan tuomioistuimen käytännölle on annettava suuri painoarvo, koska sopimuksen 1. artiklan mukaan sopimusosapuolet sitoutuvat takaamaan ”jokaiselle lainkäyttöpiiriinsä kuuluvalla” sopimuksessa määritellyt ihmisoikeudet.¹⁴⁴ Ei ole epäilystä siitä, etteikö patriarkaatti kuuluisi tuon artiklan tarkoittaman ”jokaiselle”-määreen ihmisoikeussuojan sisälle – pitipä Turkki sitä *de jure*

hankalaa tunnustetuille vähemmistöille, koska turkinkreikkalaisten säätiöitä on saatettu pitää ”ulkomaisina”, jolloin hankinta ostamalla, lahjoituksin tai perinnön kautta on ollut miltei mahdotonta. Ks. Greek Helsinki Monitor, Panayte Dimitras, Dwinling, Elderly and Frightened 2000.

¹³⁹ Kucukcan 2003, s. 504 av. 161. Säätiövirasto hallinnoi vähemmistöjen säätiöiden omaisuutta ja se voi myös ottaa haltuunsa ei-muslimisäätiöiden omaisuutta, jos se näkee ongelmia omaisuuden lainmukaisessa siirtämisessä vähemmistöryhmän sisällä. Ks. Turkey: A Minority Policy of Systematic Negation (Helsinki 2006).

¹⁴⁰ Quest for Equality 2007, s. 27.

¹⁴¹ Turkin Siviilikoodi (art. 683) kuitenkin suojaa lähtökohtaisesti omistajan oikeutta päättää omaisuutensa (lainmukaisista) käyttötavoista.

¹⁴² Ansay 2005a, s. 108-109.

¹⁴³ Ks. tark. esim. Macar & Gökaçti 2006, s. 14.

¹⁴⁴ Sopimusosapuolet ”shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms” (art. 1). Käsitteen ”everyone” tulkinnasta ks. Pellonpää 2007, s. 14-15.

oikeushenkilönä tai ei. Myös eri uskontokuntien yhdenvertainen kohtelu edellyttäisi tätä.¹⁴⁵ Samainen yhdenvertaisen kielestä, rodusta, ihonväristä, sukupuolesta, poliittisesta mielipiteestä tai uskonnosta riippumattoman kohtelun periaate on myös kirjattu Turkin perustuslakiin (art. 10).

Tammikuussa 2007 EIT antoi yksimielisen ratkaisun asiassa, jossa turkinkreikkalaisten perinteisen toisen asteen koulutusinstituution eli niin kutsutun Kansakunnan Suuren Koulun (kreik. Μεγάλη του Γένους Σχολή) kiinteistön pakkolunastuksen todettiin olevan ihmisoikeussopimuksen ensimmäisen lisäpöytäkirjan (1 art.) suojaaman omaisuudensuojasäännöksen vastainen.¹⁴⁶ Ihmisoikeustuomioistuimen mukaan Turkin tuli uudelleen merkitä kiinteistö maarekisteriin koulusäätiön nimiin. EIT nimenomaisesti hylkäsi Turkin kassaatioituomioistuimen ennakkotapauksen vuodelta 1974 ja sen perustana olleen lainsäädännön, jossa Lausannen sopimusta tulkittiin siten, ettei se olisi antanut omaisuudensuojaa koulusäätiölle. EIT:n *de facto* kumoama Yargıtayn prejudikaatti (8.5.1974), joka koski turkinkreikkalaista *Balıklı Rum Hastanesi* säätiötä, oli tosiasiasa riistänyt kreikkalaisortodoksien säätiöiltä oikeuden kiinteän omaisuuden lainmukaiseen hankkimiseen. EIT arvioi asiaa toisin; Lausannen sopimusta *tuli tulkita* myöhemmän ihmisoikeussopimuksen valossa.¹⁴⁷

Vuonna 2002 Turkki oli kuitenkin muuttanut omaa lainsäädäntöään asian suhteen, mutta tämä muutos ei ollut ehtinyt vaikuttaa kreikkalaisvähemmistön Kansakunnan Suuren Koulun kiinteistönomistussuhteisiin. EIT katsoi, että säätiö oli tullut perustetuksi (oikeudellisessa mielessä) jo osmanivaltion aikana, joten siltä ei voitu vaatia erikseen rekisteröitymistä siihen liittyvine (mutkallisine) hallinnollisine menettelyineen nyky-Turkissa.¹⁴⁸ Analogisen päättelyn keinoin voidaan saada kiistatta tukea sille, että myös patriarkaatilla

¹⁴⁵ Muslimisäätiöitä ja ei-muslimisäätiöitä valvotaan eri virastoista ja ei-muslimien säätiöiden kohdalla omistusoikeutta on rajattu, hallintoon on puututtu ja niiden oikeuksiin kouluttaa omat pappinsa on puututtu. Ks. esim. Turkey: A Minority Policy of Systematic Negation (2006). YK:n ihmisoikeusraportoiija suositti vuonna 2000 annetussa Turkkiä koskeneessa raportissaan, että Säätiöviraston ei tulisi: "discriminate against Christian minorities... these institutions should cease to deprive these minorities of their property and the resources needed for them to function and to conduct their religious activities" (kohta 160). Ks. myös Skenderis 2004, s. 581.

¹⁴⁶ *Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı c. Turquie* (9 janvier 2007). Ratkaisu koskee nimenomaisesti omaisuutta, jonka säätiö on saanut haltuunsa vuoden 1936 jälkeen.

¹⁴⁷ Näin tietysti silloin, kun tulkinta on ylipäänsä tarpeen. Lausannen sopimuksen (art. 39) mukaanhan Turkin tulisi suojata sopimuksessa mainittujen vähemmistöjen (kreikkalaiset, armenialaiset, juutalaiset) omistusoikeutta.

¹⁴⁸ Tämä kanta löytyy tapauksen tosiseikaston kuvauksesta kohdasta 11 ("Son statut est en conformité avec les dispositions du Traité de Lausanne concernant la protection des anciennes fondations assurant des services publics pour les minorités religieuses. Elle est l'une des fondations créées sous l'Empire ottoman").

itsellään täytyy olla olemassa oikeushenkilöllisyys.¹⁴⁹ Tätä kantaa tukee myös EIT:n uskonnonvapautta koskevan artiklan tulkinkäytäntö.¹⁵⁰ Sen ydin on kuvattu EIT:n tärkeässä ratkaisussa seuraavasti:

”that the right to form an association is an inherent part of the right set forth in Article 11, even if that Article only makes express reference to the right to form trade unions. That citizens should be able to form a legal entity in order to act collectively in a field of mutual interest is one of the most important aspects of the right to freedom of association, without which that right would be deprived of any meaning... States have a right to satisfy themselves that an association’s aim and activities are in conformity with the rules laid down in legislation, but they must do so in a manner compatible with their obligations under the Convention and subject to review by the Convention institutions.”¹⁵¹

Toinen kreikkalaisvähemmistön (ja tätä kautta myös patriarkaatin) kohdalta EIT:n tärkeä omistusoikeuden ihmisoikeussuojaa koskeva ratkaisu annettiin maaliskuussa 2007. Siinä viiden kreikkalaisen Turkista kreikkalaisvähemmistöön kuuluneelta tädiltään perimän kiinteän omaisuuden saannon (kiinteistö ja pieni maa-alue) lainmukaisuus oli kielletty perinnönsaajien

¹⁴⁹ Tästä aiheutuvat käytännön ongelmat voivat olla taloudellisessa mielessä erittäin merkittäviä, koska nyt pitää myös miettiä sitä, miten tulisi käsitellä kolmannelle osapuolelle luovutettuja (alun perin pakkolunastettuja) kiinteistöjä. Kun uskonnollisilla yhteisöillä täytyy tulkita olevan säätiö-oikeushenkilöllisyys, niin niiden osmanivaltion ajalta periytyviä kiinteistöjen omistusoikeuksia ei voi enää torjua sillä perusteella, että niillä ei ole vaadittavaa oikeushenkilöllisyyttä. Kemalistisen sekularistisen ajattelutavan mukaan on toisaalta varmasti hyvin vaikeasti perusteltavissa, että valtion lunastama kiinteistöjä pitäisikin nyt luovuttaa takaisin uskonnollisille vähemmistöyhteisöille (”sisäisille vihollisille”). EIT:n ratkaisu kuitenkin selvästi vie perustaa siltä, että omaisuudensuojaa ei olisi sillä muodollisella perusteella, ettei ole olemassa tiettyä muodollisesti olemassa olevaa oikeushenkilöä, johon omistusoikeus voidaan juridisesti kiinnittää. Ks. myös Regular Report on Turkey’s Progress Towards Accession 2004, s. 40-41. Äskettäin voimaantullut lainmuutos (Law on Foundations No. 5555, 9 November 2006) ei poista korvauksiin liittyviä ongelmia, vaikka muutoin parantaakin aiempaa oikeustilaa.

¹⁵⁰ Tapauksessa *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova* (13.12.2001) eräälle kirkolle ei ollut myönnetty oikeushenkilöllisyyttä, jolloin se ei voinut mm. pitää jumalalanpalveluksia tai olla jutun osapuolena tuomioistuimessa. EIT:n mukaan viranomaiset eivät olleet toimineet puolueettomasti (kohta 123). Myös Moldavian perustelun, jonka mukaan valittajat muodostivat ”romaniaalaismielisen ryhmän”, joka oli vaarana valtion sisäiselle turvallisuudelle EIT hylkäsi epäuskottavana (kohta 125. ”As for the possibility that the applicant Church, once recognised, might constitute a danger to national security and territorial integrity, the Court considers that this is a mere hypothesis which, in the absence of corroboration, cannot justify a refusal to recognise it”). EIT:n mukaan uskonnonharjoitus tapahtuu erilaisissa yhteisöissä, jolloin näiden muotojen sijaan pitäisi harjoittaa kokonaisvaltaisempaa ihmisoikeustulkintaa siten, että uskonnonvapauden ja yhdistymisvapauden nähdään synnyttävän eräänlaisen ihmisoikeuskokonaisuuden. Samansuuntaisen päättelyn sisältää myös tapaus *Canea Catholic Church v. Greece* (16.12.1997), ks. erit. kohdat 41 ja 45.

¹⁵¹ *Sidiropoulos and others v. Greece* (10.7.1998) kohta 40.

Kreikan kansalaisuuden perusteella.¹⁵² Ihmisoikeustuomioistuin piti Turkin Maakoodin artiklaa 35 ongelmien päälähteenä ja katsoi nimenomaan sen aiheuttaneen tapauksessa ihmisoikeusrikkomuksen.¹⁵³ Kansallisuus ei saanut muodostaa estettä lailliselle perintösaannolle ja omistusoikeuden saavuttamiselle. Koska on olemassa suuri joukko nykyään Kreikan kansalaisia, joilla on lunastettua tai muille oikeudettomasti luovutettua kiinteää omaisuutta Turkissa, niin EIT:n linjausta voi pitää merkittävänä linjanvetona. Tämä linjanveto sopii erinomaisesti yhteen Turkin perustuslain (art. 35) kanssa, jonka mukaan *jokaisella* on oikeus omaisuuteen ja perimyksen.¹⁵⁴

3.2.3 Kiista pappiskoulutuksesta

Vuonna 1971 Turkin hallitus kansallisti kaikki yksityiset ylempää koulutusta antaneet instituutiot (korkeakoulut), jolloin Halkin saarella (turk. Heybeliada) sijaitseva ortodoksinen pappisseminaari lakkautettiin.¹⁵⁵ Muodollisesti lakkauttamista koskeva määräys, jota perustellaan Turkin lainsäädännöllä ja sekularismilla, annettiin opetusministeriön toimesta heinäkuussa 1971.¹⁵⁶ Oppilaitoksen virallinen ortodoksikirkollinen nimi on Halkin Pyhä Teologinen Koulu (vanhakreik. Ἱερά Θεολογική Σχολή τῆς Χάλκης). Ihan kokonaan toiminta lakkasi vuonna 1985, jolloin viisi viimeistä opiskelijaa valmistui, mutta tosiasiaassa toiminta sai jo vuonna 1971 ratkaisevan iskun. Vuonna 1844 perustettu seminaari – ja sitä ennen sen edeltäjät – oli kouluttanut huomattavan määrän patriarkkoja ja piispoja

¹⁵² *Apostolidi et autres c. Turquie* (27 mars 2007). Tässä on jätetty kansalaisuustematikka tarkastelun ulkopuolelle, vaikka kreikkalaisortodokseilla on ollut myös tähän asiaan liittyviä vakavia oikeusongelmia.

¹⁵³ Ks. erityisesti ratkaisun kohdat 77 ja 78 (”est incompatible avec le principe de légalité et qu’elle n’est donc pas conforme à l’article 1 du Protocole n° 1”).

¹⁵⁴ ”Everyone has the right to own and inherit property” (turk. ”Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir”). Se, että sama säännös mahdollistaa (35.3) myös omistusoikeuksien rajoituksen lailla julkisen edun suojelemiseksi, ei muuta perustuslain omaisuudensuojan merkitystä. Ihmisoikeussopimuksiin ja erityisesti Euroopan ihmisoikeussopimukseen sitoutuneena valtiona Turkin *täytyy* huomioida tulkinnan ihmisoikeusystävällisyys eli julkisen edun käsitettä tulee ihmisoikeuksien valossa tulkita mieluummin kuin laajentavasti.

¹⁵⁵ Ks. esim. Oktem 2002, s. 378.

¹⁵⁶ Macar & Gökaçti 2006, s. 9-10. Tuolloinen patriarkka *Athinagoras* (Αθηνάγορας) vetosi jo jatkamisen puolesta Turkin pääministeriin, mutta turhaan. Patriarkaatti yritti riitauttaa asian oikeusteitse, mutta ei onnistunut. Perustelu oli tuttu: patriarkaatti ei voinut riitauttaa asiaa virallisesti, koska se ei ollut ”legal entity”. Nykyinen patriarkka on myös vedonnut pääministeriin, mutta tulokset ovat olleet samat.

sekä muita kirkon johtohenkilöitä.¹⁵⁷ Halkin pappisseminaaria koskeva kiista on noussut merkittävimmäksi ja eniten huomiota saaneeksi yksittäiseksi kysymykseksi patriarkaatin asemasta ja tulevaisuudesta puhuttaessa.¹⁵⁸

Sulkemista on laajalti kritisoitu ihmisoikeusperustein. Erityisesti on syytä mainita tässä yhteydessä YK:n ihmisoikeuksien erikoisraportoijan vuonna 2000 esittämä kritiikki, joka pohjautuu Turkin ratifioimaan kaikkinaisen uskonnollisen suvaitsemattomuuden poistamiseen tähtäävään YK:n julistukseen. Erikoisraportoija kritisoi Halkin pappisseminaarin lakkauttamisen tapaisia Turkissa tehtyjä toimia niiden Lausannen sopimuksen vastaisuudella.¹⁵⁹ Sama kritiikki on myös esitetty turkkilaisten tutkijoiden toimesta.¹⁶⁰ Lakkauttamis päätös estää Turkin kreikkalaisortodokseja kouluttamasta pappeja ja uskonnollisia johtajia (koko ortodoksisen yhteisöön myös Turkin ulkopuolella). Tämä rikkoo sekä Lausannen sopimusta että myöhempiä ihmisoikeussopimuksia ja Turkin perustuslakia, joissa taataan yhdenvertainen kohtelu henkilöstä riippuvista seikoista huolimatta.¹⁶¹

Turkin valtio on kuitenkin yrittänyt hoitaa pappisseminaariongelman avaamalla Istanbulin yliopiston islamilaista teologista tiedekuntaa vastaavaan yksikköön kristillisen teologian laitoksen. Patriarkaatti eikä ilmeisesti kukaan muu ortodoksisesta yhteisöstä pidä tuota laitosta millään tavalla riittävänä korvikkeena Halkin seminaarille, joiden kiinteistökin kuuluvat patriarkaatille. Tämä kanta ei ole mikään ihme, sillä koko kokoonkyhätty laitos vaikuttaa *in bona fide* fiktiiviseltä; se ei ole palkannut opettajia eikä se ole ilmoittanut minkäänlaista opetusohjelmaa. Patriarkan laajaa kansainvälistä tukea saava tavoite on pysynyt samana vuodesta 1971: Halkin seminaarin toiminta on käynnistettävä uudelleen. Sen lakkauttamista patriarkaatti pitää perustellusti oikeudenvastaisena.¹⁶² Tässä voidaan muistuttaa siitä, että Lausannen sopimuksen mukaan (art. 40) kaikkien tunnustettujen vähemmistöjen tulisi olla oikeutettuja perustamaan, hallitsemaan ja

¹⁵⁷ Koulusta ja sen taustasta ks. patriarkaatin omien verkkosivujen teksti The Holy Theological School of Halki <<http://www.ec.patr.org/mones/chalki/english.htm>>.

¹⁵⁸ Macar & Gökaçti 2006, s. 5.

¹⁵⁹ Ks. Elimination of all forms of religious intolerance, Interim report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion or belief (2000). A/55/280/Add.1 (Situation in Turkey).

¹⁶⁰ Macar & Gökaçti 2006, s. 26 (“serious violation when considered from the point of view of the Lausanne Treaty”).

¹⁶¹ Ks. Country Report on Human Rights Practices in Turkey 2006.

¹⁶² Ks. myös Kucukcan 2003, s. 505 ja Regular Report on Turkey’s Progress Towards Accession 2004, s. 44. Heti sulkemisen jälkeen patriarkka *Athinagoras* (patriarkkana 1948–1972) pyrki saamaan seminaarin uudelleen auki, kuten myös hänen seuraajansa *Dimitrios* (Δημήτριος, patriarkkana 1972–1991) ja samoin nykyinen patriarkka.

valvomaan (omalla kustannuksellaan) ”any establishment for instruction and education”.

Yksityisen teologisen seminaarin avaaminen patriarkaatin omistamissa tiloissa olisi mitä ilmeisimmin sopusoinnussa Lausannen sopimuksen nimenomaisen määräyksen kanssa.¹⁶³ Tässä punninnassa ovat vastakkain Turkin valtiollinen tapa järjestää ylempi koulutus valtio-omisteisesti ja toisaalta moninkertaisesti kansainvälisesti sekä Turkissa perustuslaillisesti suojatut vähemmistöjen uskonnolliset ja kulttuuriset oikeudet; näitä oikeuksia voi perustellusti pitää kreikkalaisortodoksien sinänsä lainmukaiseen elämäntapaan kuuluvina. Tämä on tärkeä havainto, koska EIT:n mukaan ihmisoikeussopimus antaa suojaa kansallisten vähemmistöjen kulttuurille tai suorastaan elämäntavalle.¹⁶⁴

3.2.4 Piispojen nimittäminen ja julkisen vallan puuttuva suojelu

Turkki edellyttää, että patriarkan täytyy olla Turkin kansalainen, kuten myös kaikkien patriarkaatin kirkollisiin virkoihin nimittämien.¹⁶⁵ Koska kreikkalaisortodoksien vähemmistö on käynyt yhä pienemmäksi ja vanhemmaksi, nämä vaatimukset, joita ei voida perustaa kansainvälisiin sopimuksiin (Lausannen sopimus ja lukuisat ihmisoikeussopimukset), ovat kyseenalaisia. Nykyinen patriarkka on Turkin kansalainen ja puhuu sujuvaa turkinkieltä, mutta vakava ongelma tulee seuraajan löytymisestä. Aina 2000-luvun alkuun saakka patriarkaatti oli myöntynyt Turkin vaatimuksiin myös piispannimityksissä, mutta vuonna 2004 patriarkka teki yllätysvedon ja muutti pyhän synodin kokoonpanoa nimittäen samalla kuusi ulkomaista (kutsusta synodiin epäsäännöllisesti osallistuvaa) piispaa.¹⁶⁶ Turkki ei ole

¹⁶³ Se, että kyseinen koulutusinstituutio olisi luonteeltaan yksityisesti organisoitu ja johdettu ei tietenkään poista sitä, etteikö sitä voitaisi valvoa hallinnollisesti sillä tavoin, kuten Turkin perustuslain 42 artikla edellyttää (”under the supervision and control of the state”). Varsinainen kysymys on mieluumminkin opetusohjelman sisältö ja laatiminen, opettajien ja opiskelijoiden valintatapa sekä heihin kohdistettavat vaatimukset.

¹⁶⁴ Ratkaisussa *Connors v. United Kingdom* (27.5.2004) EIT katsoi, että valtiolle kuuluu tietty positiivinen toimintavelvoite vähemmistön kulttuurin ja elämäntavan suojaamiseksi (kohta 84 ”The vulnerable position... as a minority means that some special consideration should be given to their needs and their different lifestyle both in the relevant regulatory framework and in reaching decisions in particular cases... To this extent, there is thus a positive obligation imposed on the Contracting States... to facilitate the... way of life”).

¹⁶⁵ Ks. myös Burnett, Pulzetti and Young 2004, s. 1-2 <<http://www.archons.org/pdf/yalelawstudy.pdf>>. Jo osmanivaltiossa oli 1800-luvun loppua lähestyttäessä alettu kontrolloida patriarkkanimityksiä: ”The list of candidates was then submitted to the Porte, which ruled out the *personae non gratae*”, Arnakis 1952, s. 249.

¹⁶⁶ Patriarkaatin hallinnollisesta rakenteesta osana ortodoksista kirkkokuntaa ks. Patsavos 1995, s. 31-35.

suoranaisesti reagoinut virallisesti kielteisesti, mutta se on kyllä viestittänyt selvästi, ettei suhtaudu nimityksiin suopeasti.¹⁶⁷ Suomalaisen lukijan kannalta asian tekee erityisen kiintoisaksi se, että yksi nimitetyistä oli Suomen ortodoksisen kirkon entinen arkkipiispa Johannes.¹⁶⁸

Oikeudellisessa arvioissa voidaan esittää vahvaa kritiikkiä sille, että Turkki vaatii patriarkan (tai muiden uskonnollisessa kreikkalaisortodoksisen kirkon virassa) olevan Turkin kansalainen. Kuten turkkilaiset tutkijat *Elçin Macar* ja *Mehmet Ali Gökaçti* toteavat ”Contrary to popular belief, this rule was not imposed by the Lausanne Treaty, but by an official communication dated December 6th 1923”.¹⁶⁹ On varsin helppo havaita, että kansalaisuusvaatimuksen – niin patriarkan kuin synodin jäsentenkin – oikeudellinen perusta on turkkilaisessa oikeuslähdeopissa erityisen heikko, koska *talimat* sijaitsee hallinnollisen määräyksen tasolla, eikä voi mitenkään mennä kansainvälisen valtiosopimuksen, perustuslain tai kansainvälisten ihmisoikeuksien edelle.

Suojelun osalta voidaan sanoa, että vaikka tilanne on parantunut aiemmista vuosikymmenistä, niin patriarkaattiin ja patriarkkaan on kohdistunut parin viimeisenkin vuosikymmenen aikana monia väkivallantekoja (usein erilaisia pommihyökkäyksiä) sekä muuta vandalismia, kuten esimerkiksi kirkkojen ja hautuumaiden häpäisyä. Tällaisia on raportoitu julkisuudessaakin ainakin vuosina 1993, 1994, 1996, 1997, 1998, 2003 ja 2004.¹⁷⁰ Itse asiassa näitä erilaisia henkilöön tai omaisuuteen kohdistuvia väkivallantekoja tai sellaisten yrityksiä on niin paljon, että ne hukkuvat kansainväliseen Turkista kertovaan uutisvirtaan. Näissä teoissa (ja vuoden 1999 maanjäristyksessä) kiinteistöille ja muille tiloille aiheutuneiden haittojen korjaaminen on ollut vaikeaa. Vakıflar on toistuvasti kieltäytynyt antamasta lupia ryhtyä korjaus-toimiin sille kuuluvan säätiöitä koskevan määräysvallan nojalla.

¹⁶⁷ Asia herätti suurta huomiota Turkissa. Ilmapiiriä kuvaa *Hürriyet* (lehti ilmoittaa olevansa liberaali, mutta sen tunnuksena on ”Turkki turkkilaisille” eli *Türkiye Türklerindir*) sanomalehden juttu, joka on sävyllään varsin kielteinen. Jutun englanninkielinen lyhennelmä saatavissa internetissä <<http://hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/haber.aspx?viewid=379285>>.

¹⁶⁸ Käytännönläheinen kuvaus nimityksistä (Nikean metropoliitta ja Bithynian eksarkki) ja niihin liittyvistä tehtävistä ks. Virtanen 2003, s. 257-261. [Sekä Nikea että Bithynia ovat nykyään osa Turkia – aluetta nimeltään Isnik –, ortodoksisen kirkon sisällä niistä käytetään vielä vanhoja bysanttilaisia nimityksiä.]

¹⁶⁹ Macar & Gökaçti 2006, s. 18.

¹⁷⁰ Ks. näistä esim. Human Right Internet: The UN Human Rights System <<http://www.hri.ca/forherecord2006/vol6/turkeytr.htm>>. Ks. myös Balaskas 1997, s. 148-150 ja Skenderis 2004, s. 577-578. Näitä on uutisoitu laajalti useissa maailman eri viestimisissä, mukaan lukien suomalaiset. Tällaisia sattuu usein, vaikka vain vakavimmat herättävät median mielenkiinnon. Turkin vireillä olevan EU-jäsenyysshakemuksen vuoksi näitä on aina 1990-luvun lopusta uutisoitu aiempaa herkemmin.

Omaisuuuden (ja henkilöiden) suojelun puute on paitsi kaikkien ihmis-oikeussopimusten, niin myös Lausannen sopimuksen vastaista (art. 42), koska se edellyttää taattavan kirkkojen ja hautuumaiden suojelua julkisen vallan taholta. Myös EIT on todennut vuonna 2000 Turkkiä koskeneessa ratkaisussaan, että Turkilla on velvollisuus suojella ihmisiä, joihin tiedetään kohdistuvan – vähemmistöstatuksen perusteella – uskottava hengenmenetyksen tai muun vakavan väkivallan uhka.¹⁷¹

4 NATIONALISTINEN TULKINTA VS. NYKYAIKAINEN KANSAINVÄLISOIKEUDELLINEN TULKINTA

Tässä kohtaa on syytä kerrata, mitä Turkin oikeus on siis pohjimmiltaan asiassa sanonut. Ydinkysymys on epäilemättä patriarkaatin luonne. Patriarkan ekumeeninen luonne (ydiväite) kiistetään vetoamalla Lausannen sopimuksen neuvotteluvaiheen suullisiin keskusteluihin ja erityisesti yhden sopijapuolen niissä esittämiin unilateraalisiin käsityksiin (ydiväitteen perustelu), joita ei ole kirjattu sopimukseen sekä sillä (paradoksaalisesti), ettei patriarkaatin asemaa ole kirjattu itse sopimustekstiin. Tällaista tulkintatapaa on asiaa ulkopuolelta tarkastelevan vaikea pitää Wienin sopimuksen (art. 31.1) edellyttämän hyvän uskon mukaisena tulkintatapana. Se, ettei Turkki ole edes allekirjoittanut Wienin sopimusta ei ole esteenä sen sisällön kansainvälisoikeudelliselle sitovuudelle. Wienin sopimus kodifioi kansainvälistä tapaoikeutta, joka sitoo Turkkiä sellaisenaan. Tämä johtuu siitä, että Lausannen sopimusta laadittaessa muut sopijaosapuolet ymmärsivät, mitä suurimmalla todennäköisyydellä, että samalla kun sovittiin patriarkaatin jäämisestä Turkkiin, annettiin suojaa ei vain kreikkalaiselle ortodoksi-vähemmistölle vaan myös patriarkaatille instituutiona.¹⁷² Tulkintatapaa ei tulisi ”vaihtaa lennosta” niin, että tarvittaessa vedotaan omaa kantaa

¹⁷¹ EIT:n ratkaisu asiassa *Akkoç v. Turkey* (10.10.2000) kohta 94 (“the authorities failed to take reasonable measures available to them to prevent a real and immediate risk to the life”). Ks. myös Elimination of all forms of religious intolerance – Situation in Turkey (2000) kohta 162.

¹⁷² Juuri Wienin valtiosopimusoikeutta koskeva yleissopimus on tärkeä oikeuslähde, kun kyse on tapaoikeudellisistakin periaatteista, joilla valtiosopimuksia 2000-luvulla tulkitaan. Vaikka sopimus perustuikin pitkälti jo sopimishetkellä voimassa olleisiin kansainvälisiin tapanormeihin, niin sen artikloiden tulkinta on 2000-luvulla uudenaikaisessa oikeuskulttuurisessa ympäristössä, jossa erityisesti ihmisoikeuksilla on aiempaa suurempi merkitys. Ks. myös Peltari 1998, erit. p. 931. Kansainvälisen tapaoikeuden sitovuudesta Turkissa lyhyesti ks. Güriz 2005, s. 4.

tukeviin sopimuksen artikloihin, ja silloin kun ne eivät sitä tue, vedotaan muihin seikkoihin.¹⁷³

Niin ikään sopimusartiklojen systemaattinen ja teleologinen tulkintapa (Wienin sopimus art. 31.1) näyttävät tuottavan toisenlaisia painotuksia, kun huomioidaan *koko* sopimuksen tavoitteet ja tarkoitus. Yksi osapuoli ei voi kestäväällä tavalla päättää (*de facto* unilateraalisesti muuttaa), että juuri sen neuvottelulausumat (jotka eivät toteutuneet itse artikloissa eli eivät tulleet siinä mielessä virallisesti muiden sopijapuolten hyväksymiksi) olisivat tulkinnan kannalta avainasemassa. Muiden sopijapuolten *good faith* ja sopimuksen *kokonaisarviointi* monenkeskisessä sopimuksessa tuntuvat vievän päätelmää suuntaan, jossa sopimuksen tehokas ja hyödyllinen toimeenpano itse asiassa nykyisellään estyy. Ylipäänsä on niin, että yhden osapuolen neuvottelulausumat ovat vain *osa* koko valmisteluaineistoa, joka koostuu *kaikkien* osapuolten näkemyksistä. Muu olisi muiden osapuolten oikeudellisen tasa-arvon rikkomista.

Wienin sopimuksen mukaan valmisteluaineisto tai sopimuksen neuvotteluhistoria (art. 32.2) voivat tukea tulkintaoperaatioita, vain sekundäärisenä tulkintavälineenä eli päätulkintatapoja täydentämässä, ei tulkinnan lähtökohtana, kuten Turkin kassaatiotuomioistuin teki kesällä 2007 arvioidessaan patriarkaatin ekumeenisuutta.¹⁷⁴ Wienin sopimus on hyödyllinen asian arvioinnin kannalta, mutta sitäkin voimakkaamman argumentin patriarkaatin oikeusasemalle, sen omaisuudelle ja yhtäläisen kohtelun vaatimukselle antavat perinteisestä valtiokeskeisyydestä irtautuvat ihmisoikeudet ja aivan erityisesti Euroopan ihmisoikeussopimus ja sen valvontakäytäntö.

Epäselvissä tapauksissa voidaan toki turvautua neuvottelumuistioihin kansainvälisen oikeuden oikeuslähdeopinkin mukaan, mutta kestävä kansainvälisoikeudellinen tulkinta ei lähde presumptiivisesti niistä liikkeelle. Ja jos näihin turvaudutaan, niin legitiimiä tulkinta-apua olisi haettava siten, että saadaan selvyyttä sopimuksen *artikloihin*, ei niin, että haetaan merkitystä yhden sopijapuolen lausumille (joita sama sopijapuoli sitten yksipuolisesti tulkitsee).¹⁷⁵ Tämä on Turkin patriarkaatin ekumeenista asemaa koskevan

¹⁷³ Ks. myös Turkey: A Minority Policy of Systematic Negation 2006, jossa todetaan (s.1) seuraavasti: "Turkey bases its minority policies on the Treaty of Lausanne of 1923 and claims to be bound only by this treaty, which itself is entirely obsolete in light of current international standards for minority rights".

¹⁷⁴ Ks. kansainvälisten sopimusten tulkinnasta yleensä Cassese 2001, s. 133-135. Ks. myös Hakapää 2003, s. 37-39. Hakapää nimenomaisesti toteaa, että "Täydentävien tulkintakeinojen käytössä on noudatettava varovaisuutta."

¹⁷⁵ Turkki on muulloinkin pyrkinyt soveltamaan "valikoivaa kansainvälisoikeudellista tulkintaa" eli, jos se ei ole pitänyt sopimusta kansallisen etunsa mukaisena, se on pyrkinyt vetoamaan muihin itse relevantteina pitämiinsä näkökohtiin. Ks. esim. Kuismin 1996, s. 228.

käsityksen tulkinnan krooninen ydinongelma; se katsoo oman sopimusta solmittaessa esittämänsä suullisen lausuman antavan ”oikean” sisällön sopimukselle, samalla kun se ohittaa sopimuksen yleiset tavoitteet ja tarkoituksetperät.¹⁷⁶ Jotta tulkinta olisi kansainvälisoikeudellisesti kestävämpi (”ordinary meaning” lukutapa) se tulisi rakentaa monenkeskisemmän käsityksen varaan ja selvittää tasapuolisesti, mitkä olivat sopimusta tehtäessä vallinneet olosuhteet. Vilpittömälle mielelle tulisi mitä ilmeisimmin antaa tätä suurempi merkitys, eikä noin suoraan konstruoida subjektiivista yksipuolista näkemystä.¹⁷⁷ Myös ajan kuluminen vaikuttaa siihen tapaan, miten voidaan legitimiä tulkita valtiosopimuksia. Eli: antamalla Lausannen sopimuksen ilmaukselle ”religious institution” tuossa yhteydessä sanojen tavallinen merkitys koko sopimuksen tarkoituksen ja päämäärän valossa, on pidettävä jokseenkin selvänä, että sanat kattavat myös patriarkaatin – sillä on tälläkin perusteella kansainvälisoikeudellisesti suojattu asema ja status vieläpä samassa asiakirjassa, joka perustaa nykyisen Turkin valtion.

Se, että Turkki voi kiinnittää nationalistisen tulkintapansa omaan perustuslakiinsa (art. 2) ei mahdollista sellaista oikeudellista punnintatapaa, että yleisesti ilmaistu väljä periaate menisi tulkintatilanteissa muutta mutkitta Turkin ihmisoikeusvelvoitteiden tai omien perusoikeussäännösten edelle.¹⁷⁸ Kestävän ja nykyaikaisen perustan tulkintatavalle muodostavat kuitenkin nationalismiin sijaan Wienin sopimus, lukuisat ihmisoikeussopimukset ja soveltuvien osin EIT:n valvontakäytäntö.¹⁷⁹

4.1 Mitä vähemmistön suojaaminen tarkoittaa

Turkin tulkintatavan taustalla näyttää olevan fundamentaalinen väärinymmärrys siitä, mitä vähemmistöjen oikeuksien ja ihmisoikeuksien suojaaminen tarkoittaa – kassaatio tuomioistuin pitää erityisen ongelmallisena sitä, että suvereeni valtio voisi: “to implement a law as regards the minorities living on its territories *which is different from that applicable to its own*

¹⁷⁶ On myös kiinnitetty huomiota siihen, että Turkissa korkeimmat tuomioistuimet viittaavat EIT:n ratkaisuihin tai ylipäänsä koko ihmisoikeussopimukseen *vain silloin*, kun ne palvelevat Turkin kansallisia tavoitteita. Ks. Özücü 2003, erit. 141-142.

¹⁷⁷ Ks. myös yleisesti Hakapää 2003, s. 53-54.

¹⁷⁸ Ks. yleisesti Özbudun 2005, s. 28-29. Kriittisesti YK:n ihmisoikeusraportoija ks. kohta 23 (”could be prejudicial to minority”).

¹⁷⁹ Lyhyesti sanottuna: ”The ruling is not only *ultra vires*, since the court ruled on a religious question which exceeds its mandate, but is also against the letter and spirit of Lausanne, the Constitution and the ECHR”, Quest for Equality (2007) s. 21. On tietysti huomattava, että Wienin sopimus on myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintaan, ks. tark. Pellonpää 2007, s. 236-237.

citizens and grant them a special status by way of recognizing them with certain privileges which are denied for even the majority”.¹⁸⁰ Juuri tämä kassaatiotuomioistuimen eksplisiittisesti hylkäämä ajatus on itse asiassa kaikkien vähemmistöjä suojaavien oikeuksien ydinainesta; vähemmistön suojaaminen voi vaatia hyvinkin, että enemmistöä tietyssä kapeassa mielessä ”syrjitään” silloin, kun se on *perusteltua* vähemmistönsuojelun tavoitteiden toteuttamiseksi.¹⁸¹ Ihmisoikeusnormistoilla, joihin Turkki on sitoutunut, on yhä selvemmin myös valtion sisäiseen toimivaltaan kuuluvan julkisen vallankäytön ihmisoikeuksia suojeleva rajoitusfunktio.¹⁸² Tämän rajoitusfunktion tulisi nykyistä tehokkaammin heijastua vähemmistöoikeuksien tulkintaan.¹⁸³ Toki Turkissakin on voimia, jotka haluavat edistää ihmisoikeuksia ja demokraattista oikeusvaltiota, mutta usein nämä toimivat julkisen valtakoneiston ulkopuolella.¹⁸⁴

Turkin sisällä tilanne on myös jossain määrin vaikeasti hahmotettavissa, eikä vähemmistöjen suhteen ääriinjaa edustava juridinen turkkilaisnationalismi ole kaikkien mieleen. Kaikki eivät suinkaan hyväksy Turkin virallista nationalismia, vaan suhtautuvat huomattavasti suopeammin vähemmistöjen ihmisoikeuksiin, mukaan lukien uskonnolliset vähemmistöt. On kiistatonta, että Turkissa on myös tasapainoisia mielipiteitä, joiden takana on aito

¹⁸⁰ Jätän tässä pois sivujuonteen, jonka ratkaisussa sovellettu ajattelutapa näyttää myös mahdollistavan – perusteluissa ei näytetä pitävän Turkin alueella elävän vähemmistön jäseniä edes varsinaisesti ”omina kansalaisina” (tästä kertoo ilmaisu ”alkuperäisulkomaalaiset” turk. *yerli yabancılar*). Olipa Turkin suhtautuminen yleensä vähemmistöoikeuksiin mikä tahansa, niin siitä ei kuitenkaan voi olla epäselvyyttä, että Turkin kreikkalaisortodoksit ovat vähemmistö myös yleisessä kansainvälisessä mielessä, eivät vain Lausannen sopimuksen tarkoittamassa nimenomaisessa mielessä. Vähemmistömääritelmästä ks. esim. Hakapää 2003, s. 170-171.

¹⁸¹ Vrt. Hakapää 2003, s. 173. Turkille kyse on systemaattisesta ulkopoliittisesta linjauksesta yleisemminkin, koska se usein nimenomaisesti joko jättäytyy vähemmistösopimusten ulkopuolelle tai sitten tekee niihin varauksia nimenomaisten vähemmistöoikeuksien osalta (ks. Quest for Equality 2007, s. 10).

¹⁸² Tätä tukee myös kansallisen valtiosääntöoikeuden näkökohta: Turkin perustuslain (art. 14) mukaan Turkin tasavallan ”demokraattinen ja sekulaarinen järjestys pohjautuu ihmisoikeuksiin”.

¹⁸³ EIT:n Turkkiakin koskevasta tulkintakäytännöstä voidaan havaita, ettei EIT suinkaan pysähdy Euroopan ihmisoikeussopimukseen, vaan voi myös huomioida muita ihmisoikeussopimuksia antaessaan sisältöä ihmisoikeuksille, ks. *Mamatkulov v and Askarov v. Turkey* (4.2.2005) ks. kohdat 40-53 sekä kohta 68 jossa viitataan ”common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law” ihmisoikeuksien pohjana.

¹⁸⁴ Esimerkkinä voidaan mainita vuonna 1994 Istanbulissa perustettu Yhteiskunta- ja oikeustutkimuksen säätiö TOHAV, ks. Toplum ve hukuk araştırmaları vakfı. Oikeus (2006) s. 651-654. Järjestöllä on myös verkkosivut, joilta löytyy jonkin verran informaatiota myös englanniksi <<http://www.tohav.org/>>. Esimerkkinä voidaan mainita myös *Liberal Düşünce Topluluğu* Vapaaan Ajattelun Yhdistys (perustettu 1992), joka puolustaa vapaata ajattelua, demokraattista oikeusvaltiota ja ihmisoikeuksia.

halu nähdä nykyaikainen vähemmistöjä kunnioitava ja kansainvälisesti asemaltaan vahva Turkki. Esimerkiksi Turkin Taloudellisen ja Yhteiskunnallisen Tutkimuksen Säätiölle (*Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfi*) patriarkaattia koskevan tutkimuksen tehneet *Macar* ja *Gökaçti* esittävät seuraavan päätelmän:

”To bring the issue to public discussion, we must recognize that there are Christian citizens in this country, and they should not be prevented from worshipping properly”.¹⁸⁵

Wienin sopimuksen yksi keskeisistä ajatuksista oli, että valtiot eivät enää ole vapaita tekemään mitä ne haluavat, vaan niiden täytyy kunnioittaa kansainvälisten arvojen ydintä, josta mikään maa ei taloudellisesta tai sotilaallisesta mahdollisuudesta huolimatta voi poiketa.¹⁸⁶ Itse asiassa tällainen ajattelutapa vahvistettiin jo YK:n peruskirjassa (1945) kaikkia valtioita oikeudellisesti sitovalla tavalla. Tämä lähtökohta huomioiden kansainvälisiä sopimuksia tulkittaessa on annettava merkitystä mieluummin niiden ehkä hiukan kiistanalaisellekin potentiaalille, kuin korostaa yksioikoisesti valtion suvereniteettia.¹⁸⁷ Ja jos ei haluttaisi antaa tilaa sopimusten tulkintapotentiaalille, niin käsiteltävässä tapauksessa pelkästään sopimusten vilpityn ja objektiivisuuden pyrkivä tulkintatapa riittäisi vakuuttamaan uskonnollisten vähemmistöjen ihmisoikeuksien velvoittavuuden Turkissa.

Kun edellä sanotun lisäksi vielä huomioidaan Turkin yleiset ja eurooppalaiset ihmisoikeusvelvoitteet, niin on ilmeistä, ettei patriarkaatin asemaa arvioitaessa Turkki tulkitse Lausannen sopimuksen objektiivista sisältöä tai ihmisoikeuspotentiaalia siinä valossa kuin vähemmistöjen oikeuksien ja uskonnollisten oikeuksien valossa sitä olisi syytä tulkita.¹⁸⁸ Turkki korostaa

¹⁸⁵ Macar & Gökaçti 2006, s. 28.

¹⁸⁶ Wienin sopimuksessa myös katsotaan, että alun perin juridisesti pätevä sopimus voi tulla mitättömäksi, jos se joutuu myöhemmässä vaiheessa ristiriitaan (alkuperäisen) sopimuksen voimassaoloaikana syntyneen uuden *jus cogens* -vaikutusta lähenevän normiston kanssa (ks. myös Hakapää 2003, s. 65). Tämä ei välttämättä tarkoita Lausannen sopimuksen mitättömyyttä, silti voidaan perustella, että Turkin myöhemmin ratifioimat ihmisoikeusvelvoitteet – YK:n ja Euroopan Neuvoston puiteissa – muuttavat (= *pitäisi* muuttaa) vähemmistöoikeuksille epäedullisia turkkilaisia tulkintoja, joita Lausannen sopimuksesta vallitsi ennen Turkin sitoutumista ihmisoikeussopimuksiin.

¹⁸⁷ Vrt. Cassese 2001, s. 127. Tätä tukee myös Lausannen sopimuksen art. 1, jossa viitataan tulevaan sopimustulkintaan ja mahdollisiin tulevaisuuden sopimuksiin ja mainitaan yhteensopivuus yleisten kansainvälisoikeudellisten periaatteiden kanssa (”in accordance with the general principles of international law”). Juuri näitä (kansainvälistä tapaoikeutta kodifioineita) periaatteita Wienin sopimuksen sekä ihmisoikeussopimusten voi katsoa ilmentävän.

¹⁸⁸ Ekumeenisuuskysymyksessä tämä vaikuttaa ilmeiseltä. Puuttuessaan patriarkaatin ja näin myös kreikkaa puhuvan ortodoksivähemmistön sisäisiin kirkollisiin asioihin Turkki

tulkinnassaan vanhakantaisesti ja unilateraalisesti valtiosuvereniteettia tehden samalla tulkintansa alttiiksi oikeudellisesti perustellulle kritiikille. Vaikka Lausannen sopimus on solmittu ajalla, jolloin vähemmistöjen asemaa koskevia rauhansopimuksia tehtiin pitkälti valtiointressien näkökulmasta, niin tuollaisten sopimusten yksi osa oli myös ”concept that certain groups or categories ought to be protected by international law for their own sake”, kuten *Antonio Cassese* asian ilmaisee.¹⁸⁹ Tässä kansainvälisen oikeuden valossa on vaikea nähdä, miten Turkin ääneen lausumaton tulkintaperuste (yksikulttuurinen nationalismi) kykenisi antamaan riittävän oikeudellisen justifiikaation pääväitteelle ”patriarkka ei ole ekumeeninen”.¹⁹⁰ Sanottakoon vielä, että Turkin ekumeenisuus-tulkinta ei täytä myöskään kansainvälisen oikeuden tulkintaan liittyvää kohtuusperiaatetta, jota on mahdollista soveltaa kaikkiin kansainvälisen oikeuden lähteisiin.¹⁹¹

EIT:n edellä selostetut vähemmistöjen ihmisoikeuksia Turkissa linjaavat ratkaisut ovat omiaan vahvistamaan turkkilaista tulkintatapaa kritisoivaa käsitystä, semminkin kun ihmisoikeussopimuksen tulkintaa voi muutoinkin kuvata evolutiiviseksi ja dynaamiseksi.¹⁹² EIT ei ole tarvittaessa arkaillut irtautua aiemmista käsityksistään, silloin kun se on pitänyt niitä myöhemmin pulmallisena ihmisoikeussopimuksen suojaamien ihmisoikeuksien kannal-

myös puuttuu uskonnonvapauteen, jota sen hyväksymät monet kansainväliset sopimukset turvaavat. Tähän vapauteen puuttuminen on EIT:n mukaan mahdollista vain pakottavasta yhteiskunnallisesta syyistä. Ks. tästä esim. EIT:n ratkaisu asiassa *Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia* (5.10.2006), jossa ulkomaisuuteen (ja mitä ilmeisimmin väärään käsitykseen pohjanneet perustelut pelastusarmeijan luonteesta) hylättiin eli ne eivät muodostaneet pakottavaa yhteiskunnallista syytä. Tämä ratkaisu osoittaa, että ihmisoikeuksilla on keskinäisvaikutus, josta syntyy tulkintavaikutus, joka on omiaan pienentämään vähemmistöoikeuksien kansallisiin lähtökohtiin perustuvan ihmisoikeuksien ulottuvuutta supistavan tulkintatavan hyväksyttävyyttä.

¹⁸⁹ Cassese 2001, s. 350.

¹⁹⁰ Tähän pääväitteeseen linkitetyt selektiiviset tulkinnat Lausannen sopimuksesta ja yhtä selektiivisiltä vaikuttavat kansallisen perustuslain säännökset eivät ole kokonaisarviossa riittävän hyväksyttäviä, koska ne ovat niin ilmeisellä tavalla *ihmisoikeusvastaista* – perustelujen poliittiset taustaoletukset (mm. Sèvres-syndrooma, suorastaan vihamieliset suhteet Kreikkaan, nationalismi, yksikulttuurisuus, ”sisäinen vihollinen”) eivät vaikuta edes näennäisesti hyväksyttäviltä. Ks. myös *Religious Freedom in Turkey* 2008, s. 12.

¹⁹¹ Ks. Hakapää 2003, s. 58.

¹⁹² Ks. Pellonpää 2007, s. 241-250. Tuki dynaamiselle tulkinnalle on tässä selvä. Edellä alaviitteessä (188) viitatussa *Moscow*-tapauksessa (kohta 57) EIT viittaa: ”to its settled case-law to the effect that, as enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a ‘democratic society’ within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it.”

ta.¹⁹³ Jos ylipäänsä kansainvälisellä oikeudella halutaan olevan potentiaalia mahdollistaa kansallisen vallankäytön arvostelun oikeudellisin perustein, niin Turkin kohdalla patriarkaatin tapaus antaa tähän täydet mahdollisuudet tai suorastaan velvoittaa tällaiseen kritiikkiin.¹⁹⁴ EIT kun on ratkaisukäytännössään todennut, että pelkkä kansalliseen vähemmistöön kuuluminen on ihmisoikeussopimuksessa kielletty syrjintäperuste.¹⁹⁵ Kun vielä huomioidaan Turkin normihierarkian huipulla olevan perustuslain vuonna 2004 tehty muutos, joka antaa etusijan kansainvälisille ihmisoikeuksille (eng. ”provisions of international agreements shall prevail”/turk. ”milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”), kriittinen potentiaali mahdollistuu (tässä tapauksessa) myös valtiosääntöoikeudellisin perustein. Niihin kuuluvat erityisesti Turkin perustuslain perusoikeussäännökset.¹⁹⁶

4.2 Entä sekularismi?

Eräs tärkeä lisänäkökohta on Turkin oikeuden kantavan periaatteen eli sekularismin rooli tässä asiassa. On nimittäin mitä ilmeisimmin sekularismin vastaista, että valtio puuttuu uskonnollisen instituution uskonopillisen luonteen määrittelyyn (valtion rajat ylittävän) uskonyhteisön sisällä. Sekularismin ydin on selvä: valtion ei tulisi asettaa etusijalle mitään tiettyä uskontokuntaa tai yleisemminkään mitään tiettyä käsitystä hyvästä elämästä. Valtion tulee kuitenkin taata se, että kaikkia näitä voidaan vapaasti ilmaista tietyissä rajoissa.¹⁹⁷ Kysymys patriarkaatin ekumeenisuudesta on kristillisen opin ja kanonisen tradition alueelle kuuluva asia; jos muiden maiden ja

¹⁹³ Näin esim. Turkkiä koskeneessa ratkaisussa *Öcalan v. Turkey* (12.5.2005) kohta 118 (”In so far as the decision or reasoning in *İmrek*, cited above, may be regarded as inconsistent with this conclusion, the Grand Chamber will not follow the decision and the reasoning in that case”).

¹⁹⁴ Vrt. Koskenniemi 1998, erit. p. 377-378.

¹⁹⁵ Ks. tapaus *Nachova and others v. Bulgaria* (6.7.2005) kohta 126 (”a duty on State authorities to conduct an effective investigation irrespective of the victim’s racial or ethnic origin”).

¹⁹⁶ Ainoastaan kaksi hallinnollista asiakirjaa näyttää nyky-Turkissa jotenkin oikeudellisesti koskevan suoraan patriarkaattia. Nämä ovat hallinnollisen määräyksen taseisia päätöksiä, jotka on tehnyt Istanbulin pormestari vuosina 1923 (*talimat*) ja 1970 (*tezkere*), ks. esim. Macar & Gökaçti 2006, s. 15-16. Turkkilaisessa oikeuslähteopissa näiden asema on asetusten alapuolella. Oikeuslähteistä Turkissa ks. Güriz 2005, s. 8. Ks. myös Özbudun 2005, s. 41-42. Turkin perustuslaki myös nimenomaisesti kieltää (art. 124 ”...public corporate bodies may issue by-laws in order to ensure the application of laws and regulations relating to their particular fields of operation, provided that they are not contrary to these laws and regulations”) hallinnollisten määräysten pysyvyyden ja ehdottomuuden – ne eivät voi mennä hierarkkisesti ylempien oikeuslähteiden edelle (ks. myös art. 7).

¹⁹⁷ Haarscher 2006, s. 14-15.

muiden alueiden kreikkalaisortodoksiset kirkot pitävät patriarkkaa ekumeenisena (antavat kirkolliselle oikeustraditiolle normatiivisen painoarvon), niin miksi sekularistisen valtion tulisi ylipäänsä edes kiinnostua asiasta, joka on uskonyhteisön oman kanonisen ja historiallisen oikeustradition ei-valtiollinen tuote?¹⁹⁸ Oikeudellinen johdonmukaisuus joutuu tällaisessa argumentaatiotavassa varsin kovalle koetukselle.

On hyvin mahdollista, että tähän päivään saakka jatkunut sanaton sopimus patriarkaatin ja nyky-Turkin välillä (”älä mene oikeuteen, niin me emme tuhoa olemassaolonne perusteita”) on välttämätöntä rikkoa. Patriarkaatin täytynee tulevaisuudessa yhä aktiivisemmin pyrkiä riitauttamaan oikeuksiansa loukkaukset systemaattisesti ja ajaa asiat loppuun turkkilaisissa tuomioistuimissa, ja sitä kautta saada nämä kysymykset lopulta Strasbourgii ihmisoikeustuomioistuimessa käsiteltäväksi.¹⁹⁹ Tämä mahdollistaisi sen, että patriarkaatti ei olisi enää passiivinen Turkin ja Kreikan suhteiden panttivanki – Kyproksen kysymys, Kreikan turkkilaisperäinen vähemmistö Traakiassa tai Egeanmeren hallinta ovat *eri* kysymyksiä.²⁰⁰ Vähemmistöjen oikeuksien arvioinnissa juridisesti hyväksyttävät perustelut ja taustaoletukset on haettava kansainvälisestä oikeudesta, ihmisoikeuksista ja kansallisen perustuslain perusoikeussäännöksistä, ei valtioiden välisten perinteisten kiistojen luomasta perinteisesti vihamielisestä tulkintailmapiiiristä.²⁰¹

¹⁹⁸ Kiista ekumeenisuudesta liittyy vanhaan poliittiseen peruskysymykseen: valloitus vai hävitys, Istanbul vai Konstantinopoli? Vaikuttaa siltä, että Turkki tulkitsee asiaan liittyvää normistoa siten, että se antaa huomattavan merkityksen alueen poliittisille ja kulttuurisille jännitteille. Patriarkaatti ja sen kirkollinen oikeustraditio jää historian ja ulkopoliittisten suhteiden panttivangiksi. Jos asiaa arvioidaan kansainvälisen oikeuden, ihmisoikeuksien ja nykyaikaisen valtiosääntöoikeuden näkökulmasta, niin ekumeenisuus-kysymys vaikuttaa eriskummalliselta anomialialta. Turkin kannalta kysymys on aivan toista kokoluokkaa kuin islamin rooli sekularistisessa valtiossa tai Kurdien asema.

¹⁹⁹ Vrt. Skenderis 2004, s. 582. Merkkejä tällaisesta juridisen strategian muutoksista on jo nähtävissä, kuten EIT:ssä vireillä oleva *Prinkiposin* (kreik. Πριγκίπος, turk. Büyükkada) vanhaa orpokotia koskeva juttu, joka oli tätä kirjoitettaessa EIT:n käsiteltävänä. Ks. EIT décision 12 juin 2007. (Turkki takavarikoi orpokodin, koska Turkissa ei valtion mukaan enää ole kreikkalaisortodoksisia orpoja, joten orpokodille ei ole myöskään tarvetta. Patriarkaatin kannalta kyse on tietenkin ihmisoikeutena suojatusta omistusoikeudesta.) Tässä on myös huomattava se, että Euroopan ihmisoikeussopimusjärjestelmässä valittajana voi olla myös ”kansalaisjärjestö tai ryhmä” (ks. tark. Pellonpää 2007, s. 129-132).

²⁰⁰ Suurin oppositiopuolue Turkissa (Tasavaltalainen Kansanpuolue, *Cumhuriyet Halk Partisi*) pitää nimenomaisena poliittisena oikeutettuna linjauksenaan sitä, että Turkin kreikkalaisvähemmistön (”sisäisen vihollisen”) asema on kytkettävä suoraan Kreikan turkkilaisvähemmistön asemaan. Tästä syystä puolue on systemaattisesti vastustanut kaikkia sellaisia lakiuudistuksia, joilla olisi myönteisiä seurauksia Turkin kreikkalaisortodoksien asemalle. Puolue on ohjelmassaan selkeä kemalismin äänenkannattaja ja poliittisen perinteen jatkaja nyky-Turkissa.

²⁰¹ *Minority Rights Group Internationalin* tuore Turkkiä koskeva suositus (Quest for Equality 2007, s. 33) on seuraava: ”Turkey should immediately develop and adopt a comprehensive

Lukkiutuneet ja kestävämmiksi kivettyneet turkkilaiset tulkinnat Lausannen sopimuksesta ovat mitä ilmeisimmin tulleet oikeudellisessa arvioissa tiensä päähän. Nuo tulkinnat eivät ole kestäviä edes valtiosopimuskeskeisessä tulkintatavassa, saati sitten kun niitä arvioidaan nykyaikaisten ihmisoikeuksien valossa.²⁰² Euroopan ihmisoikeussopimus on uudelleenarvioinnin kannalta avainasemassa, eikä se ole luonteeltaan ymmärtäväinen näin kivettyneelle nationalistiselle tulkintatavalle. EIT:n sanoin koko sopimus on ”living instrument which must be interpreted in the light of present conditions”.²⁰³ Euroopan ihmisoikeusjärjestelmä ei ole siis alisteinen kansalliselle oikeudelle, mutta on hyvä huomata, että se voi joskus irtautua tulkinnassaan myös yleisestä kansainvälisestä oikeudesta ihmisoikeuksien tehokkaamman suojaamisen tarkoituksessa.²⁰⁴

5 MENNEISYYDEN NYKYISYYDEN NORMATIIVISEN VOIMAN TUNNUSTAMINEN?

Edellä käsitellyt vähemmistön uskonnollisiin ja muihin ihmisoikeuksiin liittyvät kysymykset ja patriarkaatti muinaisena kirkollisena oikeustraditiona nyky-Turkissa muodostavat mutkikkaan ongelmavyyhden, jossa historia, politiikka ja oikeus sekoittuvat toisiinsa. Tärkeä osa tuota vyyhteä on kysymys menneisyyden ja nykyisyyden *oikeudellisesta* kohtaamisesta. Miten tätä vyyhteä voisi keräillä auki ilman, että sortuu yksipuolisiin arviointeihin?

5.1 Transnationaalinen oikeustraditio ja ihmisoikeudet

H. Patrick Glenn on oikeustraditioiden tutkimuksessaan päätenyt siihen, että kansallisvaltioiden tapa hahmottaa oikeutta kansallisena positiivis-oikeudellisena kokonaisuutena ei nyky maailmassa ole enää oikeastaan mahdollinen. Oikeudellisen nationalismien elinmahdollisuudet ovat tänään entistäkin huonommat. Pikemminkin pluralismi ja järjestelmien päällekkäi-

policy on minorities, moving beyond the Treaty of Lausanne to be in accordance with contemporary international standards”.

²⁰² EIT:n tulkinnassa on käytetty esim. ”ordinary meaning” tulkintakonstruktiota juuri siksi, että sen avulla on voitu irtautua jäsenvaltioiden kansallisten oikeusjärjestysten käsityksistä, ks. Ovey & White 2002, s. 31-32. Tämä tarkoittaa sitä, ettei EIT ole sidottu jäsenvaltio Turkin oikeuden käsitykseen esim. siitä, millainen on patriarkaatin oikeudellinen luonne.

²⁰³ *Selmouni v. France* (28.7.1999) kohta 101.

²⁰⁴ Wildhaber 2007, erit. s. 223-225.

syys sekä erilaiset transnationaalisiksi luonnehdittavat kehityskulut kuvaavat 2000-luvun oikeutta: “Multivalence in law is the order of day, whether recognized in political or state theory or not”.²⁰⁵ On tuskin sattumaa, että juuri EIT:n voidaan väittää olevan toimintalogiikaltaan sellainen erityisen vaikutusvaltainen kansainvälinen tuomioistuin, joka omalla ihmisoikeustulkinnallaan edistää Glennin tarkoittamaa pluralistista multivalenssia. Se merkitsee päällekkäisten ja rinnakkaisten järjestelmien sallimista sen sijaan, että yritettäisiin luoda ja ylläpitää vain yhtä rajoiltaan tarkkaa positiivisen oikeuden järjestelmää.²⁰⁶

Myös eräs kansainvälistä oikeutta koskeva yleinen päätelmä on varsin ilmeinen. Kansainvälinen oikeus on muuttunut, koska ihmisoikeudet ovat sitä muuttaneet – valtiokeskeisyys on vähentynyt ja ihmisoikeudet luovat uusia standardeja myös vanhojen valtiosopimusten vähemmistö-oikeuksia koskevien osien tulkintaan.²⁰⁷ Yhä tärkeämpään asemaan ovat tulleet kollektiiviset ihmisoikeudet, joiden mukaan ihmisoikeuksissakaan ei ole kyse vain yksilön oikeuksista, vaan myös kokonaisten kansojen tai ihmisryhmien kohtelusta.²⁰⁸ Patriarkaatin kohdalla nämä tunnustettuun uskonnolliseen vähemmistöön liittyvät kysymykset kytkeytyvät myös vähemmistön oikeuteen uskonnonharjoitukseen ja oman kulttuurin sekä elämäntavan ylläpitämiseen.

Jos patriarkaatin oikeusasema nyky-Turkissa asetetaan oikeustraditioiden ja tapaoikeuden valoon, niin yleisempi ydinkysymys on *Esin Örüciün* sanoin seuraava: ”Whatever happened to the system that existed from 1299–1924? Was it just ignored, suppressed, eliminated?”²⁰⁹ Miten voitaisiin mitata oikeustradition juridista kantavuutta nykyoikeuden mittareilla? Myöhäisantiikista saakka periytyneenä ainutlaatuisena instituutiona patriarkaatin on tietenkin vaikea osoittaa traditionsa juridista kantavuutta nykyturkkilaisilla virallisasiakirjoilla. Toisaalta on mahdotonta löytää mitään aidosti perusteltua syytä edes vaatia siltä mitään tällaista – oikeustraditiona sen

²⁰⁵ Glenn 2004, s. 364.

²⁰⁶ Ks. Glenn 2004, s. 363. Patriarkaatin kannalta erityisen tärkeä tapaus on EIT:n ratkaisu asiassa *Serif v. Greece* (14.2.1999), jossa tuomioistuin katsoi, että uskonnolliseen pluralismiin ei tulisi reagoida moninaisuuden eliminoinnilla, vaan pyrkimyksellä saada eri ryhmät sietämään toisiaan, ks. kohta 53 (“... Court recognises that it is possible that tension is created in situations where a religious or any other community becomes divided, it considers that this is one of the unavoidable consequences of pluralism. The role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other”).

²⁰⁷ Ks. myös Cassese 2001, s. 370-374.

²⁰⁸ Ks. esim. Hakapää 2003, s. 152. Ks. teemasta laajemmin, osin kriittiseen sävyyn, Alston 2005, s. 259-293.

²⁰⁹ Örücü 1996, s. 89

viimekätinen juridinen kantavuus ja legitimaatioperusta kumpuavat muualta, valtiokeskeisen oikeusparadigman näkökulmasta epämuodollisen oikeuden piiristä.

Muodollisen ja epämuodollisen oikeuden välisten suhteiden katsottiin pitkään lännessä olevan samanarvoisia. On osuva sattumus, että yksi merkittävä kiinnekohta oli yhdeksännen vuosisadan Konstantinopolin ekumeenisen patriarkan lausuma, jonka mukaan näitä tuli pitää yhtäläisessä arvossa.²¹⁰ Nykyään kirjoitetun oikeuden ylivalta on ollut suuri, mutta siitä huolimatta kaikki oikeus ei edelleenkaan ole vain kirjoitettua kansallisvaltion oikeutta; oikeustraditiot ulottavat normatiivisen sitovuutensa niiden ylitse ja ohitse. Traditiot haastavat valtiokeskeiset tavat hahmottaa oikeutta ja antavat äänen menneelle tapaoikeudelle. Yksi keskeinen tekijä, jonka perusteella voidaan arvioida oikeustradition tai pitkään jatkuneen historiallisen tavan oikeudellista sitovuutta on katsoa, millaisen painoarvon toimijat itse sille asettavat. Tässä on kyse nimenomaan sellaisesta normatiivisesta uskosta tai tuntemuksesta, jonka tradition seuraajat sille itse antavat.²¹¹

Oikeustraditioiden transnationaalaisesta näkökulmasta patriarkaatin ekumeenisuuden normatiivista voimaa pitää siis arvioida sen joukon keskuudessa, joka antaa patriarkaatin tuollaiselle kirkollisoikeudelliselle traditiolle normatiivista merkitystä eli kreikkalaisortodoksisilta kirkoilta itseltään. Heidän kantansa asiassa on selvä; nykyisessä Istanbulissa sijaitseva Konstantinopolin patriarkka ei ole vain pienen vähemmistön patriarkka, vaan koko ortodoksisen kirkon ekumeeninen patriarkka. Viime kädessä patriarkaatin tulevaisuus kiertyy sen kysymyksen ympärille, sallitaanko sen irtautua lähimenneisyyden painolasteista ja annetaanko sen edustamalle muinaiselle kirkollisen oikeuden (ja osin myös osmanivallan aikana syntyneelle tapaoikeudelliselle) oikeustraditiolle arvoa Turkin oikeuskulttuurissa, vai ei. Turkin vähemmistöoikeus- ja oikeuskulttuuri on tässä avainasemassa.²¹² Se, että kansainvälinen *opinio iuris* tukee patriarkaatin

²¹⁰ Glenn 1997, s. 614.

²¹¹ Ks. yleisesti Glenn 1997, s. 617. Ks. myös Herrin 2007, s. 320 (”a beacon of orthodox faith”).

²¹² Turkin oikeuskulttuuri on ei-pluralistista ja positivistista; se pelkää ”vanhojen tapojen haamuja, jotka väijyvät taustalla muodostaen mahdollisen uhan oikeusjärjestelmälle” (Örücü 1996, s. 111). Tämä on ymmärrettävää, kun on kyse enemmistön uskonnosta (Islam sisältää suoraan kilpailevan oikeusjärjestelmänkin), mutta hyvin pienten rauhanomaisten vähemmistöjen kohdalla, mitään tällaista uhkaa ei uskottavasti voi olla. Näiden vähemmistöjen ihmisoikeuksien rajoitusta ei voi perustella ”necessary in a democratic society”-agumentilla, kuten sellaisessa paljon huomiota herättäneissä Turkkiä koskevissa ratkaisuisissa *Refah partisi [(The Welfare Party) and others v. Turkey]* (13.2.2003) erit. kohdat 125-135] ja *Leyla Şahin v. Turkey* (10.11.2005) erit. kohta 106 (”protection of the democratic system in Turkey”).

kansainvälistä asemaa, lienee selvästi pääteltävissä likipitäen kaikkien muiden valtioiden paitsi Turkin käyttäytymisestä.²¹³

Kun vähemmistöjen perustavaa laatua olevien ihmisoikeuksien soveltaminen tulee konkreettisesti käsille, ei varauksia ja supistavia nationalistisia tulkintatapoja voida pitkän päälle enää justifioida.²¹⁴ On tehtävä valintoja, jotka ovat luonteeltaan poliittisia, vaikka kyse onkin risteävien oikeusnormistojen soveltamisesta ja tulkinnasta tilanteessa, jossa yhtä ainoa oikeaa ratkaisua ei kerta kaikkiaan ole olemassa. On kyse erilaisista uskomuksista ja arvoista: ”Kenen ajatus siitä, mikä on tärkeää, voittaa?”²¹⁵ Oikeustraditioiden transnationaalisesta näkökulmasta ei silti ole välttämättä kyse siitä, mikä tulkintapa on lopultakin oikein. Kyse on mieluummin rauhanomaisen rinnakkaiselon sallivan oikeuskulttuurisen ilmaston synnystä, tai sen syntymättä jäämisestä, jolloin todella olisi kyse mustavalkoisesta joko–tai-asetelmasta. Yksinkertaistavien vastakkaisasetelmien sijaan voidaan viitata pikemminkin siihen, että ihmisoikeuksia voidaan tulkita eräänlaisina ”moraalisina totuuksina”, jolloin niitä ei enää arvioida kansallisista käsityksistä nousevana kansainvälisenä oikeutena.²¹⁶ Ja vaikka ihmisoikeuksia arvioitaisiinkin valtioalisteisemmasta perspektiivistä käsin, niin lienee selvää, että jyrkkä nationalismi ja ihmisoikeusmyönteinen oikeuskulttuuri eivät hevin sovellu yhteen.

5.2 Lopuksi – oikeuskulttuurin muutos?

Muodollinen oikeus on tietenkin tärkeää, mutta tässä käsiteltävän asian kannalta tuskin ratkaisevassa asemassa. Oikeudellinen ilmasto on avainasemassa, mutta se on tietenkin osa laajempaa asenneilmapiiriä. Patriarkaattiasian tasapainoisen ja historiallisista painolasteista irtautuvan arvioinnin kannalta on tärkeää havaita ihmisoikeusongelmien tässä asiassa johtuvan pääasiassiallisesti oikeudellisen kulttuurin tai oikeusmentaliteetin tekijöistä – nykyturkkilaisessa oikeudessa on paljon vähemmän *law-in-books*-ongelmia, koska ongelmat löytyvät soveltamisesta ja käytännön tulkinnoista eli

²¹³ Yleisesti ks. Hakapää 2003 s. 51-52.

²¹⁴ Tapauksessa *Sidiropoulos v. Greece* EIT nimenomaan totesi seuraavasti, että ”aims appear to the Court to be perfectly clear and legitimate; the inhabitants of a region in a country are entitled to form associations in order to promote the region’s special characteristics, for historical as well as economic reasons. Even supposing that the founders of an association like the one in the instant case assert a minority consciousness...allow them to form associations to protect their cultural and spiritual heritage” (kohta 44, kursiv. tässä).

²¹⁵ Vrt. Petman 2007, erit. s. 1168-1169 (lainaus s. 1169).

²¹⁶ Ks. Letsas 2004, s. 302.

law-in-action-tason tekijöistä.²¹⁷ YK:n ihmisoikeusraportoijan yksi keskeinen Turkin ihmisoikeustilannetta koskeva taannoinen päätelmä oli se, etteivät viranomaiset ole tulkinneet ja toteuttaneet Lausannen sopimusta oikealla tavalla eikä sille ole annettu riittävää tosiasiallista painoarvoa käytännön soveltamisessa.²¹⁸ Miten tällaisiin oikeusmentaliteetin tason ongelmiin sitten voi käydä käsiksi tai miten niitä voisi edes kuvata ymmärrettävällä tavalla? Tässä suhteessa juridiikan kieli ja kirjoitusperinne antavat aika vähän mahdollisuuksia, joten on syytä kurkottaa muualle. *Orhan Pamuk* on kuvannut Turkin tasavallan ja samalla Istanbulin mentaali-ilmastoa seuraavasti:

”Kun osmanien imperiumi tuhoutui ja Turkin tasavalta vähitellen erkani muusta maailmasta, koska ei pystynyt näkemään muuta kuin oman turkkilaisuutensa osaamatta määritellä sitäkään, Istanbulin muinaiset, monikieliset, voitokkaat ja loisteliaat päivät menivät mailleen ja kaupunki muuttui tyhjäksi, mustavalkoiseksi, yksiiäniseksi ja yksikieliseksi paikaksi, jossa kaikki autioitui ja ikääntyi hitaasti niille sijoilleen.”²¹⁹

Äärimmäisyyksiin saakka kurottautuva nationalismi ja ihmisoikeusmyönteinen oikeuskulttuuri ovat hankalia, ellei mahdottomia, sovittava toimivalla tavalla yhteen. On vaikea ennustaa, mihin suuntaan Turkin oikeuskulttuuri tulee kehittymään. Patriarkaatin henkiinjäämistä Istanbulissa on pidetty mahdollisena vain jos EU-jäsenyys toteutuu ja pakottaa Turkin noudattamaan tehokkaammin eurooppalaisia ihmisoikeusstandardeja.²²⁰ Tämä on täysin mahdollista. Siitä huolimatta vähemmistöjen oikeuksia Turkissa ei pidä sitoa liian tiukasti ja lopullisesti EU-jäsenyyteen, koska jos se ei toteudu, niin mikä silloin enää suojaisi vähemmistöjä? Pidän selvänä, että juuri sellaisten vaikeasti kohdattavien, historiallisesti kiusallisten ja erittäin epäsuositettujen kansallisten vähemmistöjen (”sisäisten vihollisten”) kuin turkinkreikkalaiset Turkille epäilemättä ovat, kulttuuristen ja muiden ihmisoikeuksien oikeusvaltiohenkinen kunnioittaminen ylipäänsä (ei pelkkä EU-jäsenyys) edesauttaisi nykyaikaista ja Eurooppaan suuntautuvaa Turkia

²¹⁷ Vrt. Macar & Gökaçti 2006, s. 13-14.

²¹⁸ Raportin kohta 141.

²¹⁹ Pamuk 2004, s. 327-328.

²²⁰ Clogg 2004, s. 206 (”the only hope for the survival”). Lukijan on syytä tiedostaa, että tässä on jätetty ortodoksisen kirkon sisäiset mielipide-erot syrjään, jotka nekin voivat vaikuttaa institution toimintakykyyn ja sen tulevaisuuteen. Ks. lyhyesti Binns 2006, s. 580-599, erit. s. 597-599. Myös koko kristillisen kirkon sisäinen jako länteen ja itään vaikuttaa asiaan, ks. Gallagher 2003, s. 227-236.

määrittelemään itsensä kansainvälisesti legitiimillä tavalla.²²¹ Monikielisiä ja monikulttuurisia vähemmistöjä ja heidän instituutioitaan sisältävästä Istanbulista voisi tulla rauhanomainen silta islamilaisen idän ja kristillisen lännen välissä, myös muussa kuin maantieteellisessä mielessä. Turkille tämä antaisi valtiona erityislaatuisen aseman kansainvälisessä yhteisössä.

On suorastaan mahdotonta ajatella, että Istanbulin kulttuurien kohtaa-
mismetropoliin ei kuuluisi elinvoimaista ja oikeusasemaltaan turvattua –
oikeushenkilöllisyyden omaavaa – ortodoksisen kirkon ekumeenista
patriarkkaa. Sen *menneisyyden nykyisyydellä* on monesta eri lähteestä
amentavaa normatiivista voimaa, miksi se pitäisi kieltää ihmisoikeuksien
kunnioitukseen ja niiden yhä tehokkaampaan toteuttamiseen tähtäävässä
Turkissa? Patriarkaatin pehmeää kirkollisoikeudellista transnationaalista
valtaa sisältävä asema ei voi olla mikään uhka Turkille tai sen asemalle kan-
sainvälisessä yhteisössä, pikemminkin päinvastoin. Tällaisia äänenpainoja
kuulee myös ihmisoikeuksiin myönteisesti suhtautuvien turkkilaisten jou-
kosta, heidän jotka haluavat kehittää Turkia kohti modernia ihmisoikeuksia
kunnioittavaa valtiota.²²² Nämä äänet ovat perussoinniltaan ihmisoikeus-
ajattelun ääniä; niissä on kyse enemmistön eettisen vastuun kantamisesta,
erilaisuuden tunnustamisesta ja sietämisestä, ristiriitojen rauhanomaisesta
sovittelusta ja vastakkainasettelujen ohjaamisesta rauhanomaisiin kaikkia
osapuolia kunnioittaviin muotoihin sekä eri kansanryhmien keskinäisestä
kunnioituksesta. Näiden äänten soisi saavan entistäkin enemmän kantavuutta
valtiossa, jolla on ainutlaatuinen mahdollisuus soveltaa lännen poliittisen
perinteen parhaimpia osia, kuten ihmisoikeuksien kunnioitusta, maassa
joka on läpikotaisin islaminuskoinen.

²²¹ Vrt. ihmisoikeusraportoijan raportti kohta 148. Ks. myös Quest for Equality 2007, s. 32. Sama voidaan tietysti myös sanoa Ranskan ja Kreikan osalta, joilla molemmilla on ollut huomattavia vaikeuksia tunnustaa se, että niiden alueella todellakin on olemassa suojelun tarpeessa olevia vähemmistöjä. Toisaalta on arveluttavaa kytkeä nämä asiat toisiinsa ja tarkastella eri vähemmistöjä *vain* valtioiden toimintavapauden tai pelkästään valtion toimintavapauden rajoituksen valossa – ei kyse ole siitä, mitä Kreikka tekee Traakiassa tai Egeanmerellä, vaan siitä mitä kukin valtio tekee *omien* suojelua tarvitsevien vähemmistöjensä kanssa. Kansainväliset suhteet ovat toki tärkeitä ja niillä on oma roolinsa, mutta jos vähemmistöjen oikeudet kerta toisensa jälkeen alistetaan *ainoastaan* paljaan valtasuhdepolitiikan verkostolle ja poliittisille kytkyille, niin ihmisoikeuksien varsinainen potentiaali puhalletaan samalla sammuksiin. Kreikan ja Turkin kiistoista erityisesti Egeanmerellä ks. esim. Kuismin 1996.

²²² Tällaisia voi löytää esim. *Turkish Daily News* -lehden verkkosivuilta (<http://www-turkishdailynews.com.tr>), jossa *Orhan Kemal Cengiz* on useissa lehtijutuissaan (englanniksi) kirjoittanut patriarkaatin oikeusaseman kehittymisestä Turkissa. Myös lainsäädännön uudistusprosesseja on laitettu liikkeelle, joten asiat ovat ehkä jo liikkeessä ihmisoikeusmyönteisempään suuntaan, ks. myös Skenderis 2004, s. 583.

LÄHTEET

Virallislähteet ja muu vastaava materiaali

- Convention Concerning the Exchange of Greek and Turkish Populations, Lausanne 30.1.1923.
- Country Report on Human Rights Practices in Turkey 2006.
- YK:n ihmisoikeusraportoijan Turkkiä koskeva raportti (2000) [Elimination of all forms of religious intolerance, Interim report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion or belief (2000). A/55/280/Add.1 (Situation in Turkey)].
- European Comission, 2004 Regular Report on Turkey's Progress Towards Accession, COM (2004)
- HE 89/2000 vp. (Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi ortodoksisesta kirkkokunnasta annetun lain muuttamisesta).
- Human Right Internet: The UN Human Rights System. <<http://www.hri.ca/forherecord2006/vol6/turkeytr.htm>>.
- Kirkkojärjestys (174/2007).
- Laki ortodoksisesta kirkosta (985/2006).
- Lausannen rauhansopimus (The Treaties of Peace 1919-1923, Vol. II, Carnegie Endowment for International Peace, New York 1924).
- Novellae [Recognovit Rudolfus Schoell, apud Weidmannos, Berolini MCMXII. Rudolf Schoellin kokoama nk. kriittinen editio Novellaesta, jonka toimitti loppuun Wilhelm Kroll. Tässä on käytetty vuoden 1912 versiota eli neljättä painosta].
- Regular Report on Turkey's Progress Towards Accession (2004).
- Turkey: A Minority Policy of Systematic Negation, International Helsinki Federation for Human Rights (IHF), October 2006.
- Religious Freedom in Turkey: Situation of Religious Minorities. European Parliament, Briefing Paper February 2008. Brussels, European Parliament 2008.
- The Constitution of Turkey (Anyasa 1982).
- Turkish Civil Code (2006).
- Wienin valtiosopimusouikeutta koskeva yleissopimus (Vienna Convention of the Law of Treaties 1969, voimaan kansainvälisesti 1980).
- Yhdysvaltain ulkoministeriön alaisen viranomaisen laatima Turkey: Country Reports on Human Rights Practices 2006. <<http://www.state.gov/drl/rls/hrrpt/2006/78844.htm>>.

Kirjallisuus

Alaranta 2007

Alaranta, Toni: Mustafa Kemal Atatürkin kuuden päivän puhe Turkin tasavallan virallisen historiankäsitteksen määrittäjänä. Historiallinen aikakauskirja 2007 s. 317-329.

Alston 2005

Alston, Philip: Peoples' Rights – Their Rise and Fall, teoksessa (ed.) Philip Alston, Peoples' Rights. Oxford University Press, Oxford 2005 s. 259-293.

Angelopolou (Αγγελοπούλου)

Αγγελοπούλου, Αθανάσιου Αν.: *Εκκλησιαστική ιστορία, Εκδοτικός Οίκος Άφθων Κυριακίδη, Θεσσαλονίκη* 1984.

Ansay 2005a

Ansay, Tuğrul: *Legal Persons, Societies and Business Associations*, teoksessa (eds.) Tuğrul Ansay and Don Wallace, *Introduction to Turkish Law*. Kluwer, The Hague 2005 s. 97-110.

Ansay 2005b

Ansay, Tuğrul: *Law of Property*, teoksessa (toim.) Tuğrul Ansay and Don Wallace, *Introduction to Turkish Law*. Kluwer, The Hague 2005 s. 139-150.

Arnakis 1952

Arnakis, Georgiades: *The Greek Church of Constantinople and the Ottoman Empire*. *Journal of Modern History* 1952 s. 235-250.

Aslan 2007

Aslan, Senem: *Citizen Speak Turkish!: a Nation in the Making*. *Nationalism and Ethnic Politics* 2007 s. 245-272.

Balaskas 1997

Balaskas, Joanna: *The International Legal Personality of the Eastern Orthodox Ecumenical Patriarchate of Constantinople*. *Hofstra Law & Policy Symposium* 1997 s. 135-170.

Beck 1995

Beck, Hans-Georg: *Kirche und Theologische Literatur im byzantinischen Reich*. Beck, München 1995.

Bellomo 1995

Bellomo, Manlio: *The Common Legal Past of Europe 1000–1800*. Catholic University Press, Washington 1995.

Binns 2006

Binns, John: *Modern Spirituality and the Orthodox Church*, teoksessa *The Cambridge History of Christianity – Eastern Christianity*. Cambridge University Press, Cambridge 2006.

Brand 1968

Brand, Charles M.: *Byzantium Confronts the West 1180–1204*. Harvard University Press, Cambridge/Mass. 1968.

Burnett, Pulzetti and Young 2004

Burnett, Maria, Pulzetti, Maria and Young, Sean: *Turkey Compliance with its Obligations to the Ecumenical Patriarchate of Orthodox Christian Minority*. Loewenstein International Human Rights Center 2004.

Caenegem 1999

Van Caenegem, R.C.: *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*. Cambridge University Press, Cambridge 1999.

Cassese 2001

Cassese, Antonio: *International Law*. Oxford University Press, Oxford 2001.

Christophilopoulou 1993

Christophilopoulou, Aikaterina: *Byzantine History II 610–867*. A. M. Hakkert, Amsterdam 1993.

Clogg 2004

Clogg, Richard: *A Concise History of Greece*. Cambridge University Press, Cambridge 2004.

- Ducellier 1995
 Alain Ducellier: Die Orthodoxie in der Frühzeit der türkischen Herrschaft, teoksessa Die Geschichte des Christianismus (1450–1530). Herder, Freiburg/Basel/Wien 1995 s. 6-49.
- Dunaway 1995
 Dunaway, Marc: What is the Orthodox Church? Conciliar Press, Ben Lomond/CA 1995.
- Feine 1972
 Feine, H. E.: Kirchliche Rechtsgeschichte – Die Katholische Kirche. Böhlau, Köln/Wien 1972.
- Finkel 2005
 Finkel, Caroline: Osman’s Dream: the Story of the Ottoman Empire 1300–1923. John Murray, London 2005.
- Gadamer 1990
 Gadamer, Hans-Georg: Hermeneutik I, Wahrheit und Methode – Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, Mohr Sieberck, Tübingen 1990.
- Gallagher 2003
 Gallagher, Clarence: Church Law and Church Order in Rome and Byzantium. Ashgate, Aldershot 2003.
- Glenn 1997
 Glenn, H. Patrick: The Capture, Reconstruction and Marginalisation of ”Custom”. American Journal of Comparative Law 1997 s. 613-620.
- Glenn 2004
 Glenn, H. Patrick: Legal Traditions of the World. Oxford University Press, Oxford 2004.
- Glenn 2006
 Glenn, H. Patrick: Transnational Common Laws. Fordham International Law Journal 2006 s. 457-471.
- Greek Helsinki Monitor 2000
 Greek Helsinki Monitor, Panayte Dimitras, Dwinling, Elderly and Frightened – The Greek Minority in Turkey Revisited. AIM, Athens 2000.
- Grossfelt 1990
 Grossfelt, Bernhard: The Strength and Weakness of Comparative Law. Clarendon Press, Oxford 1990.
- Güran 2005
 Güran, Sait: Administrative Law, teoksessa (eds.) Tuğrul Ansay and Don Wallace: Introduction to Turkish Law. Kluwer, The Hague 2005 s. 47-84.
- Güriz 2005
 Güriz, Adnan: Sources of Turkish Law, teoksessa (eds.) Tuğrul Ansay and Don Wallace: Introduction to Turkish Law. Kluwer, The Hague 2005 s. 1-19.
- Haarscher 2006
 Haarscher, Guy: Tunnustuksettomuus. Niin & Näin, filosofinen julkaisusarja 23°45, Tampere. [Suom. Tapani Kilpeläinen].
- Hakapää 2003
 Kari Hakapää: Uusi kansainvälinen oikeus. Talentum, Helsinki 2003.
- Hanioglu 1995
 Hanioglu, M. Sukru: The Young Turks in Opposition. Oxford University Press, Oxford 1995.

Herrin 2007

Herrin, Judith: *Byzantium – The Surprising Life of a Medieval Empire*. Penguin Books, London 2007.

Helsinki Watch 1992

Helsinki Watch, *Denying Human Rights and Ethic Identity: The Greeks of Turkey*, 1992.

Hore 2003

Hore, A.H.: *Eighteen Centuries of the Greek Orthodox Church*. Gorgias Press, New Jersey 2003, alunp. 1899.

Horrocks 1997

Horrocks, Geoffrey: *Greek: A History of the Language and Its Speakers*. Longman, London/New York 1997.

Husa 2006

Husa, Jaakko: *Emancipation or Deprivation for the European Legal Mind? Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2006 s. 81-107.

Husa 2007

Husa, Jaakko: *Kreikan oikeus ja oikeuskieli*. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2007.

Hussey 1986

Hussey, J.M.: *The Orthodox Church in the Byzantine Empire*. Clarendon Press, Oxford 1986.

Joseph 2005

Joseph, B. D. :*Greek, Modern, teoksessa Encyclopedia of Language and Linguistics [14 vols]*. Elsevier 2005 s. 152-154.

Kirkinen – Railas 1982

Kirkinen, Heikki ja Railas, Viktor: *Ortodoksisen kirkon historia. Ortodoksisen kirjallisuuden julkaisuneuvosto, Pieksämäki* 1982.

Koskenniemi 1998

Koskenniemi, Martti: *Kansainvälinen oikeus, teoksessa Encyclopædia Iuridica Fennica VI. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki* 1998 s. 366-378.

Kucukcan 2003

Kucukcan, Talip: *State, Islam and Religious Liberty in Modern Turkey*. Brighman Young University Law Review 2003 s. 475-506.

Kuismin 1996

Kuismin, Heikki: *Kreikan ja Turkin välinen saarikiista. Oikeus* 1996 s. 227-233.

Kyriazopoulos 2004

Kyriazopoulos, Kyriakos N.: *Proselytization in Greece. Journal of Law and Religion* 2004 s. 149-224.

Legrand 1996

Legrand, Pierre: *European Legal Systems are not Converging. International and Comparative Law Quarterly* 1996 s. 52- 81.

Leon 1974

Leon, Georg B.: *Greece and the Great Powers 1914–1917*. Institute for Balkan Studies, Thessaloniki 1974.

Letsas 2004

Letsas, George: *The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR. European Journal of International Law* 2004, s. 279-305.

Lewis 1999

Lewis, Geoffrey: *The Turkish Language Reform: a Catastrophic Success*. Oxford University Press, New York 1999.

Macar & Gökaçti 2006

Macar, Elçin & Gökaçti, Mehmet Ali: *Discussion and Recommendations on the Future of the Halki Seminary*. TESEV, Istanbul 2006.

Madden 2005

Madden, Thomas F.: *Kristinusko ja umma, teoksessa (toim.) Madden: Ristiretket*. Gummerus, Helsinki 2005 s. 12-30.

Magno 2002

Magno, Cyril: *Constantinople, teoksessa (ed.) Cyril Magno: The Oxford History of Byzantium*. Oxford University Press, Oxford 2002 s. 64-70.

Meyendorff 1982

Meyendorff, John: *The Byzantine Legacy in the Orthodox Church*. St. Vladimir's Seminary Press, Crestwood/New York 1982.

Meyendorff 1987

Meyendorff, John: *Vision of Unity*. St. Vladimir's Seminary Press, Crestwood/New York 1987.

Meyendorff 1989

Meyendorff, John: *Imperial Unity and Christian Division*. St. Vladimir's Seminary Press, Crestwood/New York 1989.

Nousiainen 1993

Nousiainen, Kevät: *Prosessin herruus*. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1993.

Okcuoğlu 2007

Okcuoğlu, Selim: *Turkin oikeuspolitiikka vaihtelee EU-jäsenyyssprosessin edetessä*. *Oikeus* 2007 s. 497-499.

Oktem 2002

Oktem, Niyazi: *Religion in Turkey*. *Brighman Young University Law Review* 2002 s. 371-403.

Ovey & White 2002

Ovey, Clara & White, Robin: *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2002.

Pamuk 2004

Pamuk, Orhan: *Istanbul – muistot ja kaupunki*. Tammi, Helsinki 2004 [suom. Tuula Kojo].

Papadopoulos 1990

Papadopoulos, Theodore H.: *Studies and Documents relating to the History of the Greek Church and People under Turkish Domination*. Variorum, Hampshire 1990.

Patsavos 1995

Patsavos, Lewis J.: *Primacy and Conciliarity*. Holy Cross Orthodox Press, Brookline/Mass. 1995.

Pellonpää 2007

Pellonpää, Matti: *Europeiska mänskörättskonventionen*. Talentum, Helsinki 2007.

Pelttari 1998

Pelttari, Antti: *Valtiosopimus, teoksessa Encyclopædia Iuridica Fennica VI Suomalainen Lakimiesyhdistys*. Helsinki 1998 s. 928-933.

Perho 2002

Perho, Irmeli: *Islamin historiaa 600-luvulta 1900-luvulle, teoksessa (toim.) Helena Allahwerdi ja Helena Hallenberg: Islamin porteilla. Tammi, Helsinki 2002 s. 74-95.*

Petman 2007

Petman, Jarna: ”Ei vain kivun ja kärsimyksen tuottamista”: kidutuksen kielto Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä. *Lakimies 2007 s. 1149-1169.*

Pihlajamäki – Mäkinen – Varkemaa 2007

Pihlajamäki, Heikki, Mäkinen, Virpi ja Varkemaa, Jussi: *Keskiajan oikeushistoria. Suomalaisen Kirjallisuuden Seura, Helsinki 2007.*

Quest for Equality

A Quest for Equality: Minorities in Turkey. Minority Groups International 2007.

Roudometof 1998

Roudometof, Victor: *From Rum Millet to Greek Nation. Journal of Greek Studies 1998 s. 11-48.*

Runciman 1965

Steven Runciman: *The Fall of Constantinople. Cambridge, Cambridge University Press 1965.*

Runciman 1968

Runciman, Steven: *The Great Church in Captivity. Cambridge, Cambridge University Press, Cambridge 1968.*

Skenderis 2004

Skenderis, Steven Stavros: *The Ethnic Greeks in Turkey. Saint Thomas Law Review 2004 s. 551-584*

Slaughter 2004

Slaughter, Anne-Marie: *A New World Order. Princeton University Press, Princeton 2004.*

Toplum ve hukuk araştırmaları vakfı

Toplum ve hukuk araştırmaları vakfı. *Oikeus 2006 s. 651-654.*

Tsilas 1997

Tsilas, Loucas: *Greek-Turkish Relations in the Post-Cold War Era. Fordham International Law Journal 1997 s. 1589-1605.*

Tsirpanlis 2006

Tsirpanlis, Constantine N.: *Ο Απόστολος Ανδρέας, ο Πρωτόκλητος ιδρυτής Εκκλησίας του Βυζαντίου και η Πατριαρχείο Κων/πόλεως. The Patristic & Byzantine Review 2006 s. 22-66.*

Virtanen 2003

Virtanen, Lasse: *Metropoliitta Johannes – Bysantin luottomies, Ajatus, Helsinki 2003.*

Viscuso 2006

Viscuso, Patrick: *Orthodox Canon Law. InterOrthodox Press, Berkeley/Cal. 2006.*

Ware 1993

Ware, Timothy: *The Orthodox Church. Penguin Books, London 1993.*

Wildhaber 2007

Wildhaber, Luzius: *The European Convention on Human Rights and International Law. International and Comparative Law Quarterly 2007 s. 217-232.*

Woodhead 2004

Woodhead, Linda: *An Introduction to Christianity. Cambridge University Press, Cambridge 2004.*

Yiannopoulos 1993

Yiannopoulos, Athanassios N.: Historical Development, teoksessa (eds.) Konstantinos D. Kerameus & Phaedon J. Kozyris: Introduction to Greek Law. Kluwer/Sakkoulas, Deventer 1993 s. 1-12

Zachariadou 1996

Zachariadoun, Elisabeth A. (Ελισάβετ Α. Ζαχαριάδου): Kymmenen turkkilaista Suurta Kirkkoa koskevaa dokumenttia (Δέκα τουρκικά έγγραφα για την Μεγάλη Εκκλησία 1483-1567 (Εκδόσεις Ινστιτούτου Βυζαντινών Ερευνών, Αθήνα 1996).

Zumbansen 2006

Zumbansen, Peer: Transnational Law, teoksessa (ed.) Jan M. Smits: Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Edward Elgar, Cheltenham 2006 s. 738-754.

Örücü 1996

Örücü, Esin: Turkey: Change Under Pressure, teoksessa (eds.) Esin Örücü, Elspeth Atwooll & Sean Coyle: Studies in legal systems: mixed and mixing. Kluwer, Dordrecht 1996, s. 89-111.

Örücü 2003

Örücü, Esin: The Turkish Experience with Judicial Comparativism in Human Rights Cases, teoksessa (ed.) Esin Örücü: Judicial Comparativism in Human Rights Cases. UK National Council of Comparative Law, London 2003 s. 131-154.

Özbudun 2005

Özbudun, Ergun: Constitutional Law, teoksessa (eds.) Tu rul Ansay and Don Wallace: Introduction to Turkish Law. Kluwer, The Hague 2005 s. 19-45.

OIKEUSTAPAUSLUETTELO

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (EIT)

Kokkinakis v. Greece (24.6.1993, application no. 14307/88).

Holy Monasteries v. Greece (9.12.1994, A 301-A).

Canea Catholic Church v. Greece (16.12.1997, application no. 25528/94).

Sidiropoulos and others v. Greece (10.7.1998, application no. 57/1997/841/1047).

Serif v. Greece (14.2.1999, application no. 38178/97).

Selmouni v. France (28.7.1999, application no. 25803/94).

Akkoç v. Turkey (10.10.2000, application nos. 22947/93 ja 22948/93).

Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova (13.12.2001, application no. 45701/99).

Refah partisi [(The Welfare Party) and others v. Turkey (13.2.2003, application nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 ja 41344/98).

Connors v. United Kingdom (27.5.2004, application no. 66746/01).

Mamatkulov and Askarov v. Turkey (4.2.2005, application no. 46827/99 ja 46951/99).

Öcalan v. Turkey (12.5.2005, application no. 46221/99).

Nachova and others v. Bulgaria (6.7.2005, applications nos. 43577/98 and 43579/98).

Leyla Şahin v. Turkey (10.11.2005, application no. 44774/98).

Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia (5.10.2006, application no. 72881/01).

Fener Rum Erkek Lisesi Vakfi c. Turquie 9 janvier 2007 (requête n° 34478/97).

Apostolidi et autres c. Turquie 27 mars 2007 (requête n° 45628/99).

Jaakko Husa

Décision sur la recevabilité (requête n° 14340/05) [Patriarcat oecumenique (Fener Rum Patrikliği) v. Turquie].

Turkin korkein oikeus (Yargıtay)

Case No 2005/10694, Decision No 2007/5603 Court of Cassation (4th Penal Chamber).

Jaakko Husa

THE MEETING OF AN ANCIENT LEGAL TRADITION AND NATIONALISTIC LAW – THE ECUMENICAL PATRIARCHATE OF CONSTANTINOPLE AND TURKEY

The world of law is highly diverse and contains many legal inhabitants (states, organisations, nations, languages, cultures etc.) which do not share a constant vision of time or of the past. When new states are born and old ones are shattered or disappear, the idea concerning legal continuity spanning over time is put under critical test. International (public) law contains norms for these types of situations, but they do not eradicate the fundamental tension which the old and new legal order bring about inside the state itself. Inner-tension based problems tend to be severe if indigenous legal traditions that were accepted by the old order are not even recognised by the new. The more ancient and institutionalised the legal traditions are, the more burning the tension appears to be. This is especially the case if a legal tradition is considered as an “alien” or even an “inside-enemy” from the point of view of the new state and its prevalent legal culture.

The schismatic problem arises from the fact that all legal traditions are inherently normative: they embody the demand for normative power for their own legal inheritance. We may call this dimension of legal traditions ‘the presence of the past’ (term from *Pierre Legrand*) which expresses legal-cultural experience of a historically conditioned understanding exceeding that of the present state and its contemporary legal system.

This paper examines an ancient and highly refined written legal tradition situated in modern Turkey. The institution in question is the Ecumenical Patriarchate of Constantinople (in Greek Οἰκουµενικό Πατριάρχειο Κωνσταντινουπόλεως) which is situated in today’s Istanbul. It is an important religious institution for all Greek Orthodox churches throughout the world, even though in Turkey it is confined to a small minority. The case of patriarchate is exceedingly seminal for anyone who wishes to explore what are the detailed and complex difficulties between old and new law in a situation in which all the odds seem to be against the very survival of a long-standing legal tradition. To put it briefly, historically derived and selected nationalistic ideas and values about the law and prevalent Turkish legal regime do not seem to allow a healthy base for the survival of the patriarchate.

Yet the patriarchate constitutes an intriguing laboratory for examining an ancient living tradition containing normative information. In this study, the patriarchate is conceived as a specific legal tradition which is inherently bearing the ‘presence of the past’ i.e. the demand to recognise its soft normative transnational power and long-standing body of normative information. The impressive past of this institution dates back to the times of Antiquity, continues through the Middle-Ages spreading from the East to Rome (330-1452) to the Ottoman Empire or the *Osmanlı İmparatorluğu* (1453-1922) and to modern day Turkey (1923-). The deep roots of the patriarchate also provide us with an historical irony: modern Turkish law has been drawing heavily from the European Civil Law tradition which is based on Roman law (or rather *ius commune*), with this very same Roman foundation providing an undeniably recognised position for the patriarchate which modern Turkish law does not.

The research theme is approached and analysed by regarding the patriarchate as a transnational legal tradition (in the sense developed by *H. Patrick Glenn*) which has its foundations based upon ancient Roman law (e.g. *Νεαροές*, in Latin *Novellae*), orthodox canon law, law of the Ottoman Empire, international law of treaties, international human rights and even the old and up-to-date Turkish law. In accord, the study of the patriarchate requires also applying very ancient legal texts to modern day institutions.

Even though the theme itself and some of the material used in the study are of a theological or religious nature, the approach entertained here is legal i.e. it makes use of legal arguments. In a similar vein, the author, stresses the importance of human rights and specifically the significance of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. It is apparent that many of the important recent cases decided by the European Court of Human Rights (e.g. *Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı c. Turquie* 2007, *Apostolidi et autres c. Turquie* 2007 ECtHR) are crucial to the argument developed in this study. Relevant human rights case law (i.e. quasi-legislative side of human rights adjudication) provides a tool that is deployed in critical analysis concerning some of the overtly nationalistic tendencies in modern Turkish law. In addition, the United Nations’ Universal Declaration of Human Rights (1948) and the International Covenant on Civil and Political Rights (1966) are seen to hold a significant position in reinforcing the authority of human rights.

In chapter 2, the long history of the patriarchate and its ancient legal basis as well as its contemporary legal-cultural situation is presented and analysed. In chapter 3, a picture of the international law based position of the institute is presented as well as its position from the point of view

of Turkish modern law (of international and domestic nature) and legal culture. In addition, some of the most relevant legal problems between the patriarchate and Turkish law are encountered: the contested ecumenical nature in the light of the recent Turkish Court of Cassation (in Turkish *Yargıtay*) case decided in summer 2007, hindered schooling of priests (the question of Halki-seminar), lack of protection for property, and troubled nomination-procedure of patriarch and other clerical personnel (the demand of Turkish citizenship). Even so, at the very heart of the problem lies the lacking formal legal recognition of the patriarchate.

In chapter 4, the author criticises Turkish interpretations of the Treaty of Lausanne (1923) and international human rights from the point of view of protection of national religious minorities. The author provides argument for more a human rights friendly approach, stressing the legitimacy of indigenous minority rights and their accompanying long-standing cultural institutions. In particular, the unilateral *mala fides* interpretation-technique applied, highly questionable in modern day international law, is put under analytical critique. However, the main critique is targeted against the seemingly overt nationalistic manner that Turkey deploys when it makes interpretations about the legal position of the patriarchate. It seems Turkish judges are bringing their nationalistic legal-cultural assumptions, preferences and more importantly their prejudices into courtrooms when they deal with the patriarchate. As an outcome, the *de facto* legal basis of this institution is very thin indeed. The consequences are profound since the very survival of the patriarchate is at stake.

This study advocates for a change in Turkey's human rights culture. By and large the problems are not of a Law-in-Books nature but, instead, Law-in-Action nature. One must be careful, though, not to generalise too broadly. In other words, the Turkish legal system *per se* is not problematic but, instead, the nationalistic interpretations may easily be targeted to severe human rights based criticism. Contestable nationalistic presuppositions (e.g. so-called syndrome of Sèvres) lie at the foundation, buried neatly under the surface, of seemingly problem-free formal law. In the final chapter (5) the author questions the lacking recognition of the normative 'presence of the past' of the patriarchate.

Finally, the author concludes, that as an important state holding potentially a unique position between the Western and Eastern legal cultures, Turkey certainly deserves a more legitimate human rights culture than is present today. As legal-cultural attitudes concerning human rights of minorities differ from today's ECHR's value-base, it seems rather uncontested that the future of the patriarchate is connected with the development of the Turkish human rights culture. Ultimately, minority human rights should

work against all forms of violence, imperialism and suppression, which on the other hand, normally go hand in hand with mono-cultural nationalism (i.e. Kemalistic *milliyetçilik*).

Sanna Mustasaari

**ISLAMILAINEN PERHEOIKEUS
SUOMEN OIKEUSJÄRJESTELMÄSSÄ**

SISÄLLYS

1	JOHDANTO.....	191
1.1	Tutkimuskohde.....	191
1.2	Eurooppalainen islam.....	194
1.3	Metodista ja lähteistä.....	198
2	ISLAMILAINEN PERHEOIKEUS.....	200
2.1	Islamilaisen oikeuden tausta ja oikeuslähteet.....	201
2.2	Avioliitto-oikeus.....	205
2.2.1	Avioliiton solmiminen ja puolisoitten velvollisuudet avioliitossa.....	205
2.2.2	Avioliittosopimus ja Mahr	209
2.2.3	Avioero.....	210
2.3	Lapsioikeus.....	212
2.3.1	Vanhemmuus.....	212
2.3.2	Huoltajuus ja elatus.....	213
2.4	Perintöoikeus.....	214
3	ISLAMILAINEN PERHEOIKEUS SUOMESSA.....	216
3.1	Islamilaiset perheoikeudelliset käytännöt Suomessa.....	216
3.2	Avioliitto uskonnollisena ja oikeudellisena instituutiona.....	224
3.3	Islamilainen perheoikeus riitatilanteissa.....	229
4	ISLAMILAISEN PERHEOIKEUDEN SOVELTAMINEN OIKEUSJÄRJESTELMÄNÄ.....	233
4.1	Yksityinen ja julkinen – sopimusvapauden laajuus perheoikeudessa.....	234
4.1.1	Lainvalintasopimukset.....	234
4.1.2	Välityssopimus.....	235
4.2	Islam ja ordre public erityisesti perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta.....	243
4.2.1	Islam ja yksilö – islamilainen oikeus perus- ja ihmisoikeusdiskurssissa.....	244
4.2.2	Islam ja yhteisö – uskonnollisuus ryhmän oikeutena.....	249
4.3	Uskonnollisen argumentin tunnustaminen.....	252
5	LOPUKSI.....	256
	THE ISLAMIC FAMILY LAW AND FINNISH LEGAL SYSTEM.....	265

Islamilainen perheoikeus Suomen oikeusjärjestelmässä

1 JOHDANTO

1.1 Tutkimuskohde

Tässä kirjoituksessa lähtökohtani on tarkastella islamilaista perheoikeutta suomalaisena, pohjoismaisena ja eurooppalaisena ilmiönä kontekstissa, jossa perheoikeudellisia käytäntöjä tarkastellaan ryhmän ja yksilön oikeuksien problematiikan kautta. Kirjoitus pohjautuu OTK-tutkielmaan.

Islamin teologisen tai juridisen diskurssin ulkopuolisen tutkijan kykyä ja oikeutusta esittää islamilaisen lain olemusta tai uskonnon käskyjä ja niiden tulkintaa koskevia kannanottoja on toisinaan epäilty¹. Islamilaisen oikeuden syväluotaava tutkimus ei ole kuitenkaan tämän kirjoituksen tarkoitus, vaan näkökulma on pääosin Suomen oikeuden sisäinen. Tarkastelen islamilaisen oikeuskäsityksen ja länsimaisen, erityisesti pohjoismaisen oikeuskäsityksen eroja sekä suomalaisen muslimivähemmistön käsityksiä islamilaisen lain sisällöstä ja kokemuksia suomalaisesta oikeusjärjestelmästä ja sen toimivuudesta perheoikeudellisten ongelmien ratkaisijana.

Tutkimuskysymyksenä on, miten islamilaisen perheen ja sen jäsenien perheoikeudelliset ongelmat voidaan oikeusjärjestelmässä kohdata perusoikeusmyönteisesti eli niin, että uskontoon kuuluvia perheoikeudellisia sääntöjä noudattavat oikeudelliset käytännöt (avioliiton solmiminen, perheoikeudelliset sopimukset ym.) voidaan mahdollisimman laajasti, oikeudenmukaisesti ja tehokkaasti tunnistaa ja tunnustaa Suomen oikeusjärjestelmässä, kuitenkin niin, ettei perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista vaaranneta yksittäistapauksessa tai järjestelmän tasolla.

¹ Renata Pepicelli käsitteli islamin ulkopuolisen tutkijan oikeutusta käsitellä uskonnon perustavia teesejä mm. historiallisen rinnakkaineloa kautta puheenvuorossaan Islamic Feminism: Identities and Positionalities seminaarissa Islamic Feminism: Current Perspectives, Tampere Peace Research Institute 31.8.2007.

Perheoikeudellinen näkökulma aiheeseen on luonteva etenkin siksi, että perheoikeuden esitetään usein olevan islamilaisen oikeuden tärkein alue² ja toisaalta siksi, että oikeus oman identiteetin mukaiseen perhe-elämään on yksilön autonomian kannalta olennainen. Tarkastelen tässä kirjoituksessa islamilaista perheoikeutta suomalaisesta perheoikeuden järjestelmästä käsin, joten perheoikeudella tarkoitan suomalaisittain määriteltyä, siviilioikeudellista perheoikeutta. Islamilaiseen perheoikeuteen kuuluvaksi saatetaan lukea esimerkiksi meidän järjestelmässämme rikosoikeuden alaan kuuluvia elementtejä, kuten vaimon tottelemattomuudesta seuraava miehen (kiistanalainen) oikeus kurittaa vaimoaan. Näitä kysymyksiä en käsittele lainkaan vaan aiheen rajausta seuraa kotimaista oikeudenalajaottelua. Tarkoitus on selvittää, minkälaisia perheoikeudellisia käytäntöjä ja ongelmia Suomen muslimivähemmistön keskuudessa esiintyy ja jäävätkö ne meidän oikeutemme silmissä näkymättömiin sekä pohtia minkälaisia seurauksia näkymättömiin jäämisestä on. Näin ollen aihe sivuaa myös uskonnollisen argumentin paikkaa demokraattisessa yhteiskunnassa ja oikeustieteellisessä diskurssissa, uskonnonvapauden ulottuvuuksia ja ryhmien ja yksilön oikeuksien suhdetta.³

Eri puolilla maailmaa ja eri yhteisöissä islamilaista lakia tulkitaan eri tavalla. Tässä kontekstissa islamilaista lakia, shari'aa, ei voi ymmärtää samanlaiseksi laiksi tai normistoksi kuin positiivinen, systematisoitu oikeus länsimaisessa oikeustieteessä ymmärretään. Toisaalta shari'a on enemmän kuin laki; se on kokonaisuus, jonka sisältämät säännöt voidaan länsimaisesta näkökulmasta tunnistaa osin ei-juridisiksi, esimerkiksi uskonnon harjoittamista ja elämäntapoja koskeviksi ohjeiksi (esimerkiksi Pöydän Suura, joka antaa ohjeet uskovalle sallituista ruoka-aineista) ja osin juridisia suhteita ja yksilön velvollisuuksia ja oikeuksia määritteleviksi säännöiksi. Islami-

² El Alami – Hinchcliffe 1996 s. 3.

³ Suomessa oikeuden ja uskonnon suhdetta on tutkittu verrattain vähän, mutta useissa eurooppalaisissa yliopistoissa tutkitaan islamia, islamilaista lakia, islamin ja kristinuskon suhdetta ja islamin suhdetta läntiseen yhteiskuntaan. Ruotsissa Uppsalan yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa on meneillään monitieteinen tutkimusprojekti ”Den globala familjens rättsliga, kulturella och religiösa utmaningar”, jossa tutkitaan kuinka oikeustiede suhtautuu moninaisuuteen, islamin kohdalla vieraisiin oikeustraditioihin ja mm. moniavioisuuteen. Norjassa islamin suhdetta länsimaisiin oikeusjärjestelmiin on tutkittu Oslon yliopistossa (Norwegian Center for Human Rights, Oslo Coalition on Freedom of Religion or Belief), Isossa-Britanniassa tutkimusta tehdään mm. Bristolin (Centery Of Law and Religion), Glasgown (teologian ja uskontotieteen laitos), Exeterin (Institute of Arab and Islamic Studies), Cardiffin (Centre for the Study of Islam in the UK), Birminghamin (sosiologian laitos) ja Walesin (Centre for Islamic Studies) yliopistoissa. Yhdysvalloissa tärkeä tutkimuslaitos on mm. Emoryn yliopistossa (Center for the Study of Law and Religion).

lainen oikeus eroaa kirjoitetun lain järjestelmästä ja lukuisat eri tulkinnat tekevät sen oikean sisällön hankalaksi tavoittaa.

Erilaisten tulkintatraditioiden ja yhteisön hajaantumisen vuoksi vähemmistöjen tai yksittäisten muslimien käsitykset islamista ovat erilaisia ja joskus hyvinkin aukollisia tai vääriä. Uskonnonvapauden toteutumisen kannalta keskeinen kysymys on kuitenkin se, onko uskontonsa kautta tiettyihin oikeusnormeihin sitoutuneella ihmisellä mahdollisuus elää näiden normien mukaan, tulisiko tällainen mahdollisuus olla ja millä tavalla mahdollisuuden toteutuminen olisi mahdollista ja parasta järjestää. Tutkimuksen kohteena on siis yhteiskuntatodellisuudessa mahdollisesti olemassa oleva oikeudellinen järjestelmä (islamilainen laki ja tämän vähemmistön oikeudelliset käytännöt) normitodellisuudessa voimassa olevan, vallitsevan oikeusjärjestelmän sisällä.

Tutkimuskohteella on myös läheinen yhteys oikeuden ja arvojen suhteeseen. Vaikka perheoikeus on oikeuden pintatasolla arvoneutraalia, joudutaan moraalikoodiin ottamaan kantaa oikeudellisen käytännön tunnistamisen kysymyksessä. Ratkaisu, joka kuten Aarnio toteaa, on sidottu tiettyyn moraalikoodiin⁴, tehdään tässä mielessä tunnistamista koskevana, ratkaisua edeltävänä kysymyksenä. Oikeudellisten käsitteiden myöhästyminen ympäröivän yhteiskunnan muutoksesta johtaa Tuorin mukaan siihen, ettei oikeuskieli kykene tarjoamaan välineitä yhteiskunnallisen ongelman kääntämiseksi oikeudelliseksi ongelmaksi.⁵ Oikeuden sosiolaation tavoitteena on kaikkien ryhmien (ja ideaalitulanteessa yksilöiden) osallistuminen yhteiskunnalliseen keskusteluun ja päätöksentekoon, mikä mahdollistaa yksilöille elämisen yhteisönsä jäsenenä omien normiensa – tai arvojensa – mukaisesti.

Länsimainen yhteiskunta ja valtio on perinteisesti nähty Weberin esittämällä tavalla legaalisena/rationaalisena, eikä uskonnolla ole ollut sijaa julkisessa⁶. Kuitenkin legaalisuuden vaatimus pitää sisällään hyväksyttävyyden vaatimuksen. Monimuotoisessa ja -arvoisessa yhteiskunnassa on kysyttävä, riittääkö demokraattinen päätöksentekojärjestelmä (jossa monet vähemmistöt eivät ole mukana) turvaamaan legitimitetin vai pitäisikö oikeusjärjestelmältä edellyttää laajempaa hyväksyntää. Aarnio toteaa Otto Brusiniin viitaten, että juridiset rakenteet kasvavat yhteiskunnallisesta todellisuudesta, ja oikeuden tehtävänä on systematisoimalla hahmottaa osan ja kokonaisuuden suhdetta⁷.

⁴ Aarnio 1988 s. 187.

⁵ Tuori 2007 s. 145.

⁶ Alwall 1998 s. 115.

⁷ Aarnio 1975 s. 356.

Tuorin mukaan arvoilla on yhteys identiteetteihin, ja oikeusjärjestyksessä voidaan erottaa kolme vahvojen arvojen ja niitä vastaavien identiteettien tasoa: yksilötason, ryhmäkohtaisten elämänmuotojen tason ja koko oikeusyhteisön tason. Eettisen järjen ulottuvuudessa oikeuden tulisi Tuorin mukaan pidättäytyä koko oikeusyhteisön jakamissa arvoissa, jotka saavat ilmaisunsa etenkin perusoikeuksissa. Arvopluralismi toteutuu siten yksilön ja ryhmäkohtaisten elämänmuotojen tasoilla, ja perusoikeudet myös rajoitavat oikeuden puuttumista arvoihin näillä tasoilla. Näin perusoikeuksien mekanismi torjuu arvotyranniaa ja varmistaa mahdollisuuden yksilöllisille ja ryhmäkohtaisille valinnoille.⁸

Uskonnollinen vähemmistö oikeudellisena yhteisönä, eräänlaisena oikeusjärjestelmän alakulttuurina, on luonteeltaan antropologinen tai sosiologinen tutkimuskohde. Rajankäynti sen suhteen, onko tässä kirjoituksessa käsiteltävä ilmiö perusluonteeltaan oikeudellinen, sosiaalinen vai poliittinen, on hankalaa. Olen pyrkinyt välttämään keinotekoisien oikeudellisten ongelmien luomista ja kiinnittämään tarkastelun olemassa oleviin käytäntöihin. Totta on, että (uskonnollisen) vähemmistön asemaan ja perheoikeudellisiin käytäntöihin liittyvät, aiheen kannalta relevantit kysymykset eivät kaikkein keskeisimmiltä periaatteiltaan ole oikeudellisia. Monikulttuuristuminen yhteiskunnallisena muutoksena merkitsee kuitenkin myös oikeusnormien toimintaympäristöjen muutosta, mikä haastaa oikeustieteilijöitä tarkastelemaan uudelleen normien ja tosiasiallisten käytäntöjen vastaavuutta sekä perusoikeuksien näkökulmasta että tulevien oikeudellisten ongelmien ennakoimiseksi. Tässä mielessä tutkimuskohde ja tutkimus liittyy *access to justice* -näkökulmaan, jonka lähestymistapa korostaa yhteiskunnallisten tarpeiden tunnistamista ja tältä pohjalta rakentuvaa instituutioiden ja prosessien luomista sekä niiden tulosten ja vaikutusten arviointia⁹.

1.2 Eurooppalainen islam

Islamia ei aina mielletä eurooppalaiseksi uskonnoksi ja ilmiöksi, mutta itse asiassa se on ollut osa eurooppalaista menneisyyttä, nykyisyyttä ja tulevaisuutta jo toista tuhatta vuotta. Euroopassa elää n. 23 200 000 muslimia (Turkki mukaan laskettuna 90 300 000), joista EU-maissa n. 15 500 000¹⁰.

⁸ Tuori 2000 s. 258–259, Tuori 2007 s. 130.

⁹ Ervasti 1999 s. 641.

¹⁰ Savage 2004 s. 27.

Heistä Suomessa asuu n. 15 000–40 000¹¹, Ruotsissa n. 350 000, Ranskassa 5 000 000, Saksassa 4 000 000, Norjassa 69 000¹² ja Tanskassa 67 000¹³. Islam on läsnä Euroopassa pysyvänä ilmiönä, jonka näkyvyyden arvellaan lisääntyvän yhteisön kasvaessa. Muslimiväestö poikkeaa valtaväestöstä demografisesti; väestö on nuorempaa ja syntyvyys on suurempi, joten muslimien lukumäärän on arvioitu kaksinkertaistuvan lähivuosina¹⁴. Islamin merkitys Euroopassa ja Pohjoismaissa on kasvanut maahanmuuton myötä ja islamilaiseen vähemmistöön kuuluu enemmän maahanmuuttajia kuin valtaväestöön. Niinpä eurooppalaisen islamin kulttuurinen perimä on hyvin heterogeeninen eikä muslimeista voida puhua mitenkään monoliittisena ryhmänä; muslimiyhteisö koostuu useista toisistaan koulutuksen, sukupuolen, taloudellisen aseman, kielen ja osallistumisen asteen osalta poikkeavista ryhmistä¹⁵.

Vaikka islam tai islamilainen yhteisö ei olekaan yhtenäinen kokonaisuus, yleistäen voidaan sanoa, että islam sisältää opillisia, filosofisia ja arvostuksellisia ratkaisuja, joiden vuoksi islamilainen kulttuuri poikkeaa eurooppalaisesta kulttuurista. Voidaan puhua islamilaisesta ajattelusta, jolloin tarkoitus on tunnustaa islamiin liittyvän ajattelun erilaiset lähtökohdat ja niiden perusteena olevat filosofiset perusratkaisut. Islam sisältää myös erilaisia normeja, jotka säätelevät muslimin elämää, ja tässä mielessä voidaan puhua islamilaisesta oikeusjärjestelmästä tai islamilaisesta oikeudesta. Islamilaisen oikeuden sisältämät, uskovan elämää ohjaavat normit ovat aina ja kaikkialla velvoittavia, joten yhteisö pyrkii elämään niiden mukaan. Englannissa, Saksassa ja Ranskassa muslimiyhteisö on yrittänyt saattaa oman islamilaisen oikeusjärjestelmänsä voimaan niin, että tietyt asiat muslimien kohdalla ratkaistaisiin islamilaisen oikeuden eikä positiivisen lain perusteella.

Isossa-Britanniassa muslimiyhteisö on suurin uskonnollinen vähemmistö, ja se on useaan otteeseen 1970–1990-luvuilla yrittänyt saada hyväksytyksi erillisen shari'aan perustuvan järjestelmän, jonka mukaan muslimeiden keskinäiset siviilioikeudelliset asiat käsiteltäisiin. Vuoden 1984 Muslim Charter torjuttiin kuitenkin sillä perusteella, ettei ei-sekuläärinen oikeus-

¹¹ Muslimit Suomessa s. 8. Imaami Chebab Khodrin arvion mukaan n. 15 000 henkilöä (<http://www.logosmedia.fi/artikkeliarkisto/islamsuomessa.html>, viittauspäivä 23.7.2007). Ulkoministeriön Kirsti Westphalenin arvion mukaan n. 40 000 henkilöä, puheenvuoro seminaarissa Islamic Feminism: Current Perspectives, Tampere Peace Research Institute 31.8.2007.

¹² Savage 2004 s. 32 ja 37.

¹³ Alwall 1998 s. 122.

¹⁴ Savage 2004 s. 28.

¹⁵ Boyd 2004 s. 131.

järjestelmä pystynyt luotettavasti takaamaan universaalien ihmisoikeuksien toteutumista erityisesti naisten kohdalla. Tämän jälkeen yhteisö kehitti vaihtoehdoisen riidanratkaisujärjestelmän perheasioiden käsittelemiseksi. Islamic Sharí'a Council (UK) (ISC) tarjoaa pareille konsultaatiota ja on julkaissut lomakkeita, menettelytapoja ja sertifikaatteja perheoikeudellisten asioiden ratkaisemiseksi islamin edellyttämällä tavalla¹⁶. Tutkimusten mukaan yli puolet brittimuslimeista mieluummin noudattaa ISC:n ohjeita kuin tuo riitansa yleisiin tuomioistuimiin.¹⁷

Ranskassa perustuslaillisena lähtökohtana on kansalaisten ehdoton tasa-arvoisuus ja yhdenmukainen kohtelu. Vaatimus lain neutraalisuudesta sisältää myös assimilaatiotavoitteen, eikä uskontoon tai muuhun erityisryhmään kuulumisen perusteella muodostuvien ryhmien eriytymistä tai poikkeuskohdelua kannusteta¹⁸. Ranskan n. 5 miljoonasta muslimista vain n. miljoona on ranskan kansalaisia, joten muslimiyhteisö kohtaa paljon kansainvälisen yksityisoikeuden alaan kuuluvia tilanteita. Saksassa kansalaisuuden käsite nojautuu toisenlaiseen perinteeseen kuin Ranskassa; kansan (Volk) käsite rakentuu ajatukselle ”kansanhengestä”, eikä eri kansojen, kulttuurien ja uskontojen assimilaatiota lähtökohtaisesti pidetä järkevänä ajatuksena. Kansalaisuuden saaminen oli pitkään kytköksissä saksalaisten sukujuurien todistamiseen. Saksassa asuvista muslimeista suurin osa on alkuperältään turkkilaisia. Niin Ranskassa kuin Saksassakin kansalaisuus määrittelee perheoikeudellisissa asioissa sovellettavan lain.

Sekä Ranskassa että Saksassa oikeuskäytännössä on jouduttu määrittelemään *ordre public* suhteessa islamilaiseen perheoikeuteen, ja linjaukset vaikuttaisivat samansuuntaisilta. Esimerkiksi islamilainen *talaq*-avioero on molemmissa maissa joissakin tapauksissa oikeusjärjestyksen perusteiden vastaisena jätetty tunnustamatta ja morsiusrahasopimusta eli *mahr*-sopimusta on pidetty pätevänä ja täytäntöön pantavissa olevana sopimuksena.¹⁹

Islamilaisen vähemmistön merkitys eurooppalaisena ryhmänä tulee todennäköisesti kasvamaan. Jos joskus ajateltiin, ettei oikeusvertailu perheoikeuden alalla ole mielekäästä, koska perheoikeuden pohjana olevat kulttuurit eroavat niin merkittävästi toisistaan, on nykyään oikeusvertailulle nimenomainen tilaus juuri kulttuurien kohtaamisen ja maahanmuuton vaikutuksesta.²⁰ Islamilaisen ajattelun, kulttuurin ja oikeuskäsityksen tunteminen

¹⁶ ISC:n sivuilla (www.islamic-sharia.org) on ohjeita jmm. hakupalvelu, jossa voi etsiä fatwoja eri aihepiireistä hakusanoilla.

¹⁷ Rude-Antoine s. 98 ja Boyd s. 80–81.

¹⁸ Alwall 1998 s. 127

¹⁹ Boyd 2004 s. 82–84.

²⁰ Krause 2006 s. 1101.

ja ymmärtäminen on tarpeellista myös yhteiskunnallisen itseymmärryksen näkökulmasta. Usein yhteiskunnallista keskustelua taustoittaa ajatus siitä, että muslimit ovat täällä vieraita, ”eksoottisia toisia”, joita siedetään mutta joita ei pidetä kansalaisina vaan ulkomaalaisina ja maahanmuuttajina²¹. Ehkä tästä vieraudesta johtuu, että islamiin yhdistetään yleisessä keskustelussa usein negatiivisia asioita: ääriuskonnollisuus, terrorismi, naisen alistettu asema yhteisössä ja monikansallisten perheiden hajoamiseen liittyvät ongelmat²².

Ryhmien välinen suhde on usein jollakin tasolla jännitteinen; materiaaliset ja ideologiset intressit ovat osin aidosti ristiriidassa sekä ryhmien kesken että niiden sisäisesti. Ryhmillä itsellään ja niiden jäsenillä yksilöinä on erilaisia tavoitteita suhteessa identiteettiin, resurssien jakoon ja turvallisuuteen. Täydelliseen sulautumiseen tai eriytymiseen tähtäävä liike ei viimekädessä ole kenenkään etu. Etenkin nuoret muslimit haluavat integroitua yhteiskuntaan mutta samalla säilyttää oman islamilaisen identiteettinsä ja islamilaiset käytäntönsä²³. Ryhmien ja yksilöiden erilaisten ulkoisten ja sisäisten tavoitteiden ristiriitaisuus ei ole uusi tai sinänsä vaarallinen ilmiö, vaan ryhmädynamiikkaan liittyvä luonnollisuus. Tämä ristiriita on sisäänrakennettuna myös oikeudessa²⁴. Aulis Aarnio erittelee oikeuden ja yhteiskunnan suhdetta valtajärjestyksenä ja normijärjestelmänä, jolloin edellinen edustaa sosiologista näkökulmaa ja jälkimmäinen juridista näkökulmaa. Aarnio toteaa, ettei oikeus ole yksipuolisesti kumpaakaan. Valtasuhteet heijastuvat kaikkeen säädännäiseen oikeuteen²⁵. Kuten ennenkin, merkitystä on sillä, minkälaisia valintoja ristiriitojen ratkaisemiseksi tehdään.

Vähemmistöjen jääminen sivuun tai sivuuttaminen yhteiskunnallisesta keskustelusta ja päätöksenteosta eristää ryhmiä toisistaan ja lisää ennakkoluuloja, turhautumista ja sitoutumattomuutta yhteiseen järjestelmään. Oikeusvaltion ideologiaan kuuluu sekä ennakoitavuus että yksilön kokemus sääntöjen oikeudenmukaisuudesta ja velvoittavuudesta²⁶. Tässä mielessä moniarvoisuus ja -kulttuurisuus on tämän päivän Euroopalle vakavasti otettava haaste sekä oikeusvaltion nauttiman legitimitietin että sisäisen turvallisuuden näkökulmasta. Jan Hjärpen mukaan omankädenoikeus toteutuu silloin, kun valtion lait koetaan epäoikeudenmukaisiksi²⁷.

²¹ Savage 2004 s. 30.

²² Wimelius 2002 s. 60.

²³ Savage 2004 s. 31.

²⁴ Wilhelmsson s. 345.

²⁵ Aarnio 1988 s. 15–16.

²⁶ Aarnio 1988 s. 19.

²⁷ Hjärpe 2006 s. 48.

1.3 Metodista ja lähteistä

Suomalaisessa oikeustieteessä oikeus mielletään perusteiltaan syvästi käytännölliseksi, toiminnalliseksi ja yhteiskunnalliseksi ilmiöksi²⁸. Kankaan mukaan oikeustieteellisen tutkimuksen laadulle asetettavista vaatimuksista ensimmäinen on, että tutkimuskohteena on oikeus²⁹. Lähestyn islamilaista perheoikeutta Suomessa läsnä olevana ilmiönä erilaisista näkökulmista, mutta tarkastelun perimmäisenä kohteena on kuitenkin Suomen oikeusjärjestys, jonka ympäristössä islamilaista perheoikeutta tarkastellaan. Aloitan tarkastelun luvussa 2 islamilaisen perheoikeuden melko yleisluontoisesta esittelystä. On ongelmallista puhua islamilaisesta oikeudesta sitomatta ilmiötä johonkin konkreettiseen valtioon, tapahtumapaikkaan tai -aikaan, sillä islamilaisen maailman monet suuntaukset tulkitsevat lakia toisistaan poiketen. Tarkasteltaessa islamilaista perheoikeutta Suomen oikeusjärjestelmässä on kuitenkin tarpeen tavoittaa yleiskäsitys islamilaisen oikeuden sisällöstä. Luvun pääasiallisena lähteenä olen käyttänyt Jamal J. Nasirin yleisesitystä islamilaisesta henkilöstatuutista mutta pyrkinyt myös tuomaan esiin joitakin reformistien esittämiä kriittisiä näkökulmia.

Luvussa 3 käsittelen perheoikeudellisten käytäntöjen olemassa oloa ja näkyvyyttä Suomessa sekä uskonnollisten yhdyskuntien roolia ja islamilaisien perheoikeudellisten käytäntöjen olemusta oikeustoimina ja islamilaisen perheoikeuden näyttäytymistä asianajotoiminnassa. Keskeiset lähteet tässä ovat Ihmisoikeusliitto ry:n selvitys, jonka osana liitto haastatteli Suomessa asuvia muslimeita, sekä omat haastatteluni sosiaaliviranomaisten ja asianajajien parissa. Metodi on haastattelujen osalta peräisin empiirisestä oikeustutkimuksesta. Haastatteluja oli yhteensä kymmenen, ja ne toteutettiin teemahaastatteluina. Teemahaastattelut liittyvät kvalitatiiviseen empiirisen tutkimuksen metodiin, jossa pyrkimyksenä on tutkittavan ilmiön ymmärtäminen.³⁰ Teemahaastattelussa kysymyksiä ja haastattelun runkoa ei ole kovin vahvasti strukturoitu ennalta, vaan tavoitteena on saada aikaan keskusteleva haastattelutilanne ja siten tavoittaa haastateltujen subjektiivisia käsityksiä haastattelussa käsiteltävistä teemoista. Tutkimusmuotona teemahaastattelun etuna on sen laajuus ja syvyys, millä tarkoitetaan, että haastateltavat voivat tuoda esiin kaikki haluamansa näkökohdat eikä haastateltujen kertomasta pyritä karsimaan affektiivisia, kognitiivisia tai evaluatiivisia merkityksiä.³¹ Siten myös jokainen haastattelu on erilainen, koska haastateltavan

²⁸ Nuotio 2003 s. 150.

²⁹ Kangas 1997 s. 105.

³⁰ Kainulainen 2004 s. 17.

³¹ Hirsjärvi ja Hurme 2006 s. 35.

vastauksista riippuu, mihin kysymyksiin haastattelu painottuu. Toisaalta haastattelutilanteessa myös rakennetaan yhteisiä merkityksiä.³²

Osa haastateltavista koki, että julkinen puhuminen uskontoon ja monikulttuurisuuteen liittyvistä teemoista ja subjektiivisista käsityksistä hankaloittaa työtä asettamalla kyseenalaiseksi objektiivisen ja neutraalin suhtautumisen asiakkaaseen. Tämän vuoksi olen käsitellyt haastatteluja anonyymisti ja yhteenvetona käydyistä keskusteluista ja niissä esiin nousseista asioista. Tämän kirjoituksen pohjana olevan tutkielman liitteenä oli tarkastusvaiheessa yksityiskohdat sisältävä yhteenveto haastatteluista lähdekонтроllin mahdollistamiseksi. On kuitenkin mainittava, että johtuen suhteellisen pienestä aineistosta, haastatteluissa käsiteltyjen teemojen yleisluontoisuudesta ja haastattelujen lyhyestä kestosta haastatteluja ei nauhoitettu.

Käytännöt ja argumentit, jotka eivät saa oikeudellista relevanssia, jäävät oikeusjärjestelmän ulkopuolelle tai näkymättömiin. Tämä saattaa olla ongelmallista sekä yleisellä tasolla että yksittäistapauksissa henkilön oikeussuojan kannalta. Yleisellä tasolla oikeudellisen valtakulttuurin dominanssi suhteessa alakulttuuriin on, vaikka ehkä välttämättömyys³³, ongelmallista ainakin sosiaalistumisprosessin ja yksilöiden sitoutumisen kannalta. Kysymyksenä on, tarvitaanko mahdollisuutta uskonnollisen argumentin tunnustamiseen. Uskonnollisella argumentilla tarkoitan uskonnon merkitystä aineellisesti oikean lopputuloksen saavuttamisessa. Luvussa 4 tarkastelen, kuinka laajasti yksilöt voivat sopia tietyn oikeusnormiston soveltamisesta välisiinsä oikeussuhteisiin ja mitkä normit viimekädessä rajoittavat sopimusvapautta. Rajoittavana mekanismina tarkastelen ordre public -oppia ja erityisesti sen suhdetta ihmis- ja perusoikeuksiin. Lisäksi otan esiin Kanadassa käydyssä, islamiin perustuvaa riidanratkaisua koskeneessa keskustelussa esitettyjä seikkoja. Lähteenä olen käyttänyt pääosin oikeustieteellisiä artikkeleita sekä Ontarion piirihallituksen toimeksiannosta laadittua selvitystä uskonnollisperusteisesta riidanratkaisusta.

Tutkimuksen tavoitteena on ymmärtää yhteiskunnallista muutosta, jonka seurauksena islamin vaikutus Suomessakin on kasvanut, monikulttuuristumisen seurauksia oikeustodellisuudessa ja eritellä sitä miten oikeusjärjestelmä suhtautuu pluralismille asettamaan haasteeseen. Metodi ei näin ollen voi olla oikeusdogmaattinen. Lainoppi kysyy, miten juridisiin kategorioihin formuloidut ongelmat voimassa olevan oikeuden mukaan tulee ratkaista, ei mitä tehdä niille konflikteille, jotka eivät päädy

³² Hirsjärvi ja Hurme 2006 s. 49 ja 92.

³³ Välttämättömyydellä viitataan säädännäisen oikeuden demokraattiseen syntyprosessiin, jonka ansiosta oikeus viimekädessä toteuttaa enemmistön arvoja ja intressejä, sekä yleisemmin oikeuden yhteiskunnan rakenteita ja yhteiskuntajärjestystä säilyttävään funktioon.

tuomioistuimiin. Ei kuitenkaan voine olla oikeustieteellistä tutkimusta tai tutkielmaa, joka ei lainkaan astuisi lainopin kentälle. Tässä kirjoituksessa lainopin näkökulmilla on merkitystä etenkin sopimusvapauden, välimiesmenettelyn ja ordre publicin pohdinnan osalta.

Hans-Georg Gadamerin hermeneutiikassa yhteiskunnallisen ilmiön ymmärtämiselle on keskeistä ymmärtämisprosessin kehäliikkeen tunnistaminen. Ymmärtämisen prosessissa olennaista on tunnistaa tutkijan oman esiyymmärryksen ja ennakkokäsitysten merkitys, sillä kokonaisuuden merkitystä ennakoidaan eksplisiittisesti.³⁴ Gadamerin näkemyksen mukaan aidosti objektiivista voi olla vain ennakkonäkemyksen työstäminen. Toisaalta myös ilmiötä itseään tulee ymmärtää omassa ainutkertaisessa ja historiallisessa kontekstissaan³⁵. Gadamerin hermeneutiikka ei kuitenkaan ole oppi tulkinnan oikeasta metodista, vaan johtaa pohtimaan itse tulkitsemisen edellytyksiä³⁶. Hänen antinsa metodille on ennen kaikkea saattaa tutkija tiedostamaan oman ennakkoluulonsa merkitys ja työstämään sitä. Kun vähemmistöä tarkastellaan ulkopuolelta ennakkoluulon ja -käsityksen merkitys korostuu, koska vähemmistön jäseniin, tässä kirjoituksessa muslimeihin, on vaikea välttää suhtautumasta ”toisina”. Negatiivista toiseuttaminen on silloin, kun se merkitsee alentuvuutta ja toisen esineellistämistä, mutta positiivisena se tarkoittaa oman kontekstin ja ulkopuolisuuden tunnustamista, esimerkiksi niin, että pohdittaessa miten oikeusjärjestelmän tulisi suhtautua islamilaiseen perheoikeuteen aihetta lähestytään ensisijaisesti kysymällä tätä muslimeilta itseltään.

2 ISLAMILAINEN PERHEOIKEUS

Seuraavassa käsittelen yleisluontoisesti islamilaisen oikeuden historiallista taustaa ja oikeuslähteitä sekä islamilaista avioliitto-, perintö- ja lapsioikeutta traditionaalisen, lakikoulukuntien tulkinnoista lähtöisin olevan käsityksen mukaan. Koulukuntien käsitykset vaihtelevat jonkin verran eikä kaikkien koulukuntien käsityksiä esitellä yksityiskohtaisesti. Lisäksi on hyvä muistaa, että reformistinen ja liberaali liikehdintä lisääntyy islamilaisen (oikeudellisen) ajattelun kentällä, ja lakikoulukuntien tulkintoja haastetaan jatkuvasti islamin sisältä käsin. Alajaksoissa 2.2–2.4 esitetty ei siis ole kaikkien muslimeiden käsitys islamilaisesta perheoikeudesta vaan

³⁴ Gadamer 2005 s. 29–30.

³⁵ Gadamer 1999 s. 5.

³⁶ Tontti 2001 s. 223.

perinteinen, lakikoulukuntien tulkintoihin perustuva käsitys lain sisällöstä. Osa perheoikeudesta on muodostunut jo 900-luvulla eivätkä läheskään kaikki moderniin tutkimusperinteeseen sitoutuneet islamin tutkijat jaa lakikoulukuntien käsityksiä.

2.1 Islamilaisen oikeuden tausta ja oikeuslähteet

Islam syntyi 600-luvun alkupuolella Arabian niemimaalla samaan kulttuuriseen maastoon kuin kristinusko ja juutalaisuuskin. Islamin opin mukaan Jumala on lähettänyt ilmoituksensa ihmisille profeetoille ilmoitettujen pyhien kirjojen välityksellä³⁷. Lopullinen ilmoitus annettiin Muhammadille, jolle Jumala puhui Koraanin. Ennen Mohammedia jumalallinen ilmoitus on annettu Moosekselle ja Jeesukselle, joiden seuraajat, juutalaiset ja kristityt, kuuluvat islamissa ”kirjan kansoihin”, kitabeihin³⁸. Ilmoitus on Jumalan puhetta sellaisenaan, ja rakenteeltaan se on runollista proosaa, jossa on sekä profeetan julistuksia että vastauksia ihmisten kysymyksiin. Koraani on itseoikeutetusti islamilaisen ajattelun tärkein lähde, ja näin myös islamin hierarkkisesti ylin oikeuslähde. Islam kehittyi profeetta Muhammadin kautta, joten profeetan elämänkaaren vaiheet vaikuttivat siihen, millaisia kysymyksiä Koraani käsittelee. Aluksi Mohammed toimi Mekassa uskonnollisena vaikuttajana ja ajattelijana, ja kronologisesti ensimmäiset julistukset keskittyivätkin uskonnon hyvin perustavanlaatuisten teesien, kuten yksijumalaisuuden, julistamiseen. Myöhemmin Muhammad siirtyi Medinaan ja siellä yhteisönsä hallitsijaksi. Profeetan valtiomieskaudelta ovat peräisin yhteiskuntaa ja yksilöiden maallista elämää säätelevät ohjeet.³⁹ Islamilaisten reformistien mukaan tällä on suuri merkitys Koraania tulkittaessa, ja voidaan ajatella, että Mekan kaudelta peräisin olevat suurat sisältävät tärkeämmän osan julistuksesta, kun taas Medinan kauden ohjeet on suunnattu tuohon aikaan olemassa olleelle ensimmäiselle muslimiyhteisölle⁴⁰.

Koraanin jälkeen islamin uskonnon ja opin tärkein lähde on profeetan Sunna⁴¹. Sunna tarkoittaa profeetan esimerkkiä, miten profeetta itse käyttäytyi eri tilanteissa. Se on uskonnon ja lain lähteenä miltei yhtä merkittävä

³⁷ Hämeen-Anttila 2005 s. 140.

³⁸ Mm. Nasir 1990, useissa kohdin. Yhteisestä perimästä johtuen kristityt ja juutalaiset ovat islamilaisen oikeuden edessä osin eri asemassa kuin muiden uskontojen harjoittajat tai ateistit, eikä heitä pidetä pakanoina.

³⁹ Hallaq 2001 s. 19, Waines 2003 s. 63–64.

⁴⁰ Bielefeldt 1995, s. 607.

⁴¹ Hallaq 2001 s. 49.

kuin Koraani, sillä profeetta oli elämässään jatkuvasti Jumalan inspiroima ja siksi Jumalan tahto ja tarkoitus toteutui puhtaana kaikissa hänen teoissaan, ratkaisuisaan, suhtautumistavoissaan ja valinnoissaan. Profeetan kuoltua tieto sunnasta säilyi aluksi kertomuksina, joita 700-luvulta alkaen alettiin kirjata ylös. Näitä kertomuksia kutsutaan hadítheiksi. Keskeinen ero islamilaisen ja länsimaisen ajattelun välillä on, että islamin doktriinin mukaan uskonto, islam, antaa vastauksen kaikkiin inhimillistä elämää koskeviin kysymyksiin, eikä erottelu maalliseen ja uskonnolliseen elämään tai lakiin ole mielekäs. Islam on itsessään ikuinen, täydellinen filosofinen ja tietopillinen järjestelmä, hyvän elämän opas uskoville ja sisältää täydellisen yhteiskuntajärjestyksen. Usein esitetään, että tästä opillisesta lähtökohdasta seuraa, ettei syvälle käyvä muutos islamissa ole mahdollinen: islam itsessään ei muutu. Vaikka islamin keskeisin funktio on uskonnollinen, sen normit ovat enemmän kuin uskonnollisia ohjeita. Ihmisen maallista elämää koskevia sääntöjä ja yhteiskunnallista elämää koskeva osa jumalallisesta ilmoituksesta muodostaa islamilaisen pyhän lain, sharí’an. Islamilaisen oikeusteorian mukaan laki on luonnollinen ja muuttumaton. Ajattelulla on yhtymäkohtia aristoteelis pohjaiseen luonnonoikeuteen ja tomistiseen filosofiaan⁴². Koraani ja sunna ovat sharí’an ensisijaiset lähteet, mutta itse sharí’a tulee erottaa sen lähteistä; pyhät tekstit eivät itsessään ole laki, vaan laki on löydettävissä niitä tulkitsemalla⁴³.

Hadítheihin kodifioidusta sunnasta peräisin olevat normit ja säännöt ovat luonteensa vuoksi avoimempia tulkinnalle kuin Koraanin sisältämät normit ja säännökset, koska Koraani on Jumalan puhetta sellaisenaan, sanatarkasti⁴⁴. Koraanikin on muotonsa vuoksi paikoin avointa tulkinnalle. Tämän vuoksi tarvitaan tekstin selittämistä, johon islamissa on pitkä perinne. Tekstin tulkinnassa käytetään sekä kielellistä ja historiallista selittämistä (tafsír) että allegorista tulkintaa (ta’will), jossa tekstille pyritään löytämään myös syvempiä merkityksiä⁴⁵. Kaikkiin kysymyksiin, joita islamilainen yhteisö kohtaa, ei löydy vastausta Koraanista tai hadítheista; Koraani tai sunna eivät ehkä tunnista koko ilmiötä tai ainakaan löydettävissä olevat ohjeet eivät sovellu siihen sellaisenaan. Silloin ratkaisujen oikeutusta perustellaan ja testataan joko yksimielisyyden käsitteen (ijmá) avulla tai analogisella päättelyllä (qiyás), jotka ovat islamin oikeuden toissijaiset lähteet.⁴⁶ Kun

⁴² Islamilaisista filosofialla on mm. Averroëen ja muiden arabifilosofien kautta yhtymäkohtia tomismissa kiteytyvään keskiajan skolastisen filosofian perintöön.

⁴³ Weiss 1996 s.199.

⁴⁴ Hämeen-Anttila 2005 s. 97.

⁴⁵ Hämeen-Anttila 2005 s. 93, Yilmaz 2005 s. 33 ss.

⁴⁶ Hämeen-Anttila 2005 s. 103, Yilmaz 2005 s. 33, Waines 2003 s. 65.

kaikki muslimit ovat yksimielisiä jonkin ilmiön tai asian kohtaamisesta, siihen liittyvä vakiintuva käytäntö perustellaan yksimielisyydellä. Käytännössä ijmá tarkoittaa oppineitten tai johtavien oppineitten kesken vallitsevaa yksimielisyyttä, ja sen merkitys oli islamilaisen yhteisön ja islamin imperiumin varhaisemmassa vaiheessa suurempi kuin nykyään⁴⁷.

Shari'aa tulkitsee islamilainen oikeustiede, fiqh-tiede. Lakia tulkitaan Koraanin ja sunnan perusteella, mutta lakikoulukunnat vaikuttavat suuresti tulkintoihin. Pääkoulukuntia on neljä sunnalaista (hanafiittinen, malakiittinen, shafi'iittinen ja hanbaliittinen) ja shiialainen, jota usein pidetään omana koulukuntanaan mutta josta myös on erotettavissa kolme lakikoulukuntaa (ja'farilainen, imamilainen ja zaidilainen). Vaikka koulukunnat eivät kaikkien asioiden suhteen eroakaan toisistaan kovin suuresti, lainoppineen tulee tulkinnassaan seurata oman koulukuntansa traditiota. Shari'an tulkinta ja tutkimus tapahtuu pääosin konkreettisiin kysymyksiin annettavien vastausten, fatwojen muodossa. Fatwa on lainoppineen, muftin, mielipide esitettyyn kysymykseen ja sitä voi pyytää kuka tahansa uskova. Fatwat voivat olla keskenään myös ristiriitaisia, eikä niillä periaatteessa ole keskinäistä paremmuusjärjestystä, joskin käytännössä toisten oppineiden tulkinnoille annetaan enemmän arvoa kuin toisten.⁴⁸ Lakikoulukunnat muodostuivat 900-luvun tietämillä, ja niiden kannanotot, jotka heijastelevat tuon ajan yhteiskunnan sosioekonomista rakennetta, poliittisia tavoitteita ja heimoperinteistä nousevia arvoja, ovat vaikuttaneet keskeisesti shari'an kehitykseen ja tulkintaan⁴⁹.

Perinteisesti islamilainen ajattelu on hyvin auktoriteettisidonnaista ja jumalallisen totuuden tavoittelua pelkästään inhimillisen järjen avulla on pidetty kyseenalaisena, koska vapaaseen päättelyyn turvautuessaan ihminen ikään kuin korottaa oman järkensä jumalan paikalle. Islamilaisen oikeuden traditionaalinen metodi onkin ollut lakikoulukunnan tulkintaa seuraava imitaatio, taqlid⁵⁰. Islamilaisen oikeuden traditionaalisen tulkinnan voidaan tästä syystä katsoa suuressa määrin seuraavan lakikoulukuntien 900-lukulaisten perustajien käsityksiä islamilaisesta laista.

Ainakin jossain määrin inhimilliseen järkeen turvautuminen on kuitenkin välttämätöntä lähteiden tulkinnassa, etenkin yhteiskunnan muuttuessa

⁴⁷ Hämeen-Anttila 2005 s. 102, Perho 2004 s. 72. Ijmán asemaa lähteenä on kiinnostavaa ajatella vertaamalla sitä Aarnion ja Perelmanin argumentaatioteorian auditorioon, jossa lopputulos ei myöskään rakennu luonnontieteelliselle totuuskäsitykselle vaan saavutetulle konsensukselle. Aarnio 1975 s. 340. Myös ijmá edellyttää jäseniltä tiettyjen etukäteen asetettujen ehtojen hyväksymistä.

⁴⁸ Hämeen-Anttila 2005 s. 93, Perho 2004 s. 73, Hallenberg 1998 s. 321.

⁴⁹ Rehman 2007 s. 108.

⁵⁰ Rehman 2007 s. 112 ja Bielefeldt 1995 s. 607.

ja uusien ongelmien ilmaantuessa. Itsenäisestä inhimillisestä ajattelusta tulkinnan keinona islamin todellisen merkityksen löytämiseksi käytetään nimitystä *ijtihad* (”etsintä”). *Ijtihad* on ollut kiistelty kysymys, ja pitkään oltiin sitä mieltä, että niiden kysymysten suhteen, joita *ijtihadin* avulla tavoiteltiin, on löydetty vastaukset jo 900-luvulla lakikoulukuntien muodostuessa ja niiden tulkintojen vakiintuessa. Tämä etsinnän päätyminen (closing the door/gate of *ijtihad*) merkitsi järkeen perustuvan päättelyn kieltämistä, staattisuuden vaatimusta ja imitaation metodologista vakiintumista. Reformistisen islamilaisen ajattelun mukaan juuri lakikoulukuntien kehittymiseen päättynyt *ijtihad* ja sen jälkeinen staattisuus on valanut islamilaiseen oikeuteen mm. mieskeskeisen maailmankuvan. Reformistien mukaan *ijtihadin* ovi on jälleen auki⁵¹, ja liberaalit oikeusteoreetikot pitävät islamin mukautumista muuttuvan yhteiskunnan vaatimuksiin luonnollisena ja islamin olemuksen mukaisena⁵².

Islamilaisessa maailmassa, eli niissä valtioissa, joissa islam on suurin uskonto, *shari’an* säännöt on ”implementoitu” positiiviseen lainsäädäntöön eri tavoilla. Joissakin valtioissa (esimerkiksi Pakistan ja Iran) valtio itse johtaa valtansa *shari’asta*, joissakin valtioissa *shari’an* säännökset on kodifioitu lakeihin (esimerkiksi Egyptin perheasioita koskeva siviililaki), ja joissakin valtioissa uskonto on täysin erotettu valtiosta ja lainsäädännöstä (esimerkiksi Turkki ja Tunisia). Yhteisymmärrys vallitsee kuitenkin siitä, että *shari’a* on luonteeltaan ”täydellinen järjestelmä, joka sääntelee inhimillisen elämän jokaista aspektia⁵³”. Koraanista nousevat velvoitteet ja islamilainen oikeus velvoittaa uskovia kaikkialla, mutta alueellisesti ja koulukunnittain tulkinnat oikeuden sisällöstä vaihtelevat. Tämän vuoksi islamilaista oikeutta tai *shari’aa* on vaikeaa lähestyä ja määritellä irrallaan paikasta ja yhteisöstä. Tehtävää ei helpota se, ettei meidän oikeusjärjestelmämme käsitteillä ilmaistuna islamilaista oikeutta ole lainkaan olemassa sellaisenaan, vaan joko vieraan valtion positiivisena oikeutena, jonka säännöt kansainvälisyksitysoikeudellisissa asioissa joskus on otettava huomioon tai normaaleina, suomalaisen lainsäädännön käsitteillä määriteltyinä sopimuksina, joiden sitovuus ja pätevyys määräytyy siviilioikeuden yleisten oppien tai (esimerkiksi perheoikeudellisen) erityissääntelyn nojalla.⁵⁴ Islamilaisen oikeuden normit kuuluvat tapa-, moraalij- ja uskonnon normien kenttään.

⁵¹ Mm. Hallaq 1996 argumentoi ajatuksen puolesta, myös Alwall 1998 s. 111–112.

⁵² Hallaq 2001 s. 166.

⁵³ Bakht 2004 s. 15.

⁵⁴ Abdullahi A An-Na’im toteaa, ettei *shari’an* vangitseminen positiiviseksi laiksi ole oikeastaan sen luonteesta johtuen mahdollista. Moraalikoodina se sääntelee etupäässä ihmisen moraalisia velvollisuuksia ja velvoittaa yksilöä suhteessa jumalaan. An-Na’im 2002 s. 18.

Oikeusnormeja ne eivät ole, sillä vaikka niiden soveltamisala (muslimit) on yleinen, ne koskevat tyyppitapauksia ja ovat siten abstrakteja, eikä niiden voimassaoloaikaa ole rajoitettu, niiltä puuttuu täytöntöönpanokoneisto eli ne eivät liity viranomaisvallan käyttöön (ilman em. implementointia).⁵⁵

2.2 Avioliitto-oikeus

2.2.1 Avioliiton solmiminen ja puolisoitten velvollisuudet avioliitossa

Kaikki oikeusjärjestelmät tunnistavat perheen yksikkönä, jonka yleensä käsitetään rakentuvan heteroseksuaaliselle parisuhteelle. Myös islamilaisessa traditiossa perhe on ennen kaikkea siveellinen yksikkö, jossa perheenjäsenten velvollisuuksia suhteessa toisiinsa painotetaan enemmän kuin oikeuksia. Näin perhe on nähty myös länsimaisessa oikeudessa⁵⁶. Avioliittoa ja perhettä pidetään yhteiskunnan perusyksikkönä, ja uskovien velvollisuutena voidaan pitää avioliiton solmimista ja perheen perustamista⁵⁷. Sukupuolisuhteet avioliiton ulkopuolella eivät ole sallittuja. Islamilainen avioliitto ei ole sakramentti, vaan osapuolten välinen tarjous–vastaus-mekanismiin perustuva sopimus, jolla osapuolet saavat oikeuden laillisesti nauttia toisistaan⁵⁸. Avioliittosopimus voidaan solmia suullisesti, mutta yleisin muoto on kirjallinen⁵⁹. Jotta avioliittosopimus olisi pätevä, tulee molempien puolisoitten olla kelpoisia solmimaan avioliiton. Tällä avioliiton solmimiskelpoisuudella ei aina tarkoiteta samaa kuin täysivaltaisuudella positiivisessa lainsäädännössä, vaan esimerkiksi ikärajat avioliiton solmimiselle vaihtelevat maittain. Ikäraja avioliittokelpoisuuden saavuttamiselle on yleensä alempi naisille/tytöille (Gazan alueella 9 vuotta, mutta suurimmassa osassa maita 18 vuotta) kuin miehille/pojille (15–20 vuotta). Huoltajan suostumuksella avioliittosopimuksen voivat solmia ikärajaa nuoremmatkin lapset ja joissakin maissa avioliittokelpoisuus sidotaan puberteettiin. Avioliittokelpoisuus edellyttää myös tervejärkisyttä.⁶⁰

⁵⁵ Oikeusnormin tunnistamisesta Aarnio 1988 s. 62–64.

⁵⁶ Helin 2004 s. 1245.

⁵⁷ Hallenberg 1998 s. 322.

⁵⁸ Nasir 1990 s. 41 ja 45, Hallenberg 1998 s. 322, Hinchcliffe 2000 s. 63.

⁵⁹ Nasir 1990 s. 46.

⁶⁰ <http://www.learningpartnership.org/resources/legislation/familylaw>, Nasir 1990 s. 47–49.

Avoliittosopimuksen solmivat joko mies ja nainen itse, puolisoiden valtuuttamat edustajat (proxy marriage) tai mies ja naisen edunvalvoja⁶¹. Yleisen tulkinnan mukaan naisen ei tule itse solmia avioliittosopimusta, vaan sen tekee hänen puolestaan edunvalvoja, joka sunnilaisten lakikoulukuntien mukaan on lähin miespuolinen sukulainen patrilinearisessa ketjussa (eli niin että nainen ja edunvalvoja ovat sukua toisilleen ainoastaan miespuolisten sukulaisten kautta). Edunvalvonta voi olla luonteeltaan joko sellaista, jossa edunvalvojalla on oikeus päättää avioliiton solmimisesta vastoin naisen tahtoa tai sellaista, jossa edunvalvojalla ei ole oikeutta pakottaa naista avioliittoon. Useiden maiden avioliittolaeissa on kuitenkin nimenomainen kieltö pakottaa ketään avioliittoon.⁶² Avioliitto on pätemättömyyden uhalla solmittava todistajien läsnä ollessa (kahden miehen tai kahden naisen ja yhden miehen), niin että molemmat todistajat kuulevat ja ymmärtävät sekä avioliittotarjouksen että siihen annetun vastauksen.⁶³

Avioliiton esteet on mainittu Naisten Suurassa. Esteinä pidetään sukulaisuutta, sukulaisuutta avioliiton kautta, kasvattilapsisuutta, ns. imetyssisaruuutta (sama nainen imettänyt), voimassa olevaa avioliittoa, peruuttamatonta avioeroa puolisoiden välillä, iddat-aikaa ja vääruskoisuutta⁶⁴. Voimassa oleva avioliitto on perinteisen tulkinnan mukaan ehdoton avioliiton este vain naiselle⁶⁵, sillä mies voi olla naimisissa samanaikaisesti neljän vaimon kanssa. Lehmän Suuran mukaan kolmannen kerran erottuaan vaimostaan mies ei enää voi ottaa tätä takaisin vaan erosta tulee peruuttamaton ja siten puolisoiden välisen uudelleenavioitumisen este⁶⁶. Avioliiton päätyttyä (kuolemaan tai avioeroon) nainen voi solmia uuden avioliiton ja mies viidennen avioliiton vasta iddat-ajan päätyttyä⁶⁷. Lehmän Suuran mukaan musliminainen saa avioitua vain muslimin kanssa, mutta Pöydän Suuran mukaan muslimimies saa avioitua myös muihin kirjanuskontoihin kuuluvan kanssa⁶⁸.

⁶¹ Nasir 1990 s. 50, Hallenberg 1998 s. 322. Myös suostumusta avioliittoon, vähimmäisavioikää ja avioliittojen kirjaamista koskevan YK:n yleissopimuksen 1(2) artiklan mukaan avioliitto on mahdollista solmia poikkeuksellisesti toisen puolison poissa ollessa. Suomi teki sopimukseen artiklaa koskevan varauksen, joten artiklaa ei sovelleta Suomen osalta.

⁶² Nasir 1990 s. 50–53.

⁶³ Nasir 1990 s. 54–55.

⁶⁴ Nasir 1990 s. 60–61, Hallenberg 1998 s. 322, Koraani s. 67–68, IV:22–24.

⁶⁵ Naisten Suuran mukaan tasapuolisuus on mahdotonta, mikä vuoksi jotkut katsovat, että moniavioisuus on islamissa tosiasiaa kiellettyä, Koraani s. 71, IV:129: ”Ette te voi olla tasapuolisia vaimoilenne vaikka kuinka haluaisitte...”

⁶⁶ Koraani s. 39, IV:229–230.

⁶⁷ Nasir 1990 s. 64.

⁶⁸ Nasir 1990 s. 69, Koraani s. 38, II:221 ja s. 85, V:5.

Bysanttilaisten Suurassa määrätään, että erotetun naisen on odotettava kolmen kuukautiskauden ajan, ennen kuin hän voi mennä uudelleen naimisiin⁶⁹. Tämän odotusajan, iddatin, tarkoituksena on varmistaa, onko vaimo raskaana ja jos on, syntyvän lapsen isyys, toimia eräänlaisena avioeron harkinta-aikana, jonka kestäessä mies voi halutessaan palata vaimonsa luokse ja suruaikana, jos avioliitto on päättynyt miehen kuolemaan.⁷⁰ Iddat kestää kolmen kuukautiskierron ajan tai kunnes lapsi syntyy ja määrittelee samalla ajan, jonka mies on elatusvelvollinen suhteessa vaimoonsa. Iddatin aikana mies voi yksipuolisesti päättää jatkaa avioliittoa, ellei avioero ole ollut peruuttamaton, puolisoilla on perintöoikeus toisiinsa, syntyvä lapsi katsotaan miehen lapseksi, vaimolla on oikeus ja velvollisuus asua parin yhteisessä kodissa ja vaimolla on oikeus saada elatusta mieheltä.⁷¹ Vaimon oikeus elatukseen ei kuitenkaan ole ehdoton, vaan riippuu avioliiton päättymisen syystä ja edellyttää yhteisessä kodissa asumista. Jos avioliitto päättyi kuoleman johdosta, avioliittosopimuksen pätemättömyyden johdosta tai vaimon oman, moitittavan käyttäytymisen vuoksi, ei elatusvelvollisuutta välttämättä ole.⁷² Erimielisyyttä juristien keskuudessa vallitsee niin ikään sen suhteen, onko oikeutta elatukseen silloin, kun kysymyksessä on peruuttamaton avioero⁷³.

Avioliittoon sitoutuminen velvoittaa puolisoita sekä taloudellisesti että käytöksen osalta⁷⁴. Seksuaaliset suhteet on myös islamissa rajoitettu avio-
puolisoiden väliseen kanssakäymiseen, ja avioliiton ulkopuolinen suhde saattaa olla peruste avioerolle⁷⁵, tosin on huomattava, että aviorikos on myös (ankarasti) rangaistava rikoksena⁷⁶. Puolisoilla on velvollisuus kohdella toisiaan kunnioituksella ja hyvydellä ja elää yhdessä harmonisesti⁷⁷. Miehen velvollisuus kohdella vaimoaan hyvin perustuu Naisten Suuraan

⁶⁹ Koraani s. 39, II:228.

⁷⁰ Nasir 1990 s. 146.

⁷¹ Nasir 1990 s. 152, Hinchcliffe 2000 s. 63.

⁷² Nasir 1990 s. 153–154.

⁷³ Nasir 1990 s. 153.

⁷⁴ Seksuaalisuus käsitetään islamilaisessa ajattelussa luonnolliseksi osaksi Jumalan tarkoittamaa elämän järjestystä. Kristillisessä perinteessä seksuaalista halua on pidetty häpeällisenä ja sen on katsottu olevan peräisin pahasta. Tässä mielessä suhtautuminen seksuaalisuuteen on islamissa hyväksyvämpää. Kuitenkin myös islam tunnustaa järjestämättömän seksuaalisuuden kantavan uhkaa sosiaaliselle järjestykselle, joten tarvitaan normeja, joilla seksuaalisuus aidataan hallittavissa olevaksi. Tove Stang Dahlin mukaan tämä on eräs syy islamin korostuneelle sukupuolten erottelulle ja hierarkialle. Stang Dahl 1996 s. 95.

⁷⁵ Nasir 1990 s. 81.

⁷⁶ Esimerkiksi Koraani s.67, IV:15 ja 16.

⁷⁷ Nasir 1990 s. 83.

ja Bysanttilaisten Suurassa puolestaan kehoitetaan keskinäiseen rakkauteen ja armollisuuteen⁷⁸.

Avioliittoon perustuvat taloudelliset velvoitteet lankeavat islamilaisen oikeuden mukaan ainoastaan miehelle. Miehellä on velvollisuus elättää perhettä, mikä sisältää velvollisuuden tarjota perheelle koti ja velvollisuuden huolehtia perheen taloudesta. Asumisen on tasoltaan vastattava miehen varallisuustasoa. Yhteisen kodin oltava yksityinen, eikä siellä saa ilman vaimon suostumusta asua muita, edes miehen sukulaisia.⁷⁹ Vaimo ei saa poistua yhteisestä kodista ilman miehen lupaa, lukuun ottamatta tiettyjä määriteltyjä syitä, joiden perusteella poistuminen ilman erillistä lupaa on sallittu⁸⁰.

Sharí'an sääntö miehen velvollisuudesta ja vaimon oikeudesta elatukseen perustuu Lehmän Suuraan, sunnaan ja yksimielisyyteen, ja sitä kunnioitetaan lähes kaikissa islamilaisissa maissa⁸¹. Oikeus elatukseen on myös muun kuin islaminuskoisella vaimolla, jos avioliitto on laillinen. Oikeus elatukseen syntyy pätevän avioliittosopimuksen nojalla, ja edellytyksellä, että vaimo tottelee miestään ja antaa ruumiinsa hänen käyttöönsä kaikkina laillisina aikoina, eli suostuu seksiin aviomiehen halutessa ja kun ei ole lain hyväksymää estettä (esimerkiksi kuukautisten aikana seksi on kiellettyä)⁸². Vaimo voi menettää oikeuden elatukseen, jos hän ei ole miehen käytettävissä, vaikka este ei johtuisi hänestä, esimerkiksi jos hänet on pidätetty tai vangittu syyttömänä⁸³. Tällä perusteella oikeuden elatukseen menettää myös vaimo, joka käy työssä ilman miehen lupaa tai matkustaa ilman miestään tai miehen hyväksymää sukulaista. Elatuksen tasosta laki määrää ainoastaan, että sen on oltava kohtuullinen suhteessa miehen varallisuuteen. Elatusta ei tarvitse maksaa vaimolle rahasuorituksena, vaan riittää, että hänen ja perheen perustarpeista huolehditaan. Elatuksen määrästä ja suorittamisesta voidaan määrätä puolisoitten välisellä sopimuksella.⁸⁴

Iddatin aikana vaimo on oikeutettu täyteen elatukseen, jos avioero oli miehen päättämä tai oikeuden määräämä syistä, jotka johtuivat aviomiehestä tai jos avioliitto mitätöidään vaimosta riippumattomasta syystä⁸⁵. Raskaana ollessaan vaimo on myös aina oikeutettu elatukseen.

⁷⁸ Koraani s. 67, IV:19 ja s. 299, XXX:21.

⁷⁹ Nasir 1990 s. 81.

⁸⁰ Nasir 1990 s. 82.

⁸¹ Nasir 1990 s. 102–103, Koraani s.40, II:233.

⁸² Nasir 1990 s. 104.

⁸³ Nasir 1990 s. 105.

⁸⁴ Nasir 1990 s. 109.

⁸⁵ Nassir 1990 s. 152.

2.2.2 Avioliittosopimus ja *Mahr*

Sharí'a-juristien mukaan islamilainen avioliitto on puolisoitten välinen sopimus, joka astuu voimaan heti sopimuksen solmimishetkellä. Avioliittosopimukseen voidaan liittää ehtoja, jotka koskevat esimerkiksi miehen oikeutta ottaa useampia vaimoja, morsiusrahaa, vaimon oikeutta saada avioero tai jopa puolisoitten velvollisuutta jäädä siihen kaupunkiin, johon he yhdessä asettuvat elämään⁸⁶. Avioliittosopimuksen ei tarvitse olla kirjallinen⁸⁷.

Avioliittosopimukseen on shiialaisten lakikoulukuntien mukaan ollut mahdollista liittää myös ehto avioliiton määräaikaaisuudesta (ns. muta-avioliitto), jolloin avioliiton funktio on kiertää avioliiton ulkopuolisten seksisuhteiden kieltoa. Muta-avioliittoja pidetään kuitenkin sunnilaisten koulukuntien tulkinnassa kiellettyinä ja avioliittosopimusta, joka sisältää avioliiton keston määrittelevän ehdon, pidetään kokonaisuudessaan pätemättömänä. Hanafilaisen käsityksen mukaan kuitenkin myös tällaisen ehdon sisältävä avioliittosopimus sitoo ja ainoastaan kielletty ehto on pätemätön.⁸⁸

Avioliittosopimuksella sovitaan yleensä myös morsiusrahasta, mahrista. Morsiusrahan kaltainen omaisuus⁸⁹, joka annetaan morsiamelle avioliiton solmimisen yhteydessä, ei ole vieras suomalaisellekaan oikeushistorialle⁸⁹. *Mahr*-instituutio perustuu Naisten Suuraan ja Ryhmien Suuraan⁹⁰, ja se on omaisuus⁸⁹, joka avioliiton solmimisen yhteydessä maksetaan vaimolle sopimuksen mukaisesti. Morsiusrahasta sopiminen ei ole avioliiton pätevyys ehto, mutta sitä pidetään avioliiton seurauksena ilman nimenomaista sopimusmääräystä.⁹¹ Avioliitto oikeuttaa vaimon saamaan avioliittosopimuksen mukaisen *mahr*-omaisuuden, joka voi olla mitä tahansa rahan arvoista, käyttökelpoista ja rituaalisesti puhdasta omaisuutta⁹². *Mahr*in minimimäärästä tai -arvosta ei ole yksimielistä tulkintaa, mutta yleisesti katsotaan, että se ei saisi olla arvoltaan aivan vähäinen. *Mahr* voidaan maksaa useassa osassa, tai maksupäivästä voidaan sopia, mutta

⁸⁶ Nasir 1990 s. 55, Hallenberg 1998 s. 323, Nazeem Ml Goolam 2001 s. 183.

⁸⁷ Nasir 1990 s. 70.

⁸⁸ Nasir 1990 s. 58.

⁸⁹ Kangas 1993 s. 146–147. Huomenlahjainstituution eräänä merkityksenä oli turvata vaimon asema avioliiton päättyessä miehen kuolemaan, vaikka toisaalta huomenlahjaa saatettiin pitää myös korvauksena seksuaalisesta kanssakäymisestä.

⁹⁰ Koraani s. 65, IV:4 ja 20 ja s. 312, XXXIII:50.

⁹¹ Nasir 1990 s. 86–87, Hallenberg 1998 s. 323.

⁹² Nasir 1990 s. 88.

viimeistään se erääntyy maksettavaksi kun avioliitto päättyy. Oikeus mahrin saamiseen syntyy, kun avioliitto on ”täydellistetty”, eli kun puoliset ovat olleet yhdynnässä, tai jos kumpi tahansa puolisoista kuolee ennen kuin he ovat kertaakaan olleet yhdynnässä.⁹³ Jos mies eroaa vaimosta ennen kuin puoliset ovat kertaakaan olleet yhdynnässä, vaimo on oikeutettu puoleen mahrista. Vaimo voi kieltäytyä yhdynnästä ennen kuin mies on maksanut mahrin. Muutoin islamilaisessa ajattelussa seksi katsotaan avioliiton yhdeksi perusolottuvuudeksi, ja miehelle syntyy oikeus harrastaa seksiä vaimonsa kanssa kun avioliitto on pätevästi solmittu ja mahr maksettu.⁹⁴ Kieltäytyminen seksistä voidaan tulkita tottelemattomuudeksi, ja miehellä on oikeus tällöin äärimmäisten tulkintojen mukaan jopa pahoinpidellä (kurittaa) vaimoa kunnes tämä tottelee jälleen.

2.2.3 Avioero

Sharian mukaan avioeron voi saada kolmella tavalla: talaqilla eli yksi-puolisella erolla joko vaimon tai miehen aloitteesta, molemminpuolisella sopimuksella tai oikeuden määräyksellä toisen puolison kanteesta. Islamilaisissa valtioissa on enenevässä määrin pyritty lainsäädännöllä ohjaamaan avioerot tuomioistuinten käsiteltäviksi.

Talaq-erosta on oikeus päättää vain miehellä (ns. hylkäysero), mutta mies voi oikeuttaa vaimon tekemään talaqin tai siitä voidaan sopia avio-liittosopimuksessa.⁹⁵ Periaatteessa talaqin tekemiseen riittää suullinen ilmoitus, eri koulukunnat vaihtelevat ilmaisun voimakkuuden ja muodon välillä, mutta tahdonilmaisulta edellytetään, että mies antaa sen vapaasta tahdosta ja täysissä sielun ja ruumiin voimissa.⁹⁶ Vaihtelua esiintyy sen osalta, edellytetäänkö talaqia tehtäessä puhtautta (naisella ei ole kuukautisia eikä pariskunta ole kuukautiskierron aikana ollut sukupuoliyhteydessä) ja sallitaanko kolmen eroilmoituksen antaminen samanaikaisesti⁹⁷. Jos aviomies erottaa vaimon lausumalla eroilmoituksen kolmena peräkkäisenä kuukautena, tulee erosta saman tien peruuttamaton⁹⁸. Mikään koulukunnista ei pidä naisen läsnäoloa ehdottomana edellytyksenä eron pätevyydelle⁹⁹. Ellei pariskunta ole aiemmin eronnut kahdesti, avioero on peruutettavissa iddatin ajan, jonka aikana avioliittoa voidaan miehen päätöksellä jatkaa.

⁹³ Nasir 1990 s. 93.

⁹⁴ Nasir 1990 s. 92.

⁹⁵ Nasir 1990 s. 113–114, Hinchcliffe 2000 s. 63.

⁹⁶ Nasir 1990 s. 115–117.

⁹⁷ Nasir 1990 s. 119, Hinchcliffe 2000 s. 63.

⁹⁸ Hinchcliffe 2000 s. 63.

⁹⁹ Hinchcliffe 2000 s. 63.

Erota voi vain kaksi kertaa, kolmannella kerralla erosta tulee pysyvä. Uutta avioliittoa ei peruuttamattomasti eronneiden puolisoitten välille voida solmia ennen kuin vaimo on ollut uudelleen naimisissa, uusi liitto on laillisesti päättynyt eroon tai uuden puolison kuolemaan ja iddat on laskettu.¹⁰⁰ Muslimimaiden lainsäädännöissä esiintyy vaihtelua sen suhteen, edellytetäänkö avioerolta jonkinlaista virallistamista¹⁰¹.

Puolisot voivat päätyä avioeroon myös yhteisellä päätöksellä. Tällöin vaimo antaa miehelle jotakin omaisuutta ikään kuin korvaukseksi avioliiton solmimisen yhteydessä saamastaan mahr-omaisuudesta. Tätä avioerotyyppiä kutsutaan khulaksi.¹⁰² Khula-avioero perustuu Lehmän Suuraan, jonka mukaan puolisot, jotka pelkäävät etteivät avioliitossaan voi noudattaa Jumalan säädöksiä, voivat päättää avioliiton niin, että vaimo lunastaa itselleen vapauden osalla siitä, mitä on mieheltään saanut¹⁰³. Khulasta aviomiehellä ei ole oikeutta vetäytyä tarjouksen tehtyään. Mikä tahansa omaisuus tai velvoite kelpaa khulan maksamiseksi, myös elatusapuun tai huoltoon liittyvä ehto.¹⁰⁴ Khula-ero on peruuttamaton.

Vaimo voi saada avioeron miehen vastustaessa vain tietyissä erikseen määritellyissä tilanteissa, joten avioeroprosessissa eron syyn selvittäminen on tärkeää. Vaimon aloitteesta oikeudessa myönnettävä avioero, tafriq, on islamilaisten juristien keskuudessa kiistanalainen. Islamilainen oikeustiede tuntee neljä syytä myöntää tafriq: aviomiehen vaimolle tuottama vamma, aviomiehessä ilmenevä puute (impotenssi tai mielisairaus), elatuksen suorittamatta jättäminen, aviomiehen poissaolo omasta tahdostaan tai vankilassa olon vuoksi. Osa juristeista hyväksyy tafriqin perusteeksi vain miehen impotenssin.¹⁰⁵ Jos vaimo väittää miehen pahoinpidelleen häntä, oikeus määrää kaksi sovittelijaa selvittämään avioliiton jatkumahdollisuuksia ja väitteiden todenperäisyyttä. Aviomiehen puutteen tai vamman merkityksen suhteen juristien kannat hajaantuvat. Osan mielestä avioliiton solmimisen jälkeen ilmenevällä puutteella ei ole avioliiton jatkumisen kannalta merkitystä, osa taas katsoo, ettei avioliitto tällöin vastaa avioliittosopimuksessa sovittua ja on siten päätettävissä. Jättämällä reagoimatta puutteeseen heti sen havaittuaan vaimo menettää oikeuden myöhemmin vaatia eroa puutteen

¹⁰⁰ Nasir 1990 s. 121, Hallenberg 1998 s. 324, Hinchcliffe 2000 s. 63.

¹⁰¹ Esimerkiksi Tunisiassa avioero on mahdollista saada vain oikeuden päätöksellä, kun taas Pakistanissa aviomiehen on ilmoitettava viranomaisille erosta uhalla, ettei ero muuten ole pätevä. Mm. Hinchcliffe 2000 s. 64.

¹⁰² Nasir 1990 s. 122, Hinchcliffe 2000 s. 64, Nazeem MI Goolam 2001 s. 183.

¹⁰³ Koraani s. 39, II:229

¹⁰⁴ Nasir 1990 s. 123.

¹⁰⁵ Nasir 1990 s. 125–126, Hinchcliffe 2000 s. 64, Nazeem MI Goolam 2001 s. 184.

perusteella.¹⁰⁶ Edellä selostettujen avioerotyyppien lisäksi avioliitto voidaan päättää myös ila-, zihar- ja li'an-menettelyissä¹⁰⁷. Ne ovat kuitenkin niin harvinaisia, ettei niiden selostaminen tässä ole tarkoituksenmukaista.

Avioliiton este voi syntyä avioliiton solmimisen jälkeenkin, esimerkiksi uskonnon vaihtamisen myötä, ja aiheuttaa avioliiton päättymisen. Jos muslimimies hylkää islamin tai muslimiksi kääntyneen naisen aviomies ei käänny islamiin, avioliitto mitätöityy. Jos mies kääntyy islamiin, mutta kristitty tai juutalainen vaimo ei, avioliitto pysyy voimassa, mutta jos vaimo on muunuskoinen eikä käänny islamiin, juutalaisuuteen tai kristinuskoon, avioliitto mitätöityy.¹⁰⁸

2.3 Lapsioikeus

2.3.1 Vanhemmuus

Juridinen vanhemmuus syntyy islamilaisen lain mukaan avioliiton vaikutuksella, tunnustamisella tai todisteiden perusteella. Lapsen synnyttänyt nainen on aina lapsen juridinen äiti. Äidin aviomies on lapsen isä, jos avioliitto on täytetty (sukupuoliyhteys) ja lapsi syntyy vähintään 6 kuukautta avioliiton solmimisen jälkeen tai korkeintaan 270 vuorokautta aviomiehen kuoleman jälkeen. Lisäksi edellytetään, että puolisoilla on tosiasiallisesti ollut mahdollisuus oleskella yhdessä hedelmöitymisen aikoihin. Jos lapsi syntyy näiden aikojen ulkopuolella, hänet katsotaan laittomaksi, mikä tarkoittaa, ettei hänellä ole oikeuksia suhteessa isään.¹⁰⁹ Eron jälkeen syntyneen lapsen isä on äidin entinen aviomies, jos lapsi syntyy vuoden kuluessa erosta. Aviomies voi kiistää isyytensä lyhyen aikaa syntymän jälkeen, jolloin lapsen on todistettavasti oltava jonkun muun kuin aviomiehen.¹¹⁰ Mies tai lapsi voi vaatia vanhemmuuden vahvistettavaksi, jos lapsi ei ole toisen miehen lapsi juridisesti, lapsen ja isän iän perusteella vanhemmuus on mahdollista, isä osoittaa, että lapsi on saanut alkunsa laillisessa suhteessa ja lapsi, jonka suostumusta voidaan iän puolesta kysyä, itse hyväksyy vahvistamisen.¹¹¹

Sharí'a ei tunnusta adoptiota, jossa lapsen ja adoptiovanhemman välille perustetaan juridisesti pätevä oikeussuhde ja adoptoitu lapsi saa oikeuksia

¹⁰⁶ Nasir 1990 127–133, Hallenberg 1998 s. 323–324.

¹⁰⁷ Hinchcliffe 2000 s. 65.

¹⁰⁸ Nasir 1990 s. 142.

¹⁰⁹ Nasir 1990 s. 158 Hallenberg 2000 s. 324.

¹¹⁰ Nasir 1990 s. 162.

¹¹¹ Nasir 1990 s. 163.

suhteessa adoptiovanhempiin¹¹². Kielto perustuu Ryhmien Suuraan¹¹³, ja sen perusteella shari'aa soveltavat maat ovatkin jättäytyneet Lapsen oikeuksien sopimuksen ulkopuolelle. Sopimuksessa adoptio- ja au-lapselle julistetaan yhtäläiset oikeudet muiden lapsien kanssa.

2.3.2 Huoltajuus ja elatus

Lehmän Suura käsittelee myös imettämistä, ja yleisesti katsotaan, että äidillä on velvollisuus siihen. Osa shiialaisista jopa katso, että kieltäytyessään imettämästä äiti menettää lapsen huoltajuuden.¹¹⁴ Elatusvelvollisuus ei kuitenkaan ole äidillä vaan isällä, joten äidillä on oikeus palkkaan imettäessään omaa lastaan avioeron jälkeen, ja joidenkin lakikoulukuntien mielestä myös avioliiton aikana. Tällöin aviomies voi kuitenkin palkata lapselle imettäjän, jos tämä pyytää pienempää korvausta kuin lapsen oma äiti.¹¹⁵

Huoltajuus jakautuu islamilaisen lain mukaan kolmeen edunvalvonnan osa-alueeseen: pienestä lapsesta huolehtimiseen, lapsen koulutuksesta huolehtimiseen ja taloudelliseen edunvalvontaan. Näistä ensin mainittu katsotaan äidin, tai jos tämä on kuollut tai kykenemätön huolehtimaan lapsesta, jonkun naispuolisen sukulaisen tehtäväksi muiden kuuluessa mieluiten isän vastuulle. Koulukuntien käsitykset vaihtelevat siitä, kenelle huoltajuus periytyy äidin ollessa estynyt huolehtimaan lapsesta. Huoltajan on kuitenkin oltava muslimi, täysi-ikäinen, vapaa ja täysjärkinen sekä kykenevä lapsen kasvatukseen. Miehen kuollessa lapsi jää yleensä äidin huostaan.¹¹⁶

Islamilaisen oikeuden mukaan lapsen huolto hoidon ja huolenpidon osalta kuuluu äidille siihen saakka, kunnes lapsi on tietyn ikäinen. Jälleen koulukuntien käsitykset eroavat huoltajuuden päättymisen suhteen, äidin huoltajuus voi (poikalapsen osalta) päättyä lapsen imetyksen päättymiseen, mutta useimmat koulut katsovat sen kestävänsä kunnes lapsi kykenee jossain määrin huolehtimaan itsestään (ruokailusta, pukeutumisesta jne.) eli yleensä n. 7-vuotiaana. Hanbalilaisten käsityksen mukaan lapsen tulee tuolloin antaa valita, kumman vanhemman huoltoon hän haluaa.¹¹⁷ Avioeron jälkeen molemmilla vanhemmilla on oikeus tavata lasta, mutta äidillä, joka ei ole lapsen huoltaja, ei ole oikeutta viedä lasta kotiinsa¹¹⁸.

¹¹² Nasir 1990 s. 156.

¹¹³ Koraani s. 308, XXXIII:4.

¹¹⁴ Nasir 1990 s. 171.

¹¹⁵ Nasir 1990 s. 172.

¹¹⁶ Nasir 1990 s. 178, Hallenberg 1998 s. 324–325, Nazem MI Goolam 2001 s. 186–187.

¹¹⁷ Nasir 1990 s. 187.

¹¹⁸ Nasir 1990 s. 185, Hallenberg 1998 s. 324.

Lapsella on oikeus elatukseen isältään, ellei hänellä ole omaa omaisuutta. Ellei isä kykene elättämään lasta, elatusvelvollisuus siirtyy isästä seuraavalle sukulaiselle. Koulukunnat eroavat sen suhteen, kenelle elatusvelvollisuus siirtyy. Sunnilaisten koulukuntien mukaan seuraava elatusvelvollinen on äiti, ja ellei hänkään kykene huolehtimaan elatuksesta, velvollisuus siirtyy isän isälle. Shiialaisten mukaan elatusvelvollisuus siirtyy isältä aina isän isälle tai isoisälle. Eroja on myös sen suhteen, katsotaanko elatus lapsen isän velaksi, joka tämän tulee maksukykynsä parannuttua maksaa takaisin elatuksesta huolehtineelle.¹¹⁹

2.4 Perintöoikeus

Perintöoikeus rakentuu perintöosuus- ja perintöluokkajärjestelmälle, jossa perintö etenee patrilinearisesti. Yleensä naispuolisen perijän osuus on puolet vastaavan miespuolisen perijän perintöosuudesta. Perintöoikeutta koskevat säännökset ovat Koraanissa Naisten Suurassa¹²⁰: Lisäksi perintöoikeuden lähteenä on sunna ja oikeustieteellinen tutkimus, jossa analogian nojalla on päädytty lisäämään perillispiiriin myös muita kuin Koraanissa mainittuja sukulaisia. Koraanin säännösten mukaan on jaettava 2/3 jäämistöstä, joten perittävä voi testamentilla määrätä vain kolmanneksesta. Kaikkiaan periä voi kahdentoista sukulaisuussuhteen perusteella. Sama henkilö voi saada osuuden myös useammassa kuin yhdessä luokassa. Jos on esimerkiksi naimisissa serkkunsa kanssa, on mahdollista saada perintöosa sekä aviopuolisoa että serkkua koskevien säädösten nojalla¹²¹.

Perintöosuudet ovat siis Naisten Suurassa määriteltyjä suhdelukuja, joita tiettyjen olosuhteiden vallitessa käytetään. Lisäksi osa suhdeluvuista on määrätty vielä jaettavaksi tietyn ryhmän (esimerkiksi poikien 11. jakeen alussa) kesken. Suhdeluvut eivät sellaisenaan auta periytymisjärjestystä selvitetäessä, mutta niiden merkitys on tärkeä, koska ne on nimenomaisesti mainittu Koraanissa. Käytännön hyötyä suhdeluvuista on vasta kun perillisen asema ja luokka on määritetty. Niiden mukaan määräytyy se konkreettinen osuus, mikä perilliselle kuuluu. Perintöosuudet lasketaan Faraaid-järjestelmällä.

Vakiintuneesti perilliset luokitellaan kolmeen luokkaan, mutta itse Koraanista ei ole selkeää perustetta luokittelulle. Ehkä juuri tästä syystä luokittelu vaihtelee, esimerkiksi Intiassa ja Iranissa on toisistaan poikkeava

¹¹⁹ Nasir 1990 s. 197.

¹²⁰ Koraani s. 65–83, IV:11 ja 12.

¹²¹ Nasir s. 1990 234 ss.

tapa luokitella perilliset. Luokan sisällä perii vain se, joka on perittävälle lähintä sukua. Ensimmäiseen perintöluokkaan kuuluvat puoliso, lapset ja vanhemmat. Lisäksi tähän perintöluokkaan kuuluvat ne sukulaiset, jotka ovat miespuolisten perillisten ketjussa lähimpänä. Tätä kutsutaan myös oikeisiin sukulaisuussuhteisiin perustuvaksi luokitteluksi, eli esimerkiksi isoisistä oikea isoisä on se, jonka suhteen sukupolvien välissä on ainoastaan miespuolinen sukulainen, ts. isän isä. Perintöoikeus toteutetaan ensin ensimmäisessä perintöluokassa, määrittämällä tähän luokkaan kuuluvien perillisten osuudet. Jos murto-osuuksien yhteenlaskettu summa on pienempi kuin yksi (eli jäämistöä on vielä laskennallisesti jakamatta), siirrytään toiseen perintöluokkaan, jossa jako-osuuksien määrittämistä jatketaan¹²².

Oikeustiede on kehittänyt lukuisia sääntöjä perintöjärjestyksen määrittämistä varten. ”Primäärisiä” perillisiä ovat aina perittävän lapset ja vanhemmat, ja he perivät kaikissa tilanteissa eikä heitä voi kokonaan syrjäyttää testamentilla. Täyssukulainen syrjäyttää puolisukulaisen. Periä voi vain verisukulainen, tämän vuoksi adoptoidulla lapsella ei ole perintöoikeutta adoptiovanhemman jälkeen, eikä avioliiton ulkopuolisesta suhteesta syntynyt lapsi voi periä isäänsä. Muslimi ei voi periä vääräuskoista eikä vääräuskoinen muslimia. Periä voi vain se, joka on elossa perittävän kuollessa. Perimyksen esteinä haditheissa mainitaan perittävän kuoleman aiheuttaminen ja vääräuskoisuus. Muita perimyksen esteitä ei tunneta. Pesänselvitystä ja hallintoa kotimaisen perintökaaren tuntemassa merkityksessä islamin oikeus ei tunne. Ennen perinnönjakoa tulee kuitenkin huolehtia kolmen velvollisuuden täyttamisestä: ensin pesästä suoritetaan hautajaiskulut, seuraavaksi huolehditaan velkojen maksamisesta, sitten täytetään perittävän testamentti ja vasta viimeisenä on sallittua ryhtyä perinnönjakoon.¹²³

Edellä esitetystä seuraa, ettei islamilainen perintöoikeus ole ristiriidassa perintökaaren osalta oikeastaan miltään osin, koska miltei kaikki perintökaaren säädökset ovat tahdonvaltaisia. Muslimin kannalta on kuitenkin aiheellista kiinnittää huomiota siihen, että testamentti on aina tehtävä, jos mieli määrätä periytymisestä perintökaaren järjestelmästä poikkeavasti. Lakiosasäännöksistä saattaa tosin joissain tilanteissa seurata, että islamilaisen perintöoikeuden mukaan lasketun perintöosuuden määräävä testamentti saattaa loukata lakiosaa, jolloin testamentti väistyy perillisen niin halutessa.

¹²² Nasir 1990 s. 237 ss.

¹²³ Nasir 1990 s. 232.

3 ISLAMILAINEN PERHEOIKEUS SUOMESSA

Edellä on esitetty vakiintuneita tulkintoja islamilaisesta perheoikeudesta ja tarkasteltu islamilaista perheoikeutta ilmiönä hyvin yleisellä tasolla. Islamin moninaisuudesta ja toisistaan poikkeavista tulkinnoista johtuen tutkimuskohde, islamilainen perheoikeus Suomen oikeusjärjestelmän ja -kulttuurin sisällä olemassa olevana oikeusjärjestelmänä ja -kulttuurina, ei tyhjenny islamilaisen oikeuden yleisluontoiseen tarkasteluun. Islamilaisia käytäntöjä koskevien oikeudellisten puheenvuorojen vähäisyyden vuoksi ”suomalaisen islamilaisen perheoikeuden” määrittely on vaikeaa. Puhun tässä yhteydessä ”suomalaisesta islamilaisesta perheoikeudesta”, vaikka se epäilemättä on paitsi sanahirviö myös eräänlainen mahdottomuus. Uskontonsa vakavasti ottava todennäköisesti pitäisi määritelmää absurdina: on vain islamilainen perheoikeus¹²⁴. Tutkimuskohde ohjaa tarkastelun perheoikeudellisten käytäntöjen tosiasialliseen ilmenemiseen ja siihen, millaisia käytäntöjä islamilaisen vähemmistön keskuudessa esiintyy ja mitkä asiat vähemmistö itse kokee (oikeudellisesti) ongelmallisiksi tai tärkeiksi. Jaksossa 3.1 olen lähestynyt kysymystä Ihmisoikeusliiton Suomessa asuville muslimeille tekemän perheoikeudellisia kysymyksiä koskevan selvityksen kautta sekä haastatteleamalla muslimiperheiden parissa työskennelleitä sosiaaliviranomaisia. Jaksossa 3.2 ja 3.3 pyrin käsittelemään islamilaista perheoikeutta Suomen oikeusjärjestelmässä edellisessä jaksossa tehtyjen havaintojen pohjalta. Jaksossa 3.2 tarkastelen avioliiton solmimiseen ja purkamiseen liittyviä kysymyksiä sekä uskonnollisten yhdyskuntien roolia tässä ja jaksossa 3.3 islamilaisia perheoikeudellisia käytäntöjä oikeustoimina ja islamilaisen perheoikeuden näkymistä asianajajien toiminnassa.

3.1 Islamilaiset perheoikeudelliset käytännöt Suomessa

Keskeinen kysymys liittyen islamilaiden perheoikeudellisten käytäntöjen olemassa oloon Suomessa on, kuinka muslimit itse soveltavat islamilaista perheoikeutta ja kuinka he kokevat lainsäädännön vastaavan tarpeisiinsa. Syksyllä 2007 julkaistussa Ihmisoikeusliitto ry:n raportissa ”Suomessa asuvien muslimien suhtautumisesta perhearvoihin ja perhelainsäädäntöön” pohditaan perhelainsäädännön ja islamilaisen perheoikeuden suhdetta

¹²⁴ Isra Lehtisen mukaan Suomessa on tarve luoda suomalais-islamilainen kulttuuri ja suomalais-islamilainen tapa hoitaa asioita. Lehtinen 2004 s. 240 ja 245. Kun edellä on todettu, ettei islamilaista perheoikeutta voida lähestyä oikeusnormeina, ainoa relevantti kiinnittäminen aikaan ja paikkaan on Suomessa asuvien muslimien perheoikeudellisten käytäntöjen tarkastelu: suomalainen islamilainen perheoikeus.

Suomessa asuvien muslimien näkökulmasta. Raporttia varten haastateltiin Suomessa asuvia muslimeita. Ihmisoikeusliitto on aiemmin selvittänyt islamin ja lainsäädännön suhdetta ihmisoikeuksien toteutumisen näkökulmasta. Liiton pääsihteerin Kristiina Kouroksen mukaan muslimien ja maahanmuuttajien parissa työskentelevien kanssa käytyjen keskustelujen perusteella liiton tietoon oli tullut myös islamilaisen ja suomalaisen perheoikeuden – erityisesti avioliitto-oikeuden – yhteensovittamiseen liittyviä ongelmia: islamilaisen avioeron saaminen voi Suomessa olla hankalaa, esiintyy järjestettyjä avioliittoja ja tosiasiallisen moniavioisuuden kohdalla epävirallisten vaimojen asema on epäselvä.¹²⁵

Haastattelu toteutettiin ns. lomakehaastatteluna, jossa haastattelu pohjautui kysymyslomakkeeseen. Kysymyslomaketta jaettiin noin 500 kappaletta ja se täytettiin haastattelijan läsnä ollessa ja tarvittaessa vastaajalle järjestettiin tulkkaus. 300 vastauksen tavoitteeseen ei ylletty, sillä lomakkeita palautui ainoastaan 75 kappaletta. Haastatellut henkilöt olivat lisäksi taustaltaan hyvin erilaisia¹²⁶. Otos ei näin ollen ole kovin edustava eikä tulosten perusteella voida tehdä kovin pitkälle meneviä johtopäätöksiä suomalaisten muslimien perheoikeudellisista käsityksistä tai yleisistä käytännöistä. Kouros arvelee vähäisen vastausinnokkuuden johtuneen siitä, että kysymykset miellettiin vaikeiksi sekä kielellisesti (joillekin vastaajille) että sisällöllisesti, eikä vastaajilla ollut niihin selviä mielipiteitä ennakolta. Osa vastaajista ilmoitti, ettei ollut aikaisemmin tullut ajatelleeksi haastattelussa käsiteltyjä teemoja.¹²⁷

Haastatteluissa käsiteltiin mm. avioliiton varallisuussuhteita, avioeroa, puolison, lapsen ja entisen puolison elatusta, huoltajuskysymyksiä sekä eri kysymysten yhteydessä etusijaa islamilaisen ja suomalaisen lain ollessa ristiriidassa keskenään.¹²⁸

¹²⁵ Kouros 2007 s. 5–6.

¹²⁶ Taustakysymyksiä vastaajilta kysyttiin mm. ikää, sukupuolta, uskonnon harjoittamista, koulutustaustaa, onko vastaaja kotoisin jostakin länsimaasta sekä kuinka kauan hän on asunut Suomessa. Vastaajien joukossa oli sekä maahanmuuttaja-, tataari- että käännyttäistäustaisia muslimeita. Lisäksi vastaajilta kysyttiin suuntausta (sunnī / shiia) ja lakikoulukuntaa, mutta molemmat kysymykset olivat vastaajille vaikeita eivätkä kaikki vastaajat osanneet nimetä, olivatko sunni- vai shiiamuslimeita. Lähtömaata ei pyydetty mainitsemaan, mutta erot islamin opetuksessa lähtömaassa vaikuttavat todennäköisesti merkittävästi siihen, miten kattavat tiedot kullakin vastaajalta oli islamilaisen oikeuden säännöistä.

¹²⁷ Kouros 2007 s. 19–21.

¹²⁸ Lisäksi haastateltavilta kysyttiin heidän käsityksiään puolisoitten velvollisuuksista uskollisuuden, tottelemisen ja seksuaalisen kanssakäymisen osalta sekä onko puolisoilla avioliitossa oikeus vaatia lasten hankkimista. Edelleen kysyttiin mielipiteitä mm. liittyen yksinasumiseen ennen avioliittoa, pitääkö avioliittoon mennessä olla neitsyt, voidaanko vastaajien mielestä avioliittopäätös tehdä vastoin vanhempien tahtoa ja voiko muslimi mennä naimisiin muunuskoisen kanssa.

Vastaukset viittaavat siihen, että avioliittolain puolisoiden varallisuussuhteita koskevan järjestelmän perusratkaisut vastaavat myös muslimiperheiden tarpeita ja oikeuskäsitystä. Vastaajista puolet katsoi, ettei avioliiton pitäisi vaikuttaa omaisuuden omistussuhteisiin ja toisaalta puolet oli sitä mieltä, että avioliiton solmimisen jälkeen kaiken omaisuuden tulisi olla yhteistä. Kuitenkin enemmistö vastaajista oli sitä mieltä, että avioerossa omaisuus pitäisi jakaa puolisoiden välillä tasan.¹²⁹

Yli puolet vastaajista oli sitä mieltä, että avioeron jälkeen miehen pitäisi maksaa entiselle vaimolleen elatusapua. Tässä kohtaa miehet ja naiset olivat kuitenkin erimielisiä: elatusavun kannalla oli 74% naisista mutta vain 29% miehistä.¹³⁰ Haastattelujen perusteella moniavioisuutta esiintyy Suomessakin; 38 vastaajaa kertoi tuntevansa Suomessa asuvan muslimin, joka elää moniavioisessa suhteessa. Vähemmistössä olivat kuitenkin ne, joiden mielestä moniavioisuus tulisi sallia muslimille Suomessa.¹³¹ Naisten ja miesten yhtäläinen perintöoikeus sai sekin laajaa kannatusta vastanneiden keskuudessa¹³².

Vaikka perheen elatukseen osallistumista koskevaan kysymykseen vastaajat suhtautuivat avioliittolain kykynsä mukaan -ajatuksesta poikkeavasti, avioliittolain mukaisen puolisoiden elatusvelvollisuuden sisältö ei vaikuta olevan merkittävässä ristiriidassa haastateltujen käsitysten kanssa. Vain alle kolmannes oli sitä mieltä, että aviomiehellä olisi oikeus vaatia vaimoa osallistumaan perheen taloudellisen velvoitteiden hoitoon vaimon mahdollisuuksien mukaan. Yli puolet oli sitä mieltä, että vaimolla on avioliitossa oikeus vaatia miestä vastaamaan kaikista perheen kuluista. Toisin muotoiltuna saman velvollisuuden hyväksyi alle puolet vastaajista eikä vastaajien mielestä miehen tule maksaa vaimon ja lasten kuluja. 73 % vastaajista oli kuitenkin sitä mieltä, että miehen ja vaimon tulisi yhdessä osallistua perheen elatukseen kykyjensä mukaan.¹³³

Lapsen oikeuksia koskevissa kysymyksissä ei vaikuta olevan ristiriitaa muslimin velvollisuuksien ja Suomen lain välillä. Lasten huoltajuus tulisi avioerotilanteessa enemmistön mielestä määrätä sille vanhemmalle, joka kykenee paremmin huolehtimaan lapsesta. Seuraavaksi eniten kannatettiin yhteishuoltajuutta. Miesten ja naisten välillä vastauksissa oli eroja, esimerkiksi neljännes miehistä katsoi, että erossa lapset tulisi määrätä aina isän huoltoon. Vastaajien mielestä kummallakin vanhemmalla tulisi eron

¹²⁹ Kouros 2007 s. 59.

¹³⁰ Kouros 2007 s. 60.

¹³¹ Kouros 2007 s. 49, 55 ja 56.

¹³² Kouros 2007 s. 62.

¹³³ Kouros 2007 s. 41.

jälkeen olla oikeus tavata lapsia. Enemmistön mielestä eron jälkeen lapsille tulisi maksaa elatusapua. Avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen osalta enemmistö katsoi, että lapsen isällä tulisi olla Suomen lakien mukaiset velvollisuudet suhteessa lapseen.¹³⁴

Morsiusrahaa eli mahr-omaisuutta koskevalla sopimuksella vaikuttaisi olevan merkitystä myös Suomessa solmittujen avioliittojen yhteydessä. Yli puolet vastaajista oli sitä mieltä, että morsiusrahasta tulisi sopia, kun muslimit solmivat avioliiton Suomessa, mutta kaikkien mielestä musliminainen ei kuitenkaan tulisi voida vaatia morsiusrahaa suomalaisessa tuomioistuimessa eikä miehellä tulisi olla velvollisuutta morsiusrahan maksamiseen sopimuksen mukaan.¹³⁵

Raportin mielenkiintoisimpia tutkimustuloksia on se, että enemmistö vastaajista katsoi, ettei yksin Suomen laki ole riittävä, vaan muslimin tulisi arvioida oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan joko molempien tai vain islamilaisen lain kannalta. Tässä kysymys oli henkilön itseään koskevan arvostelun perusteista. Lainsäädännön ja islamilaisen oikeuden ristiriitaa käsittelevässä kysymyksessä puolet vastaajista katsoi, että islamilaisen oikeuden ja lainsäädännön ollessa ristiriidassa muslimiin olisi sovellettava islamilaista lakia. Enemmistön mielestä islamilaiselle tuomioistuimelle olisi tarvetta ja samoin yli puolet haluaisi tällaisen tuomioistuimen käsittelevän omat perheoikeudelliset riitansa.¹³⁶

Haastattelut osoittavat, että islamilaisen perheoikeuden määrittely on avoin tulkinnoille ja että vaihtelu sen sisältöä koskevissa kysymyksissä on muslimiendenkin keskuudessa suurta¹³⁷. Vaaka ei myöskään islamilaisen oikeuden ja lainsäädännön etusijaa koskevan kysymyksen osalta kallistu yksiselitteisesti kummankaan vaihtoehdon puolelle, ja monessa asiassa suomalaisia lainsäädännöllisiä ratkaisuja saatetaan pitää islamilaista lakia

¹³⁴ Kouros 2007 s. 69.

¹³⁵ Kouros 2007 s. 34–35.

¹³⁶ Kouros 2007 s. 47.

¹³⁷ Kourosen mukaan tutkimuksen yllättävimpiä tuloksia oli vastausten looginen ristiriitaisuus: ne, jotka katsoivat, että muslimienden tulisi ristiriitatilanteessa noudattaa islamilaista lakia, vastasivat osaksi materiaalisissa kysymyksissä islamilaisen lain vastaisesti. Suurin osa vastaajista mm. katsoi, että miehellä ja naisella tulisi olla samanlainen oikeus avioeroon. Vähemmistössä olivat myös ne, jotka pitivät moniavioisuutta hyväksyttävänä. Niin ikään alle puolet vastaajista oli erisuuruisten perintöosuuksien (tytöille ja pojille) kannalla. Ristiriitaisuuteen lienee useita syitä. Vastausten ristiriitaisuus saattaa kertoa huonosta islamin ja islamilaisen lain tuntemuksesta, jolloin islamilaista lakia puolletaan identiteettisyistä, vaikka doktriini sinänsä tunnetaan huonosti. Kouros arvioi yhdeksi syyksi ristiriitaa myös vastaajan käsityksen oman tulkinnan vähäisestä merkityksestä. Katsotaan, ettei islamin lain vastainen oma tulkinta merkitse uskonnosta irtaantumista tai irtisanoutumista. Edelleen Kouros viittaa valtiosuvereniteetin hyväksymiseen yhtenä ristiriitaa selittävänä tekijänä. Kouros 2007 s. 50–52.

parempina. Kuitenkin vastaukset osoittavat, että suomalaisten muslimien keskuudessa perheoikeudelliset käytännöt ovat osaksi islamilaiseen oikeuteen perustuvia. Tätä osoittaa ainakin moniavioisuuden ilmenemistä koskevaan kysymykseen annetut vastaukset. Moniavioisuutta huomattavasti merkittävämmältä kysymykseltä näyttäisi kuitenkin avioliittosopimus ja morsiusraha, jota koskevaa ehtoa pidettiin yleisesti tärkeänä osana avioliittosopimusta.

Islamilaisten perheoikeudellisten käytäntöjen olemassa olon lisäksi raportista ilmenee, että islamilaista auktoriteettia, ainakin jonkin asteista soveltamismahdollisuutta, kaivataan ratkaisutoimintaan muslimeiden perheoikeudellisten asioita koskevissa asioissa. Näyttäisi siis, että ainakin osa muslimeista kokee, että tilan löytäminen uskonnollisen argumentin tunnistamiselle olisi tarpeen ”oikean” ratkaisun tavoittamiseksi joissakin perheoikeudellisissa kysymyksissä. Tarkalleen mitä nämä perheoikeudelliset kysymykset olisivat, ei ilmene haastatteluista. Saattaakin olla, että kysymys on enemmänkin siitä, että kaivataan sellaista ratkaisutoimintaa, jossa uskonnon asettamat velvoitteet ja tavoitteet voitaisiin huomioida.

Toinen näkökulma islamilaisten perheoikeudellisten käytäntöjen olemassaoloa koskevaan kysymykseen on se, miten nämä käytännöt näkyvät viranomaistyössä. Islamilaiset perheoikeudelliset käytännöt, kuten perhemuodot ja roolit perheissä, näkyvät esimerkiksi perheiden kanssa tehtävässä sosiaalityössä. Helsingin kaupungin sosiaaliviraston viranomaisia haastatteleamalla olen lähestynyt kysymystä siitä, miten islamilaiset perheoikeudelliset käytännöt näyttäytyvät perheiden kanssa tehtävässä työssä sekä koetaanko niiden olemassa ololla olevan merkitystä sosiaalityön tai toiminnassa tehtävien päätösten kannalta. Oikeudellinen näkyminen ei tarkoita mitä tahansa viranomaisen havaintoa asiakkaan uskonnollisesta taustasta, vaan että uskontoon, tässä islamiin liittyvällä perheoikeudellisella käytännöllä on jotakin merkitystä tai se on otettava huomioon viranomaisen harkinnassa, esimerkiksi lapsen etua arvioitaessa.

Lastensuojelu on viimesijaista puuttumista perheen asioihin, joten lastensuojelun asiakasperheitä koskevien havaintojen osalta on otettava huomioon, että ongelmat ja haasteet ovat suurelta osin kaikkia asiakasperheitä koskevia. Suurin osa perheistä, valtaväestössä ja vähemmistöissä, ei ole lastensuojelun piirissä, eivätkä lastensuojeluviranomaisten toimesta tapahtuvaan puuttumiseen johtavat ongelmat ole kulttuurissa tai uskonnossa. Saattaa olla, että maahanmuuttajaperheet ovat sosiaalitoimen asiakkaita suhteellisesti useammin kuin valtaväestöön kuuluvat, mitä selittää tavallista hankalimmat lähtökohdat, esimerkiksi turvaverkon puuttuminen, huonon kielitaidon aiheuttama syrjäytyminen sekä osan taustalla olevat traumaattiset tapahtumat. Tämä ei kuitenkaan missään tapauksessa ohjannut haastattelemaan

juuri lastensuojelun työntekijöitä. Syy siihen, että haastattelut toteutettiin lastensuojelun työntekijöiden kanssa, on se, että perheisiin meneminen edellyttää jonkin puuttumiskynnyksen ylittymistä. Tutkimuksen kannalta näin arvokkaaksi lastensuojelun työntekijöiden mahdollisuuden tehdä havaintoja kokonaisvaltaisesti perheiden elämäntilanteista. Pyrkimys oli siis myös kerätä tietoa perheoikeudellisten käytäntöjen ilmenemisestä ja olemassaolosta hyödyntämällä työntekijöille kertynyttä hiljaista tietoa.

Haastattelemalla viittä lastensuojelun työntekijää (joista kolme oli sosiaalityöntekijöitä ja kaksi sosiaaliohjaajaa) ja yhtä lastenvalvojaa pyrin siis selvittämään työntekijöiden käsityksiä asiakkaan uskonnollisen taustan merkityksestä päätöksenteossa, mutta myös havaintoja islamilaisista perheoikeudellisista käytännöistä asiakasperheissä. Lisäksi haastattelut antavat käytännön näkökulmaa monikulttuurisuuden kohtaamiseen liittyviin haasteisiin.

Haastatellut kertoivat törmänneensä islamilaisista avioliittokäytännöistä avioeroon, moniavioisuuteen ja järjestettyihin avioliittoihin. Kaikkien haastateltujen mukaan yhteisöllisyydellä on yleensä muslimiperheissä suuri merkitys. Suku on mukana perhe-elämää ja avioliittoa koskevassa päätöksenteossa, mikä joissakin tilanteissa saattaa merkitä sitä, että esimerkiksi kriisitilanteessa puolisoita painostetaan jatkamaan avioliittoa, jopa silloin kun kriisiytymisen syynä on väkivalta. Osalle haastatelluista oli tullut vastaan tilanteita, joissa vaimo olisi halunnut islamilaisen avioeron mutta ei saanut sitä miehen vastustuksen vuoksi. Eräässä tilanteessa suvun painostus auttoi lopulta saamaan eron. Erään haastatellun kokemuksen mukaan avioeroon liittyy etenkin iäkkäämmillä musliminaisilla syvä häpeän kokemus, kun taas nuoremmat naiset suhtautuvat avioeroon hyväksyvämmiin ja ovat helpommin valmiita eroamaan ongelmallisesta avioliitosta.

Haastateltujen käsityksen mukaan moniavioisuus ei ole kovin yleistä, muttei poikkeuksellistakaan. Lastenvalvojan työssä moniavioisuus ilmenee elatussopimuksia vahvistettaessa, kun miehelle syntyy tasaisin väliajoin lapsia kahteen eri perheeseen. Muut haastateltavat kertoivat moniavioisuuden yleensä ilmenevän siitä, että isällä on myös toinen perhe. Perheet asuvat tällöin eri osoitteessa ja isä jakaa aikansa ja läsnä olonsa kahden perheen välillä ja on parisuhteessa molempien perheiden äitien kanssa. Tilannetta, jossa isällä on myös toinen tai useampia perheitä ei automaattisesti koeta ongelmallisina ja eräs haastateltava näki tilanteessa myös hyviä puolia verrattuna siihen, että isä ei enää osallistuisi aktiivisesti toisen perheen elämään vaan jäisi etävanhemmaksi. Kuitenkin osa naisista kokee moniavioisuuden hyvin raskaana ja ahdistavana. Tilanteen vaikeus korostuu etenkin niillä naisilla, jotka kokevat olevansa pakotettuja jäämään avioliittoon joko avioeron häpeällisyyden tai suvun painostuksen vuoksi.

Haastatelluille oli tullut vastaan myös järjestettyjä avioliittoja. Avioliitto saatettiin järjestää esimerkiksi niin, että Suomessa asuva mies haki lähimmäastaan puolison. Nämä tilanteet ovat erityisen ongelmallisia, koska vaimon riippuvaisuus miehestä korostuu sekä taloudellisesti että myös sosiaalisesti, koska hänellä ei ole suomen kielen taitoa. Samoin näissä tapauksissa vaimo saattaa olla huomattavan nuori miehen ikään verrattuna, mikä edelleen korostaa puolisoitten valta-asemien epäsymmetrisyyttä. On kuitenkin huomattava, etteivät järjestettyyn avioliittoon liittyvät ongelmat koske mitenkään erityisesti muslimeita tai liity juuri islamiin. Ihmisoikeusliiton selvityksessä osa vastaajista piti järjestettyä avioliittoa hyvänä asiana, ja puolet vastaajista myös tunsivat järjestetyssä avioliitossa elävän henkilön. Vain yksi vastaaja piti avioliittoon pakottamista hyvänä asiana, mutta 18 henkilöä tunsivat avioliittoon pakotetun henkilön.¹³⁸ Yhdelle haastattelemaleni oli tullut vastaan tilanne, jossa perheen täysi-ikäistyvä tytär jouduttiin sijoittamaan, koska perhe oli järjestänyt hänelle avioliiton lähimmäassa ja oli aikeissa lähettää hänet sinne vastoin hänen tahtoaan.

Ihmisoikeusliiton selvityksessä vastaajilta kysyttiin myös, pitivätkö he hyvänä asiana avioitumista alle 18-vuotiaana ja pitäisikö hyväksyä sitä alempi avioitumisikä muslimeille. Suurin osa vastaajista vastasi tähän kielteisesti.¹³⁹ Myöskään haastattelemilleni sosiaaliviranomaisille ei ollut tullut vastaan tilannetta, jossa olisi aihetta epäillä, että toinen puolisoista olisi alaikäinen.

Haastateltujen mukaan on tavanomaista, että kotikäynneissä on paikalla myös muita aikuisia kuin kyseisen perheen vanhemmat. Tällä ei kuitenkaan koettu pyrittävän naisen puhevallan rajoittamiseen, vaan kysymyksessä ajateltiin enemmänkin olevan yhteisöllisyyteen kuuluvasta tavasta hoitaa asioita. Toisaalta joissakin tilanteissa naiset vaikenivat itseään koskevista asioista muiden, esimerkiksi aviomiehen läsnä ollessa. Tällöin koettiin tarpeelliseksi saavuttaa kahdenkeskinen luottamuksellinen neuvottelutilanne.

Haastateltujen mukaan avioeron jälkeen lapset jäivät yleisimmin asumaan äidin kanssa. Lastenvalvojan mukaan muslimiperheissä riidellään huomattavan vähän huoltoon ja tapaamisoikeuteen liittyvistä kysymyksistä. Tavallisesti vahvistetaan yhteishuoltajuus, mutta tapaamisista ei sovita erikseen. Kaikkien haastateltujen havaintojen mukaan muslimiperheissä on huomattavasti keskimääräistä enemmän lapsia, eivätkä kymmenlapsisetkaan perheet ole harvinaisuus.

¹³⁸ Kouros 2007 s. 31.

¹³⁹ Kouros 2007 s. 32.

Osa haastatelluista oli sitä mieltä, että kynnyksellä väkivaltaan, esimerkiksi lasten fyysiseen kurittamiseen on maahanmuuttajataustaisissa muslimiperheissä keskimääräistä alempi. Ongelmaksi koettiin myös, että joissakin kulttuureissa lasten tavoitteellinen kasvattaminen saatetaan aloittaa vasta melko myöhään, kun lapsi on n. 10-vuotias. Tällöin lapsella on todennäköisesti ongelmia esimerkiksi koulun tai päiväkodin asettamisen rajojen kanssa. Naisiin kohdistuvan väkivallan osalta haastatellut olivat pääsääntöisesti sitä mieltä, että väkivallan dynamiikka oli samanlaista sekä suomalaisissa että maahanmuuttajaperheissä. Esiin nousi myös pakolaistaustaisten henkilöiden omien traumojen aiheuttama väkivaltainen käytös, joka on näissä ryhmissä yleisempää myös naisilla. Selkeä ero valtaväestöön oli haastateltujen mukaan se, että perheen tilanteen kriisiytymisen taustalla ei vaikuta alkoholin käyttö.

Lastensuojelun puuttumiskynnyksellä ylittyy usein lapsen aggressiivisen käyttäytymisen vuoksi. Käyttäytymisen taustalla nähtiin usein kulttuuriristiriidan aiheuttama paine, kun lapsi joutuu kamppailemaan kahden kulttuurin normiston välissä, joista kumpikin aiheuttaa ristiriitoja ja konflikteja lapsen elämänpiirissä. Usein tällöin integraatio kohdistuukin alakulttuureihin eikä esimerkiksi yhteiskunnallisena ihanteena olevaan luterilaisen työmoraaalin kulttuuriin. Toisaalta nuorilla nähtiin kuitenkin selkeää pyrkimystä parempaan esimerkiksi opiskelun kautta.

Haastattelussa ei ilmennyt, että uskonnolla tai kulttuurisella taustalla olisi merkitystä viranomaisten oikeudellisessa harkinnassa. Myöskään puuttumisen kynnyksen ei koettu olevan alempana kuin muilla muslimiperheiden ollessa kysymyksessä. Sen sijaan koettiin, että resurssit puuttua tarpeeksi varhaisessa vaiheessa ovat riittämättömät. Merkitystä uskonnollisella ja kulttuurisella taustalla nähtiin ennen kaikkea luottamuksen syntymisessä ja niissä sosiaalisissa haasteissa, joihin etenkin maahanmuuttajien lapset törmäivät kahden kulttuurin välissä.

Maahanmuuttajien kanssa tehtävässä sosiaalityössä haasteiden koettiin liittyvän integroitumisen onnistumiseen. Tässä avainasemassa on maahanmuuttajien kielitaidon parantaminen. Avainryhmänä nähtiin erityisesti naiset, joista osa saattaa olla jopa luku- ja kirjoitustaidottomia ja joiden tavoittaminen on muutenkin hankalaa. Monilapsisen perheen äidin saattaa olla mahdotonta esimerkiksi osallistua kielikurssille, jos sitä ei ole järjestetty tarpeeksi lähellä ja jos lastenhoitoa ei ole järjestetty toimivaksi. Lisäksi kurseille osallistuminen katkeaa helposti jos lapsia syntyy lyhyellä aikavälillä. Haastateltujen mukaan sosiaalityön haasteena on tällä hetkellä ”jalkautuminen”, eli naisten tarpeiden ja palveluiden saattaminen kohtamaan. Jonkin verran erityisesti naisille räätälöityjä palveluita, kuten juuri kielikursseja, onkin jo järjestetty.

Haastateltujen mukaan monikulttuurisuuden kohtaaminen vaatii sensitiivisyyttä ja nöyryyttä asiakkaan kohtaamisessa. Haastatellut kertoivat törmänneensä muslimeita koskeviin ennakkoluuloihin valitettavan usein sekä muualla yhteiskunnassa että jopa työyhteisössä. Koettiin, että tietoa ja koulutusta tarvittaisiin lisää. Haastateltujen kertomassa monikulttuurisuus ja siihen liittyvä integraatio näyttäytyt tärkeänä, mutta aikaa vievänä prosessina.

3.2 Avioliitto uskonnollisena ja oikeudellisena instituutiona

Avioliitto on oikeudellinen instituutio, johon yksilön näkökulmasta liittyy syvä henkilökohtaisuus. Avioliiton solmiminen kytkeytyy vahvasti kulttuuriin ja uskonnollisiin perinteisiin, ja on tässä mielessä julkisen ja yksityisen rajapinnassa. Sekuläärissä Suomessa avioliittoon vihkimisellä ja avioliiton purkamisella on kahtalainen luonne, osaksi kysymys on yksityisen piiriin kuuluvasta, mahdollisesti luonteeltaan uskonnollisesta toimituksesta ja osaksi julkiseen kuuluvasta toimesta, jolla oikeussuhteita luodaan tai muutetaan. Kysymys on myös julkisen vallan käyttämisestä: vihkiminen on julkinen hallintotehtävä, jossa on kysymys julkisen vallan käyttämisestä ja vihkiään sovelletaan virkavastuuta koskevia säännöksiä¹⁴⁰. Toisaalta voidaan myös esittää, ettei oikeudellisesti relevantin parisuhteen solmimisen tulisi lainkaan olla uskonnollinen toimitus, vaan oikeussuhteet vahvistettaisiin viranomaisten toimesta ja uskonnolliset vihkitoimitukset jäisivät puhtaasti rituaalisiksi, vaille juridista merkitystä¹⁴¹. Tämä ei kuitenkaan välttämättä vastaa tosiasiallista tarvetta. Jos uskonnon piirissä solmituille avioliitoille ei annettaisi juridista sitovuutta, osa avioliitossa olevista jäisi lainsäädännön asettamien velvollisuuksien ja oikeuksien ulottumattomiin.

Uskonnolliset yhteisöt soveltavat perheoikeudellisia säännöksiä tällä hetkellä etupäässä vihkimisoikeuksia käyttämällä. Lisäksi niillä on rooli perheasiainsovittelussa, johon avioliittolain 20 §:ssä viitataan. Avioliittoon vihkiminen voidaan toimittaa joko kirkollisena tai siviilivihkimisenä. Suoraan lain nojalla vihkimisoikeus on evankelis-luterilaisella kirkolla ja ortodoksisella kirkolla, ja avioliittolain mukaan opetusministeriö voi myöntää vihkimisoikeuden tietyille yksityisoikeudellisille yhteisöille. Edellytyksenä on, että yhteisö on rekisteröity uskonnollinen yhdyskunta¹⁴².

¹⁴⁰ Luonnos hallituksen esitykseksi s. 4, HE 14/2008 vp, monin paikoin.

¹⁴¹ Mm. Suomen Humanistiliiton mukaan ainoa avioliiton laillistamistapa tulisi olla siviilivihkiminen. OM 2005:28, mietinnön lausuntokierros.

¹⁴² Uskonnollisen yhdyskunnan rekisteröimisestä säädetään uskonnonvapauslain 2 luvussa.

Pääsääntöisesti lupa on myönnetty kaikille sitä hakeneille rekisteröidyille uskonnollisille yhdyskunnille, ja tällä hetkellä vihkimisoikeus on 40 yhdyskunnalla¹⁴³, joista islamilaisia on yhdeksän¹⁴⁴. Ennen avioliittoon vihkimistä kihlakumppaneiden on toimitettava vihkijälle selvitys avioliiton esteiden tutkimisesta. Esteiden tutkimisesta huolehtii maistraatti, mutta vihkijän vastuulla on varmistua siitä, että esteet on tutkittu asianmukaisesti. Lisäksi vihkijän tulee antaa puolisoille vihkitodistus, ilmoittaa vihkimisestä väestötietojärjestelmään ja pitää yllä vihkimisluetteloa. Viime kädessä vihkijän tehtäviin liittyy myös vastuuta siitä, että avioliittoon vihkiminen vastaa osapuolten tahtoa ja että nämä ymmärtävät avioliiton merkityksen, sekä siitä, että osapuolet ovat kykeneviä sitovasti ilmaisemaan tahtonsa.

Avioliiton solmiminen on tehtävä avioliittolain säätämällä tavalla, eikä avioliiton islamilaisuudella ei ole sinänsä merkitystä. Suomen oikeuden näkökulmasta islamilainen avioliitto on joko ”suomalainen” avioliitto, kansainvälisyksityisoikeudellinen avioliitto (eli tunnustetaan muualla solmittu avioliitto) tai avioliitto, ellei avioliittoa ole saatettu voimaan vihkimisellä tai rekisteröimällä kansainvälinen avioliittotodistus maistraatissa. Samoin islamilaisen avioliiton, olipa se solmittu täällä tai islamilaisessa valtiossa, oikeusvaikutukset määräytyvät Suomen lain mukaan. Avioliiton esteet puolestaan määrittyvät sen lain mukaan, jonka perusteella avioliiton pätevyys ratkaistaan. Siten polygaminenkaan avioliitto ei ole suoraan pätemätön Suomessa, joten periaatteessa kansainvälisyksityisoikeudelliset säännökset mahdollistavat sen, että tunnustetaan saman henkilön avioliitot useamman kuin yhden henkilön kanssa¹⁴⁵. Virallisella syyttäjällä on kuitenkin oikeus ajaa avioerokannetta, jos avioliitto on solmittu puolison aikaisemman avioliiton ollessa voimassa.

Ehdottomuus- eli ordre public -periaatteen nojalla voidaan torjua vieraan oikeusjärjestelmän mukaiset ratkaisut silloin, kun ne ovat oikeusjärjestyksen peruseriaatteiden vastaisia. Tällä perusteella voidaan jättää tunnustamatta

¹⁴³ OM 2005:28, työryhmän ehdotus s. 2. Työryhmämietintö julkaistiin vuonna 2005 ja siitä pyydytetyt lausunnot vuotta myöhemmin. Hallituksen esitys annettiin helmikuussa 2008 30.3.2007 päivätyn luonnoksen mukaisena.

¹⁴⁴ Islam Rakkaus-yhdyskunta, Suomen Islam-seurakunta, Suomen Islamilainen Yhdyskunta, Tampereen islamilainen seurakunta, Helsinki Islam Keskus, Pohjois-Suomen Islamilainen Yhdyskunta, Resalat Islamilainen Yhdyskunta, Islamic Multicultural Da’wah centre ja Suomen Shiiauslimit.

¹⁴⁵ Institut de Droit International / The Institute of International Law, Krakow Session 2005, Ninth Commission, resolution on Cultural differences and ordre public in family private international law, art B.3: “States should not invoke public policy against the recognition of polygamous unions celebrated in a State allowing polygamy. They will not be bound to recognise such unions if both spouses had their habitual residence at the time of celebration in a state that did not admit polygamy or if the first spouse has the nationality of, or her habitual residence in, such a State.”

esimerkiksi alaikäisten solmimat avioliitot. Ordre publicilla on siis myös tässä yhteys ihmisoikeuksiin.

Tuulikki Mikkola näkee ongelmana tilanteen, jossa muslimit elävät Suomessa mutta noudattavat islamiin perustuvia sääntöjä. Esimerkiksi hän nostaa moniavioisuuden. Mies voi esimerkiksi hakea kotimaastaan uuden vaimon eroamalla Suomessa asuvasta vaimostaan Suomen lain mukaisesti mutta ei islamilaisen lain mukaan, jolloin tosiasiasa on kysymys moniavioisuudesta¹⁴⁶. Vaikuttaisi, ettei moniavioisuus ole Suomessa kovin yleistä ja että Suomessa asuvat muslimit eivät yleisesti pidä sitä ideaalisena perhemallina. Toisaalta mikään ei estä ihmisiä elämästä avioliitonomaisessa suhteessa ”moniavioisena” perheenä. Ongelma tässä kohdin saattaisi pikemminkin olla Suomen lainsäädännön piittaamattomuus epävirallisten puolisoitten asemasta, heillähän ei Suomen oikeuden mukaan ole oikeutta esimerkiksi elatukseen toisin kuin islamilaisen oikeuden mukaan, heitä kohdellaan verotuksessa osin ankarammin kuin aviopuolisoita eivätkä puolison suojaksi tarkoitettut säännöt koske heitä. Avioliitto on kulttuuriin kuuluva instituutio ja yksiavioinen avioliitto valtaväestön kulttuuriin kuuluva käsite. Jos avioliittoa tarkastellaan oikeudellisena suhteena, jonka perusmerkitys on mahdollistaa perhe-elämä ihmisten välillä niin, että perheeseen sitoutuminen antaa sen jäsenille tiettyjä oikeuksia ja velvollisuuksia, ei avioliiton perustavin merkitys ole se, että avioliitto on voimassa vain suhteessa yhteen henkilöön kerrallaan.¹⁴⁷ Tällä en tarkoita, että moniavioisuus sinänsä puolustaisi paikkaansa avioliittomuotona. Kuten edellä todettiin, useat haastatelluista sosiaaliviranomaisista olivat sitä mieltä, että moniavioisuus on perhemallina perheille ja etenkin vaimoille raskas ja saattaa aiheuttaa suurtakin epävarmuutta ja ahdistusta. Myös Ihmisoikeusliiton selvityksessä useat haastatellut ilmoittivat, etteivät henkilökohtaisesti hyväksy moniavioisuutta.

Oikeusministeriö käynnisti vuonna 2005 hankkeen vihkimisoikeuksien myöntämistä koskevien säännösten uudistamiseksi¹⁴⁸ ja uusi vihkimisoikeuksia koskeva laki tuli voimaan 1.10.2008. Uudistus koettiin tarpeelliseksi,

¹⁴⁶ Mikkola 2007 s. 179.

¹⁴⁷ Toisin kuin Mikkola samassa yhteydessä väittää, moniavioisuus ei sellaisenaan ole Suomessa rikos. Rikoslain 18 luvussa rangaistavaksi säädetään rikokset sukuoikeutta vastaan. Sakkoihin tai korkeintaan vuoden vankeuteen voidaan tuomita henkilö, joka valehtelemalla nimensä tai säätyinsä tai salaamalla laillisen avioliiton esteen tai seikan, joka voi saattaa avioliiton purkautumaan, viettelee tai pettää toisen solmimaan aviosopimuksen. Jos petos etenee vihkimiseen saakka tai jos pettäjä makaa huijatun, rangaistusmaksimiin kohoa kahteen vuoteen (RL 18:1). Tunnuksmerkistöä ei lakitekstin perusteella täytyä molemminpuoliseen suostumukseen perustuva moniavioisuus.

¹⁴⁸ Valtioneuvoston hankkeen OM 027:00/2005, hankkeen kotisivu: www.om.fi/31163.htm.

koska vihkimisoikeuden käyttäminen on luonteeltaan julkinen hallintotehtävä, jonka antaminen muulle kuin viranomaiselle edellyttää muun ohella hyvän hallinnon vaatimusten, kuten tehtäviä hoitavien henkilöiden asiantuntemusta ja heihin kohdistuvaa julkista valvontaa. Hallituksen esitystä valmistelleen työryhmän mukaan voimassa olevat säännökset eivät vastaa julkisen hallintotehtävän antamiselle perustuslaissa asetettuja vaatimuksia¹⁴⁹. Laissa ei esimerkiksi säädetä vihkimisoikeuden myöntämisedellytyksistä muutoin kuin yhdyskunnan järjestäytymisen osalta. Myöskään vihkijälle ei tällä hetkellä aseteta soveltuvuusvaatimuksia eikä vihkimisoikeuden käyttöä valvota. Opetusministeriön tietoon on tullut yksittäistapauksia, joissa avioliiton esteiden tutkimisesta ei ole huolehdittu eikä ilmoituksia väestörekisteriin ole tehty asianmukaisesti.¹⁵⁰

Uudistuksen tavoitteena oli saattaa vihkimisoikeuksien antaminen vastaamaan perustuslain 124 §:n asettamia vaatimuksia. Vihkimisoikeus myönnetään henkilökohtaisena entisen kollektiiville myönnetyn oikeuden sijaan. Laissa on säännökset vihkijän soveltuvuudesta sekä velvollisuuksista ja vastuusta sekä vihkimisoikeuksien käytön valvonnasta. Vihkimisoikeuksien myöntämisestä ja niiden käytön valvonnasta huolehtii maistraatti.

Uudistus selkeytti vihkimisen asemaa (virka)vastuullisena tehtävänä. Siinä ei kuitenkaan oteta kantaa esimerkiksi siihen, millä edellytyksillä uskonnollisella yhdyskunnalla on oikeus kieltäytyä vihkimästä henkilöä avioliittoon. Koska vihkiminen on julkisen vallan käyttöä, on käsittääkseni jokaisella yhdyskunnan jäsenellä lähtökohtaisesti oikeus tulla vihityksi avioliittoon. Perusteiden, joilla vihkimisestä kieltäydytään, on oltava asiallisia. Kun perusteiden ”asiallisuutta” määritellään, joudutaan ottamaan kantaa siihen, missä määrin uskonnollisella yhdyskunnalla tai vihkijällä on esimerkiksi teologisilla perusteilla oikeus asettaa lainsäädäntöä tiukempia rajoituksia sille, kenet se suostuu vihkimään. Rajoitukset eivät voine olla mielivaltaisia.

Avioeroprosessissa uskonnollisella yhteisöllä ei ole minkäänlaista roolia, vaan eron puoliset tuomitaan aina yleisessä tuomioistuimessa. Oikeudellisesti merkityksellinen avioero ei siten voi olla islamilainen kuin kansainvälisissä tilanteissa. Vieraassa valtiossa annettua avioeropäätöstä kunnioitetaan eikä sinänsä ole merkitystä, millaista avioeroa päätös koskee. Tuulikki Mikkolan mukaan on esimerkiksi mahdollista jättää talaq-ero tunnustamatta, jos eroa on ”käytetty väärin”, eli jos avioeron saaminen tietynlaisessa menettelyssä rikkoo Suomen oikeusjärjestelmän peruseriaat-

¹⁴⁹ OM 2005:28, työryhmän ehdotus s. 5.

¹⁵⁰ Luonnos hallituksen esitykseksi s. 2.

teita vastaan¹⁵¹. Ranskassa on katsottu, että joissakin tilanteissa talaq-eroa ei tule katsoa voimassa olevaksi. Edellytyksinä talaq-eron hyväksyttävyydelle on, ettei eroon liity petosta (erehdyttämistä), vaimon on voinut osallistua avioeroprosessiin, vaimon taloudellinen asema on turvattu ja avioero on tullut voimaan antomaan lakien mukaisesti. Sekä Ranskassa että Saksassa on talaqin tunnustamiselle asetettu tietyt prosessuaaliset edellytykset ja lisäksi ulkomainen talaq on voitu torjua, jos puolisoilla on vahvat siteet tunnustamisesta päättävään maahan.¹⁵² Suomalaiselle järjestelmälle tuntuisi olevan vierasta olla hyväksymättä avioeroa sinänsä, meillähän ”hylkäysero” on hyväksytty molemmille puolisoille eikä avioeroa haettaessa tarvitse ilmoittaa syytä tai perustetta. Saattaisi kuitenkin olla aiheellista pohtia, tulisiko talaq-erojen aiheuttamiin epäoikeudenmukaisuuksiin kyetä puuttumaan muulla tavoin, esimerkiksi sosiaaliturvan tai elatusvastuun keinoin.

Suomessa muslimi voi saada islamilaisen avioeron imaamilta. Menetely edellyttää, että imaami kuulee molempia osapuolia ja toteaa islamin asettamien avioeron edellytysten olevan olemassa. Suomen oikeuden mukainen virallinen avioero haetaan aina tuomioistuimesta, joten islamilaisella avioerolla ei ole oikeudellista merkitystä. Muslimille islamilainen avioero on kuitenkin muutakin kuin seremoniallinen, esimerkiksi naiselle voimassa oleva islamilainen avioliitto on ehdoton este uuden islamilaisen avioliiton solmimiselle.

Ihmisoikeusliiton mukaan eräs Suomessa asuvia musliminaisia koskeva ongelma on se, että avioliiton purkautuessa ei ole keinoa velvoittaa miestä antamaan islamilaista avioeroa. Jos mies ei saavu moskeijaan kuultavaksi, imaami ei välttämättä myönnä uskonnollista avioeroa. Eräänä ratkaisuna ongelmaan voitaisiin ajatella esteiden selvittämisen laajentamista myös niihin islamilaisiin avioliittoihin, jotka eivät ole Suomen oikeuden mukaan voimassa, jolloin ennen vihkimistä kihlapari joutuisi esittämään selvityksen myös siitä, etteivät he islamilaisen oikeuden mukaan ole voimassa olevassa avioliitossa¹⁵³.

Ihmisoikeusliiton haastattelukyselyssä 90 % vastaajista oli sitä mieltä, että avioero tulisi sallia pelkästään sillä perusteella, etteivät puoliset enää halua olla naimisissa. Silti 73 % katsoi, että avioerolle tulisi olla hyväksyttävä syy, mikä kertonee sitoutumisesta avioliittoon enemmän kuin oikeudellisen

¹⁵¹ Mikkola 2007 s. 177.

¹⁵² Mikkola 2007 s. 178 sekä IDI 2005: ”Public policy may be invoked against the recognition of the unilateral repudiation of the woman by her husband if the woman has or has had the nationality of the recognizing State or of a State not allowing such repudiation, or if she has her habitual residence in one of these States, unless she has consented to the repudiation or has benefited from adequate financial provision.”

¹⁵³ Kouros 2007 s. 45.

syyn selvittämisen tärkeydestä. Puolet vastaajista katsoi, että islamilaisen imaamin tulisi aina myöntää hakijalle avioero kun suomalainen tuomioistuim on sen myöntänyt. Enemmistö vastaajista oli sitä mieltä, että avioeron myöntävän instanssin pitäisi olla joko islamilainen imaami ja tuomioistuim yhdessä tai ainoastaan islamilainen imaami. Tuomioistuimen myöntämää avioeroa siis pidettiin riittämättömänä.¹⁵⁴

Jos rekisteröidyn uskonnollisen yhdyskunnan toimittama vihkiminen avioliittoon on tunnustettu oikeudellisesti relevantiksi, voidaan kysyä, miksei vihkimisoikeuden omaavilla yhdyskunnilla tai henkilöillä ole velvollisuutta osallistua myös avioliiton purkautumiseen. Olisi johdonmukaista, että vihkimiseen oikeutetulla yhdyskunnalla olisi velvollisuus myös purkaa solmittu avioliitto. Toimivalta eron myöntämiseen voisi olla kaikilla samaa uskontoa tunnustavilla yhdyskunnilla, mutta velvollisuus ainakin vihkineellä yhdyskunnalla. Oikeudellisesti pätevä avioero voitaisiin tuomita edelleen tuomioistuimessa, mutta puolisoiden tulisi esittää selvitystä siitä, että vihkinyt yhdyskunta on myöntänyt avioeron tai että puoliset ovat eronneet yhdyskunnasta. Tällöin vihkimisiä toimittava yhdyskunta ei voisi jättää avioeroa myöntämättä Suomen oikeuden vastaisilla perusteilla. Tarvittaessa tuomioistuim voisi velvoittaa yhdyskunnan myöntämään hakijalle avioeron. Myös tämä saattaisi helpottaa niiden naisten asemaa, jotka eivät tällä hetkellä saa uskonnollista avioeroa entisen puolison toiminnan vuoksi.

3.3 Islamilainen perheoikeus riitatilanteissa

Islamilaiset perheoikeudelliset käytännöt voivat olla olemassa myös oikeustoimina kuten mitkä tahansa osapuolten keskenään tekemät sopimukset. Riippumatta ihmisten kulttuurisesta tai uskonnollisesta taustasta heidän välisensä tapahtumat, sopimiset tai konfliktit, sijoitetaan erilaisiin oikeustoimien kategorioihin, jotka ohjaavat ratkaisutoimintaa. Jos esimerkiksi islamilainen avioliittosopimus riitautetaan, sen pätevyyttä ja sisältöä tarkastellaan oikeustoimena Suomen oikeuden mukaan. Jos osapuolilla on liittymiä muihin valtioihin, tarkasteltavaksi voi tulla myös kansainvälisen yksityisoikeuden alaan kuuluvia tilanteita, joissa oikeustoimien kategoriat ja jutun laki määräytyvät toisen oikeusjärjestyksen mukaan.

Markku Helinin mukaan sopimusvapaus perheoikeudessa sisältää solmimisvapauden, sisältövapauden ja muotovapauden. Peter Vesterdorfiin viitaten Helin tarkastelee perheoikeudellisia sopimuksia jaotellen ne puhtaasti

¹⁵⁴ Kouros 2007 s. 64–67.

perheoikeudellisiin, perhevarallisuus- ja puhtaasti varallisuus-
oikeudellisiin sopimuksiin.¹⁵⁵ Esimerkiksi islamilainen avioliittosopimus
tyypillisesti sisältää kaikkiin näihin kategorioihin kuuluvia ehtoja.

Islamilaisen avioliittosopimuksen ehdot saattavat sisältää puhtaasti
perheoikeudellisia ehtoja esimerkiksi ylipäättään avioliiton solmimisesta;
islamilainen avioliittohan syntyy sopimuksena eikä se tunne vihkimistä
avioliiton solmimisen muotona. Edelleen avioliittosopimus saattaa sisältää
ehtoja, jotka koskevat puolisoiden asumista, työnjakoa tai edellytyksiä,
joilla nainen voi saada avioeron. Tällaiset ehdot eivät ole Suomen oikeuden
mukaan päteviä. Avioliittosopimuksen solmimisen perusteella osapuolella
ei ole velvollisuutta solmia avioliittoa.

Oikeuskäytäntöä islamilaisen avioliittosopimuksen tulkinnasta ei ole,
mutta avioliittosopimusta lienee tulkittava kuin muitakin sopimuksia.
Yksittäisen ehdon pätemättömyys ei välttämättä tee sopimuksesta muilta
osin pätemätöntä, ellei sopimuksen kokonaisuudessaan katsota olevan
hyvän tavan vastainen.

Riippuen siitä, onko esimerkiksi sovittu mahr-omaisuus jo luovutettu
tai onko se tarkoitus luovuttaa avioliiton aikana tai vasta sen purkautuessa,
morsiusrahasopimus tai avioliittosopimuksen morsiusrahaa koskeva ehto
voidaan asettaa joko lahjanlupauksen/lahjan kategoriaan, jolloin kysymyk-
sessä on puhtaasti varallisuus- ja oikeudellinen ehto, tai avioliiton päättymisen
varalta tehtyjen oikeustoimien kategoriaan, jolloin kysymyksessä on sopimus
avioeron varalta eli perhevarallisuus- ja oikeudellinen oikeustoimi. Avioeron
varalta laadittu sopimus voi koskea mm. ositusta ja tehdä asiallisesti tyhjäksi
esimerkiksi avioehtosopimuksen sisällön.¹⁵⁶ Lahjanlupauslain (625/1947)
1 §:n mukaan lahjanlupaus, joka on tehty asiakirjassa, sitoo antajaansa.
Siten avioliittosopimuksen mahr-omaisuutta koskevaa ehtoa voitaisiin pitää
sitovana lahjanlupauksena. On myös mahdollista, että morsiusrahaehto
pidettäisiin hyvän tavan vastaisena, jos luovutuksen ajatellaan olevan esi-
merkiksi avioliiton solmimisen vastike.

Islamilainen perheoikeus ei kuitenkaan ole näyttäytynyt oikeudellisessa
ratkaisutoiminnassa arvattavasti muutoin kuin lapsioikeudellisissa asioissa ja
ulkomaalaisasioissa. Analyysi uskonnon tai kulttuurin merkityksestä lasten
huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevissa riidoissa olisi oman tutkimuksensa
aihe. Tiedossa ei ole, että tuomioistuimissa olisi käsitelty esimerkiksi is-
lamilaista avioliittosopimusta. Koska tuomioistuinten ratkaisuja koskien
perhelainsäädännön ja islamilaisen perheoikeudellisten käytäntöjen suh-
detta ei tältä osin ole, ovat islamilaiset perheoikeudelliset käytännöt tässä

¹⁵⁵ Helin 2004 s. 1254.

¹⁵⁶ Aarnio – Helin 1992 s. 297.

mielessä näkymättömissä ainakin tuomioistuimissa. On tosin huomattava, että perheoikeudelliset asiat ylipäättään päätyvät tuomioistuimiin harvoin, joten suuri osa perheoikeudesta ”tapahtuu” tuomioistuinten ulkopuolella ja oikeudellisina toimijoina vaikuttavat tuomareita enemmän asianajajat.

Haastattelin tutkimusta varten neljää Helsingissä toimivaa asianajajaa, joiden asiakkaina ja vastapuolina on ollut muslimeja, sekä perheoikeudellisissa että muissa jutuissa. Suurin osa perheoikeudellisista tapauksista koski lasten huoltoa ja tapaamisoikeutta, eikä esimerkiksi islamilaista avioliittosopimusta, perinnönjakoa tai morsiusrahaa koskevia sopimuksia ollut haastatelluille juurikaan tullut vastaan. Suurimmaksi osaksi tapauksissa oli kysymys muslimin ja muunuskoisen välisestä avioliitosta, tyyppitapauksessa suomalaisen äidin ja maahanmuuttaja-isän välisestä lapsen huoltoa ja tapaamista koskevasta riidasta.

Lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevia riitoja, joissa toinen vanhemmista on muslimi ja toinen kristitty, kuvailtiin hyvin vaikeiksi ja syviksi konflikteiksi. Myös lapsikaappaukseen ja järjestettyihin avioliittoihin liittyviä tilanteita oli haastatelluille tullut vastaan. Usein ristiriita puolisoiden välillä kärjistyy avioeron jälkeen myös kulttuuristen erojen osalta, ja uskonnon harjoittamiseen liittyvien käytäntöjen merkitys korostuu. Kärjistymisen sinänsä arveltiin johtuvan molemmista osapuolista. Ongelmat liittyvät siihen, miten lasten uskonnon harjoittaminen järjestetään avioeron jälkeen; usein vaaditaan, että lasten tulisi ainakin uskonnollisen vanhemman luona vieraillessaan noudattaa tapoja tiukasti ja kurinalaisesti. Ristiriitoja aiheuttaa erityisesti rituaaliseen puhtauteen kuuluvat säännöt, kuten ruokavalio, sekä esimerkiksi kulttuuriin liittyvät seikat, kuten saunassa käyminen.

Kuitenkin koettiin, että osa uskonnon harjoittamiseen liittyvistä vaatimuksista on kohtuullisia, ja esimerkiksi rituaaliseen puhtauteen liittyvien seikkojen tulisikin olla sellaisia, joissa toisen vanhemman uskonnolliselle taustalle annetaan merkitystä. Valitettavasti konfliktit ovat usein niin syviä, että riidellään kaikkesta mahdollisesta, jolloin riita ulottuu myös lapsen edun kannalta vähämerkityksisiin seikkoihin, esimerkiksi kysymyksiin hyväksyttävistä ruoka-aineista.

Edelleen haastatteluissa ristiriitoja koettiin aiheutuvan sukupuolten välisestä epätasa-arvosta. Eräs haastatelluista nosti esiin ongelman puhevallan käyttämisestä. Musliminaisella saattaa olla mukanaan puhemies, jolloin on hankalaa erottaa henkilön omaa kertomusta muiden kertomuksista. Puhemiehenä saattaa toimia jopa alaikäinen lapsi, yleensä naisen sukulaispoika. Tämä saattaa johtua osaltaan myös maahanmuuttajien heikosta kielitaidosta, johon miltei kaikki haastatellut viittasivat.

Joissakin tilanteissa avioeron jälkeen entinen puoliso pyrki voimakkaasti kontrolloimaan toisen puolison elämää. Näissä tapauksissa nähtiin yhtäläi-

syyksiä patriarkaaliseen perhekäsitykseen ja siihen, ettei henkilö ole sisäistänyt Suomen lain mukaisia sallitun ja kielletyn rajoja. Avioeron jälkeinen toisen puolison elämän kontrollointi ei kuitenkaan ole suomalaisessakaan kulttuurissa vieras ilmiö, vaan liittyy perheväkivaltaan kaikkialla.

Eräissä haastattelussa nousi esiin kysymys sosiaalitoimen toiminnasta olosuhdeselvitysten yhteydessä, haastatellun mielestä sosiaaliviranomaiset ovat usein naiiveja ja yrittävät ymmärtää ja selittää toisen puolison väkivaltaistakin käyttäytymistä kulttuurieroilla. Haastatellun mukaan sosiaaliviranomaisten asennoituminen kulttuuritaustaltaan ei-suomalaiseen osapuoleen saattaa olla alentuvaa; henkilölle asetetaan ennalta rooli, johon hänen tulisi asettua. Alussa viittasin Gadamerin käsitykseen hermeneuttisesta ymmärtämisestä, jossa tulkitsijan tulee tunnistaa omat ennakkoluulonsa ja -odotuksensa. Haastateltavan havaitsema ”yliymmärtäminen” voi perustua juuri vääränlaiseen suvaitsevaisuuteen, jossa omiin lähtökohtiin ei suhtauduta riittäväällä vakavuudella.

Tuomioistuimen suhtautumisen kulttuuritaustaltaan ei-suomalaiseen osapuoleen arvioitiin olevan tasapuolista, vaikka mahdollisesti ennakoasenteillakin todettiin olevan merkitystä sekä eritoten sillä, miten avustaja ohjaa asian käsittelyä. Kuitenkin tilanne vaikuttaisi parantuneen viimeisten kymmenen vuoden aikana, eikä henkilön kulttuurinen tai uskonnollinen tausta vaikuta jutun lopputulokseen. Merkitystä on kuitenkin ulkoisilla asioilla kuten tulkin asiantuntemuksella ja asianosaisen omalla esiintymisellä oikeudessa. Oikeussalietiketti edellyttää asianosaiselta muodollista, selkää ja hillittyä käyttäytymistä, jolloin asianosainen saattaa kokea, että hänen puheoikeuttaan rajoitetaan eikä hän saa vapaasti kertoa kokemustaan. Kaikissa haastatteluissa tuli esiin maahanmuuttajilla yleinen luottamuspuola suhteessa oikeuslaitokseen ja viranomaisiin.

Monikulttuuristen perheiden hajoamiseen liittyy haastattelujen perusteella syvempiä ristiriitoja kuin yksikulttuuristen perheiden hajoamiseen.¹⁵⁷ Haastattelujen perusteella ei voi tehdä johtopäätöksiä sen suhteen, miten islamilainen perheoikeus vaikuttaa riitojen taustalla. Sen sijaan haastattelujen perusteella tarvittaisiin asiantuntemusta kohdata nimenomaan kahden kulttuurin törmäämisestä aiheutuvia ristiriitoja ja torjua sitä, että yritetään aiheettomasti antaa kulttuurisille tai uskonnollisille tekijöille enemmän merkitystä kuin lapsen edun arvioiminen edellyttää – sekä silloin, kun vanhemmuutta arvioidaan esimerkiksi olosuhdeselvitysten yhteydessä, että

¹⁵⁷ Kurki-Suonion mukaan huoltoriitojen tunnepitoisuus ylipäättään selittyy osaksi vanhempien syvällä kokemuksella oikeudenloukkauksesta nimenomaan moraalisisella tasolla. Kurki-Suonio 2000 s. 748. Moraalikäsitykset ovat erityisen herkkiä uskonnollisille ja kulttuurisille tekijöille, mikä saattaa osaltaan selittää kokemusta konfliktien syvyydestä monikulttuurisissa avioerotilanteissa.

silloin, kun asianosaiset itse yrittävät asettaa uskonnolle tai kulttuurisille seikoille ylisuurta painoarvoa.

4. ISLAMILAISEN PERHEOIKEUDEN SOVELTAMINEN OIKEUSJÄRJESTELMÄNÄ

Edellä on käsitelty islamilaisen perheoikeuteen liittyvien käytäntöjen tunnistettavuutta juridisten kategorioiden kautta. Tällöin on kysymys siitä, miten reaali maailman käytännöt muuntuvat juridisiksi oikeustoimiksi tai juridisesti perustelluiksi vaatimuksiksi, joiden taustalla tai erityispiirteillä kuten islamilaisella luonteella ei ole merkitystä. Seuraavaksi on tarkoitus tarkastella sitä, missä määrin ja miten kokonainen tai yksittäisiä elementtejä suurempi kokonaisuus, islamilainen perheoikeus, voi oikeudellisena järjestelmänä saada merkitystä oikeusjärjestelmän sisällä esimerkiksi osapuolten välisen sopimuksen kautta.

Perus- ja ihmisoikeudet rajaavat sekä säädettäviä lakeja että yksityisten välisiä sopimuksia. Sopimukset ovat päteviä vain, kun ne on tehty näiden rajojen sisällä. Perustuslaki ja kansainväliset sopimukset toteuttavat perus- ja ihmisoikeuskontrollia säädettävän lain osalta ja ovat siten osa oikeusjärjestelmän peruseriaatteita, *ordre publicia*. Tämän vuoksi ajatus mahdollisuudesta sopia islamilaisen oikeuden soveltamisesta esimerkiksi joidenkin henkilöiden väliseen oikeussuhteeseen edellyttää islamin ja ihmis- ja perusoikeuksien välisen suhteen tarkastelua.

Uskontoon perustuvan oikeuden soveltamisesta henkilöiden välisiin oikeussuhteisiin on keskusteltu vakavasti myös muualla maailmassa. Kanadan Ontariossa nousi syksyllä 2003 vilkkaaseen keskusteluun aloite ”shari’a-tuomioistuimen” perustamisesta ratkaisemaan uskonnollisilla perusteilla Ontarion muslimiyhteisön siviiliriitoja, etenkin perheoikeudellisia konflikteja. Kysymyksessä oli välimiesmenettelystä annetun lain soveltuminen uskonnollisperusteiseen riidanratkaisuun. Myös Kanadassa käydyn keskustelun keskeisiä teemoja oli yksityisen ja julkisen välinen rajankäynti sekä yleisesti islamilaisen ja länsimaisen oikeuden välinen suhde etenkin ihmisoikeuksien näkökulmasta.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Julkisen keskustelun aloitti Ontariolaisen juristin Syed Mimitaz Alin johdolla Ontarion piirikuntaan perustettu Islamic Institute of Civil Justice:n (IICJ) suunnitelma perustaa islamilaista lakia soveltava välimiesoikeus, jonka tarkoituksena oli tarjota muslimiyhteisölle uskonnollisperusteista välimiesmenettelyä perheoikeudellisissa asioissa. Vilkkaan julkisen keskustelun ansiosta hallitus antoi politiikassa mm. sosiaalialioitien parissa pitkään toimineelle Marion Boydille toimeksiannon selvittää, miten perheoikeudellisen, uskon-

4.1 Yksityinen ja julkinen – sopimusvapauden laajuus perheoikeudessa

Islamilainen perheoikeus voi Suomessa tulla sovellettavaksi vain epäsuorasti. Kansainvälisen yksityisoikeuden lainvalintasäännöt saattavat osoittaa lex causaeksi jonkin muun valtion lain, joka perustuu islamilaisen oikeuden sääntöihin, tai osapuolet saattavat tehdä oikeustoimia, jotka perustuvat heidän käsitykseensä islamilaisen oikeuden säännöistä (esimerkiksi perinnönjakosopimus, jossa perintö jaetaan islamilaisen perintöoikeuden mukaisiin, perintökaaren säännöksistä poikkeaviin perintöosuuksiin). Tässä jaksossa tarkastelen kysymystä siitä, voivatko osapuolet sopia laajemman sääntökokonaisuuden, esimerkiksi islamilaisen perheoikeuden, soveltumisesta väliseensä oikeussuhteeseen. Tarkastelun kohteena on julkisen ja yksityisen välinen raja, missä määrin yksilöt voivat keskinäisessä suhteessaan sitovasti sopia oikeussuhdettaan koskevista säännöistä. Tarkastelen tämän kysymyksen tiimoilta kahta instrumenttia, lainvalintasopimusta/lakiviitasta ja välityssopimusta.

4.1.1 Lainvalintasopimukset

Kansainvälisen yksityisoikeuden periaatteiden mukaan osapuolet voivat vapaasti sopia sopimukseensa sovellettavasta laista, kunhan sopimuksella on kansainvälinen minimiliittyntä¹⁵⁹. Riittävänä liittymänä voidaan yleensä pitää asuinmaata, kansalaisuutta tai sopimuksesta johtuvan veloitteen suorituspaikkaa. Erimielisyyttä on sen suhteen voiko lakiviittaus kohdistua muuhun kuin tietyn maan voimassaolevaan lainsäädäntöön, vai voidaanko viitata esimerkiksi tiettyihin oikeusohjeisiin, kuten kauppatapaan. Perheoikeudessa lainvalinnasta säädetään avioliittolaissa ja perintökaressa, joten perheoikeudellisten sopimusten lainvalintakysymykset ratkennevat pääosin näiden lakien mukaan.

Puolisot, joilla on liittymä toiseen valtioon, voivat lainvalintasopimuksella sopia, että aviovarallisuussuhteisiin sovelletaan tietyn valtion lakia (AL 130

nollisperusteisen välimiesmenettelyn mahdollisuus vaikuttaisi haavoittuvassa asemassa oleviin yksilöihin ja tulisiko tällainen mahdollisuus olla yksilöiden valittavissa jatkossa vai tulisiko siitä kokonaan luopua. Toimeksiannon tuloksena valmistui joulukuussa 2004 raportti *Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion*. Raporttiaan varten Marion Boyd keskusteli useiden tahojen, mm. muslimiyhteisöjen edustajien, vanhempainjärjestöjen, uskonnollisten yhdistysten ja naisjärjestöjen kanssa, ja useat keskusteluun osallistuneet järjestöt ja yksittäiset toimijat, mm. lakimiehet ja haastatellut virkamiehet, luovuttivat raporttia varten oman lausuntonsa. Boyd 2004 s. 33.

¹⁵⁹ Klami ja Kuisma 2000 s. 94.

§). Aviovarallisuussuhteeseen sovellettava laki voi olla jommankumman puolison kotipaikan tai kansalaisuuden mukaan määräytyvä laki tai sen valtion laki, jossa puolisoilla oli viimeksi kotipaikka. Mikäli sovittavaksi on valittu jonkin muun valtion laki, sopimus on pätemätön. Sopimus on tehtävä kirjallisesti, ja sen sitovuus kolmansiin nähden edellyttää rekisteröimistä, mikäli molemmilla puolisoilla on kotipaikka Suomessa.¹⁶⁰ Myös jäämistöstä on mahdollista antaa lainvalintaa koskevia määräyksiä. Perittävä voi PK 26:6:n mukaan määrätä, että hänen jäämistönsä on jaettava sen valtion lain mukaan, jossa hänellä määräystä antaessaan tai kuollessaan oli kotipaikka tai jonka kansalainen hän määräystä antaessaan tai kuollessaan oli. Jos perittävä oli määräystä antaessaan avioliitossa, hän voi määrätä, että perimykseseen sovelletaan samaa lakia kuin aviovarallisuussuhteisiin. Määräys on annettava testamentin muotoa noudattaen.¹⁶¹ Sellaista sopimusta lainvalinnasta, jossa puoliset esimerkiksi sitoutuisivat keskinäisessä suhteessaan aina noudattamaan vieraan valtion lakia, lienee pidettävä pätemättömänä jo yksilöintinsä perusteella.

Lasta koskevien säännösten indispositiivisuudesta johtuen vanhemmat eivät voi sopia lasten huollon, tapaamisoikeuden ja elatuksen määräytymisestä tietyn valtion lain mukaan. Huoltoon ja tapaamisoikeuteen soveltuva laki sekä tuomioistuimen toimivalta määräytyvät lasten huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain 18–19 §:n mukaan asuinpaikkaperiaatteen mukaisesti. Lapsen elatukseen ei voida sopia sovellettavaksi toisen valtion lakia, vaan sovellettava laki määräytyy toimivaltaisen tuomioistuimen mukaan. Toimivaltainen tuomioistuin puolestaan määräytyy pääsääntöisesti lapsen kotipaikan mukaan.

Lainvalinta on siis vain rajoitetusti mahdollista perheoikeudessa, eikä se ole keinona enemmistön käytettävissä. Mikäli ei voida tai haluta valita tietyn islamilaisen valtion lakia sovellettavaksi osapuolten välisiin oikeussuhteisiin, vaan tavoitteena on esimerkiksi islamilaiset perusperiaatteet ja uskonnolliset lähtökohdat huomioiva ratkaisu, ei lainvalinta ole keinona myöskään tarkoituksenmukainen.

4.1.2 Väilyssopimus

Välimiesmenettely on lainkäytöllistä vaihtoehtoista riidanratkaisua¹⁶², jota koskee välimiesmenettelystä annettu laki (967/92). Menettelyä käytetään

¹⁶⁰ Mikkola 2004 s. 92 ss.

¹⁶¹ Mikkola 2004 s. 177–178.

¹⁶² Prosessioikeus 2007 s. 1120.

erityisesti elinkeinoelämän piirissä¹⁶³, mutta estettä sen käyttämiseen myös muiden riita-asioiden ratkaisuun ei ole. Lain 2 §:n mukaan yksityisoikeudellinen riitakysymys, josta voidaan tehdä sovinto, saadaan määrätä asianosaisten välisin sopimuksin välimiesten lopullisesti ratkaistavaksi.¹⁶⁴

Välimiesmenettelyyn liittyvän laajan sopimusvapauden vuoksi välityssopimus vaikuttaa instrumentilta, jonka avulla osapuolet voivat merkittävästi vaikuttaa oikeussuhteeseensa soveltuviin oikeusohjeisiin. Asianosaiset voivat melko vapaasti sopia välimiesmenettelyn säännöistä, sovellettavista oikeusohjeista, välimiesten lukumäärästä ja siitä ketkä toimivat välimiehinä¹⁶⁵ sekä siitä, missä ajassa välitystuomio on annettava. Välimiesten on perustettava tuomionsa lakiin, mutta voidaan myös sopia, että tuomio perustuu kohtuullisuuteen tai asianosaiset voivat oikeuttaa välimiehet perustamaan tuomionsa tiettyihin oikeusohjeisiin. Niin ikään voidaan esimerkiksi sopia, että välimiehistä ainakin yhden tulisi olla islamilaisen oikeuden asiantuntija. Samoin voidaan sopia, millä kielellä välimiesmenettely tapahtuu¹⁶⁶. Välimiesmenettely on yksityistä, joten sitä eivät koske normaalit prosessin julkisuussäännökset. Menettely ei siten ole julkista, muttei salassapidettävääkään, elleivät asianosaiset ja välimies muuta sovi.¹⁶⁷

Välimiesmenettelyssä sovellettavana oikeusohjeena voisi periaatteessa tulla kysymykseen esimerkiksi islamilainen perheoikeus, mutta vain siltä osin, kuin kysymys ei ole oikeusjärjestyksen perusteiden vastaisista säännöksistä. Välityssopimusta ja välimiesmenettelyä rajoittaa siis *ordre public*-doktriini. Näin periaatteessa kansainvälisen yksityisoikeuden käsitteistöön kuuluvan *ordre public* -käsitteen merkitys kasvaa myös kotimaisessa lainkäytössä. Matti S. Kurkela toteaaakin, että *ordre public*, joka ennen oli ”harvinainen kansainvälisen yksityisoikeuden kuriositeetti” on nykyään

¹⁶³ Möller 1997 s. 6–7, Kurkela 2007 s. 3.

¹⁶⁴ Välityssopimus on tehtävä kirjallisesti. Edellytys täyttyy, jos välityslauseke on otettu asianosaisten allekirjoittamaan asiakirjaan tai se sisältyy asianosaisten kirjeenvaihtoon, esimerkiksi sähköpostitse käytyyn. Osapuolena välityssopimuksessa voi olla luonnollisen henkilö tai esimerkiksi varallisuusyhtymä, kuten kuolinpesä. Välityssopimus sitoo asianosaisen yksityisoikeudellista yleisseuraajaa ja välityssopimus estää asian ottamisen tutkittavaksi tuomioistuimessa, jos asianosainen ensimmäistä kertaa käyttäessään asiassa puhevaltaa tekee siitä väitteen. Möller 1997 s. 19.

¹⁶⁵ Asianosaiset voivat sopia, että välimiesten tulee täyttää tietyt kelpoisuusehdot, mutta lain asettamana edellytyksenä on ainoastaan, että välimies hallitsee itseään ja omaisuuttaan sekä että hän on menettelyssään puolueeton ja riippumaton. Ellei välimiesten määrästä ole sovittu, on välimiehiä valittava kolme. Ellei välimiesten henkilöstä ole sovittu, kumpikin osapuolista valitsee yhden välimiehen ja nämä keskenään kolmannen välimiehen. Möller 1007 s. 38. Prosessioikeus 2007 s. 1094–1095.

¹⁶⁶ Möller 1997 s. 57.

¹⁶⁷ Turunen 2007 s. 47.

”väl miesmenettelyn ydinnormistoa”¹⁶⁸. Vaikka välitystuomiosta ei voi valittaa väärän lain soveltamisen perusteella, on välitystuomio mitätön siltä osin kuin sen on katsottava olevan ristiriidassa Suomen oikeusjärjestyksen peruseriaatteiden kanssa.¹⁶⁹ Väl miesmenettelyssä on noudatettava myös oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteita, kuten kontradiktorista periaatetta, ja asianosaisille on varattava mahdollisuus ajaa asiaansa. Välityssopimus voi olla oikeustoimilain 36 §:n tarkoittamalla tavalla kohtuuton. Siten esimerkiksi sopimusmääräys, jossa väl miesoikeuden kokoonpanosta sovitaan niin, ettei väl miesmenettelyn voida katsoa antavan riittäviä takeita oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä, katsottaneen kohtuuttomaksi. Välityssopimuksen pätevyys voidaan ratkaista yleisessä tuomioistuimessa.

Kanadassa useat siviiliriidat pyritään ennen tuomioistuinkäsittelyä ratkaisemaan sovittelussa tai väl miesmenettelyssä. Ennen muslimeiden aloitetta omasta väl miesoikeudesta Ontariossa kristityt ja juutalaiset seurakunnat olivat keskuudessaan käyttäneet ”tuomiovaltaa”, tosin ainoastaan Ontarion Juutalaisen seurakunnan Beth Din -tuomioistuin suoraan väl miesmenettelyä koskevan Arbitration Actin perusteella¹⁷⁰. Mm. avioeroa koskevat asiat käsiteltiin kuitenkin katolisessa seurakunnassa avioliittotribunaalissa (marriage tribunal) ja anglikaanisessa seurakunnassa erityisessä komissiossa (marital commission).¹⁷¹ Ajatus islamilaisen lain, shari’an, soveltamisesta

¹⁶⁸ Turunen 2007 s. 68–69.

¹⁶⁹ Välitystuomioon ei voi hakea muutosta, mutta se voi olla mitätön tai moitteenvaivaisesti pätemätön. Välitystuomio on mitätön, jos sillä on ratkaistu asia, jota ei voi Suomen oikeuden mukaan ratkaista väl miesmenettelyssä, se on ristiriidassa Suomen oikeusjärjestyksen perusteiden kanssa, tuomio on niin sekava ja epätäydellinen, ettei siitä ole luettavissa miten asiassa on tuomittu tai tuomio ei ole kirjallinen tai välimiesten allekirjoittama. Mitättömyys on itsestään vaikuttavaa pätemättömyyttä, mutta asianosainen voi ajaa tuomioistuimessa kannetta mitättömyyden vahvistamiseksi. Tällaiselle kanteelle ei ole määräaikaa.

¹⁷⁰ Juridisesti väl miesmenettelyn mahdollisuus perustuu vuoden 1992 Arbitration Actiin, joka yleislakina säätelee väl miesmenettelyä siviiliriidoissa, yhtä hyvin perhe- kuin vaikkapa kuluttajaoikeudellisissakin asioissa. Perheoikeudellisia asioita sääntelevät valtiollinen Divorce Act ja provinssin oman hallintoalueen laki Ontarion Family Law, jotka kumpikin mahdollistavat perheoikeudellisen sovittelun, mutta eivät nimenomaisesti ota kantaa väl miesmenettelyyn. Väl miesmenettely perustuu parttien solmimaan välityssopimukseen, jonka pätevyys arvioidaan sopimusoikeudellisilla perusteilla. Väl miesmenettelyä koskevat tietyt, Arbitration Actissa määritellyt laillisuus-, prosessuaaliset ja aineellisoikeudelliset edellytykset ja rajoitukset. Menettelyn on oltava vapaaehtoista eikä sen kohteena voi olla asia, jossa on julkinen intressi. Menettelyn on noudatettava oikeudenmukaisen oikeuden käynnin menettelyperiaatteita, kuten audiatur et altera pars -periaatetta. Välitystuomio on täytäntöön pantavissa tuomioistuimessa, mutta täytäntöön pantavuudelle on omat edellytyksensä. Tuomioistuin voi esimerkiksi kieltäytyä panemasta tuomiota täytäntöön, jos sillä itsellään ei tuomiopiirin puolesta olisi ollut toimivaltaa asiassa. Boyd 2004 s. 11, 13 ja 18.

¹⁷¹ Boyd 2004 s. 39–40.

kanadalaisessa oikeusjärjestelmässä nostatti kuitenkin voimakkaan vastareaktion. Useissa puheenvuoroissa katsottiin, että islamilaisen lain soveltamisen mahdollistuminen saattaa haavoittuvassa asemassa olevat yksilöt vaaraan. Etenkin maahanmuuttajanaisten ja lasten oikeuksien katsottiin olevan vaarassa.

Perheoikeudellisissa asioissa osapuolten emotionaaliset siteet toisiinsa ja perheenjäsenten väliset valtasuhteet asettavat välimiesmenettelylle erityisiä haasteita ja riskejä. Esimerkiksi Kanadassa viranomaisten kannan mukaan välimiesmenettely oli Arbitration Actin mukaan mahdollista perheoikeudellisissa asioissa Ontariossa (toisin kuin esimerkiksi Quebecissa), mutta monet järjestöt kyseenalaistivat menettelyn soveltuvuuden perheoikeudellisten asioiden ratkaisemisessa. Näiden järjestöjen¹⁷² mielestä perheoikeudelliset asiat tulisi ratkaista yleisissä tuomioistuimissa ja yksin säädännäisen oikeuden perusteella. Järjestöt vastustivat voimakkaasti ajatusta, että perheoikeudellisia asioita voitaisiin ratkaista missä tahansa viitekehyksessä, jopa sellaisessa, jossa eivät vaikuta mitkään yleisesti tunnustetut tasa-arvon periaatteet. Kanadassa käydyssä keskustelun osalta tulee kuitenkin huomata, että aloite koski lautakuntatyypin elimen (arbitration board) perustamista, eikä pelkästään välimiesmenettelyä sellaisenaan¹⁷³.

¹⁷² Muslim Canadian Congress, The National Association of Women and the Law, Canadian Council of Muslim Women ja The National Organization of Immigrant and Visible Minority Women of Canada.

¹⁷³ Ihmisoikeusliiton raportissa puhutaan sovittelulautakunnista, Kouros s. 82 ss. Myös Boyd käyttää esimerkkinä ratkaisutoiminnasta uskonnollisilla perusteilla ja oikeusturvaa vaarantamatta, nimenomaan islamin piirissä, Shia Imami Ismaili Muslimien (ismailit) kehittämää ”s sofistikoitunutta” sovittelu- ja välimiesmenettelyjärjestelmää, jossa ratkaisutoiminta tapahtuu välityslautakunnissa (arbitration boards). Shiiamuslimit uskovat, että muslimi yhteisön johdossa tulee olla Profeetasta polveutuva imaami. Ismailit tunnustavat imaamiksi Hänen Korkeutensa Prinssi Karim Aga Khanin, jonka johtama yhteisö ulottuu 25 maahan sekä teollistuneessa että kehittyvässä maailmassa. Perinteisesti imaami määrää konstituution hallitsemaan yhteisöä sosiaalisesti ja sen suhteita muihin yhteisöihin. Konstituutio muuttuu kunkin ajan muuttuvien tarpeiden ja olosuhteiden mukaan. Uusin konstituutio vuodelta 1986 sisältää monien muiden instituutioiden ohella riidanratkaisumenettelyn. Ismailisovittelu ja välityslautakunnat (The Ismaili Conciliation and Arbitration Boards, CABs) toimivat neljässätoista tuomiopiirissä ympäri maailman. Kanadassa toimii neljä alueellista lautakuntaa ja yksi kansallinen lautakunta. Kaikki lautakuntien jäsenet ovat vapaaehtoisia, Aga Khanin nimittämiä. Jäsenen toimikausi kestää kolme vuotta kerrallaan ja jäsenistö koostuu usean alan asiantuntijoista. Jäsenmäärät on tasapainotettu niin, että puolet jäsenistä on naisia ja puolet miehiä. Riidanratkaisun tavoitteena on harmonisuuden korostaminen ja vastakkainasettelun ja kilpailun minimoiminen. Ennen menettelyä varmistetaan aina siitä, että CABiin on tultu molempien vapaasta tahdosta. Jäsenet ovat saaneet riittävän koulutuksen toimiakseen sovittelijana tai välimiehenä ja mukana ovat ne jäsenet, joilla on asian vaatima asiantuntemus ja koulutus. Menettelyssä noudatetaan tiettyjä prosessuaalisia sääntöjä. Vuosina 1998–2003 Kanadan CAB ratkaisi yhteensä 769 juttua, joista suurin osa oli avioliittoa koskevia. Boyd toteaa, että CAB-järjestelmä vaikuttaa palvelevan Ismaili-

Kanadassa käydyssä keskustelussa välimiesmenettelyä pidettiin joissakin puheenvuoroissa epätydyttävänä ratkaisuna mm. naisten ja miesten välisen valtaeron vuoksi, ja erityisen kyseenalaisena menetelmää pidettiin perheväkivaltatilanteissa. Vaihtoehtoista riidanratkaisua puoltaville näkökulmille, kuten prosessiekonomisille seikoille, ei tulisi antaa painoarvoa heikomman suojan kustannuksella. Perheoikeuden yksityistäminen merkitsi järjestöjen mukaan tosiasiallisesti vastuusta vetäytymistä; ratsastamalla yksityinen–julkinen-dikotomialla valtio ikään kuin pesee kätensä vastuusta.¹⁷⁴ Järjestöt korostivat, ettei valtio voi suojella kansalaisiaan vain, jos nämä haluavat suojelua, eikä kukaan voi sitovasti luopua ihmisoikeuksistaan¹⁷⁵. The Coalition of Jewish Women ilmaisi huolensa siitä, etteivät prosessisäännöt juutalaisessa tuomioistuimessa ole tasapuoliset. Naisten mahdollisuutta esiintyä omassa asiassa rajoitetaan eivätkä he välttämättä saa mukaansa tukihenkilöä. Järjestön mukaan on myös käynyt ilmi, ettei tuomioistuin aina ota perheväkivaltaa huomioon lasten huoltajuudesta päätettäessä.¹⁷⁶

Kanadassa esiin nostettiin menettelyn ongelmat myös avoimuuden ja prosessin läpinäkyvyyden kannalta. Menettelyn suljettisuus mahdollistaa haavoittuvassa asemassa olevien henkilöiden vetämisen mukaan prosessiin, joka ei prosessuaalisesti ja aineellisesti täytä perustavanlaatuisia oikeudellisia vaatimuksia. Normaalin prosessin muodollisuus, esimerkiksi määräajat, estää osapuolia pelaamasta esimerkiksi tekemällä kiusaa vastapuolelle viivyttelöllä tai muulla tavoin.¹⁷⁷ Yleisesti välimiesmenettelyn ongelmana on pidetty puutteita oikeusvarmuudessa ja heikomman suoja-sa. Koulun mukaan oikeudenkäynnin vahva osapuoli on vaihtoehtoisessa riidanratkaisussa vielä vahvempi¹⁷⁸. Erityisesti perheoikeuden alalla nämä kriittiset näkökulmat on otettava vakavasti.

Vaihtoehtoisella riidanratkaisulla on kuitenkin etuja, joiden vuoksi sitä tulisi aktiivisesti kehittää. Välimiesmenettelyn puolesta argumentoi mm. järjestö Fathers Are Capable Too (FACT). Sen mielestä sovittelua ja muita vaihtoehtoisia riidanratkaisumenetelmiä tulisi lisätä myös perheoikeuden alalla. Järjestön mielestä perheiden tulisi itse osallistua vahvemmin niitä koskevien ratkaisujen tekemiseen, eikä perheiden osallistuminen ratkaisutoimintaan järjestön mukaan toteudu tuomioistuimissa. Päinvastoin juristit,

yhteisöä erittäin hyvin. Systeemi myös noudattaa Arbitration Actissa oikeudenmukaiselle menettelylle asetettuja edellytyksiä. Boyd 2004 s. 58–60.

¹⁷⁴ Boyd 2004 s. 29–30.

¹⁷⁵ Boyd 2004 s. 123.

¹⁷⁶ Boyd 2004 s. 118.

¹⁷⁷ Boyd 2004 s. 34.

¹⁷⁸ Prosessioikeus 2007 s. 1123.

tuomarit, byrokraatit ja asiantuntijat pakottavat perheet noudattamaan omia normejaan. Välimiesmenettelyn etu perheiden kannalta on sen sovittelunomaisuus, jossa partteja ei aseteta yhtä voimakkaasti vastakkain kuin perinteisessä prosessissa.¹⁷⁹ Välimiesmenettelyn hyvänä puolena voidaankin pitää juuri inhimillisen konfliktin lieventymistä.

Uskontoon perustuvat tulkinnat ovat ongelmallisia auktoriteetin suhteen. Ryhmä Women Living Under Muslim Laws totesi, että Koraanin samat jakeet tuottavat eri puolilla hyvin erilaisia soveltamisratkaisuja ja lopputuloksia, riippuen soveltamispaikan oikeushistoriasta, kulttuurista ja koulukunnasta. Ei siis ole oikeastaan olemassa ”islamilaista perheoikeutta”, jota kaikki muslimit noudattaisivat ja josta oltaisiin samaa mieltä¹⁸⁰. Tämän vuoksi yritys soveltaa lakina sellaista, mikä ei ole lakina olemassa, on lähtökohtaisesti mieletön.¹⁸¹

Kannanotoissa tuotiin usein esille huoli siitä, että nainen saatettaisiin painostaa allekirjoittamaan välityssopimus tai sisällyttämään välityslauseke avioliittosopimukseen. Uskontoon perustuvissa yhteisöissä välimiesmenettelyyn suostumatta jättämistä saatettaisiin pitää osoituksena uskonpuutteesta tai uskonnonvastaisena¹⁸². Edelleen on huomattava, että suuri osa naisista on maahanmuuttaja-asemansa vuoksi erityisen riippuvainen yhteisöstään. Tämän vuoksi ei tulisikaan keskittyä siihen, onko naisilla teoriassa mahdollisuus valita vaan siihen, aiheuttaako ehdotettu toimi tosiasiaassa vahinkoa naisille¹⁸³. Tilannetta verrataan perheväkivallasta kärsivien tilanteeseen: kun toinen osapuoli on alistettu, ei todellista vapaata tahtoa edes voi syntyä. Edelleen argumentoitiin, etteivät Kanadan lain vastaiset välitystuomiot koskaan tulisi tuomioistuimiin, koska naiset eivät valittaisi niistä fyysisten, emotionaalisten ja sosiaalisten seurausten pelossa¹⁸⁴. Tätä uhkaa voitaisiin kuitenkin torjua asettamalla menettelylle tai välimiesten henkilöille vaatimuksia, joilla heikomman suojaa pyrittäisiin parantamaan.

Uskontoon perustuvaa riidanratkaisua kannattavat argumentoivat, että jokaisella tulee olla mahdollisuus elää oman uskomuksensa mukaan, vaikka

¹⁷⁹ Boyd 2004 s. 38.

¹⁸⁰ Boyd 2004 s. 43, näin myös Bakht 2004 s. 15–17.

¹⁸¹ Boyd 2004 s. 48.

¹⁸² Boyd 2004 s. 49–52.

¹⁸³ Boyd 2004 s. 51.

¹⁸⁴ Boyd 2004 s. 53. Boydin mukaan tässä argumentoinnissa oli tiettyä ristiriitaisuutta, kun samat tahot, jotka toisaalla vaativat kaikkien perheasioiden käsittelyä yleisissä tuomioistuimissa, olivatkin tällä kohtaa sitä mieltä, ettei access to court ollut naisten ulottuvilla. Edelleen Boyd muistuttaa, että miltei kaikki siviilioikeudellinen heikomman suoja tai ylipäättään oikeussuoja edellyttää henkilöltä jonkinlaista aloitteellisuutta, eivätkä tähän liittyvät ongelmat siten ole mitenkään luonteenomaisia nimenomaan uskonnollisperusteiselle välimiesmenettelylle

se vaikuttaisi heidän materiaaliseen hyvinvointiinsa. Valitsemalla uskontoon perustuvan riidanratkaisun valitsee ratkaisutoiminnan, jossa yhtenä ratkaisuun johtavana premissinä huomioidaan uskonnolliset periaatteet. Kun tämä valinta on tehty vapaaehtoisesti, ei yksilön perusoikeuksia ole loukattu, vaan hän päinvastoin harjoittaa oikeuttaan elää omantuntonsa mukaan. Jos riita ratkaistaan esimerkiksi Raamatun periaatteiden mukaan, yksilölle on tärkeämpää, että ratkaisu on raamatullinen kuin että se on hänen aineellisen etunsa mukainen¹⁸⁵. Uskonnollisten periaatteiden tunnistaminen ratkaisutoiminnassa estää arvolähtökohtien ja aineellisen oikeudenmukaisuuden katoamisen prosessin rooleihin.

Islamilaisen välimiesmenettelyn puoltajat esittivät myös, että ennemmin kuin islamilainen riidanratkaisu olisi vääränlainen signaali maailmalle, jossa islamia väärinkäytetään sorron ja väkivallan välineenä, se on äänekäs kannanotto islamin joustavuudesta ja siitä, että islam voi elää ja toimia läntisessä demokratiassa. Fathercraft Canadan mukaan uskontoperusteinen riidanratkaisu on nimenomaan rauhaa ja harmoniaa etsivä ratkaisumalli, toisin kuin normaali tuomioistuinprosessi, jossa partit ovat vastapuolina ja palkkaavat kumpikin taisteluun oman soturinsa. Partit sopivat keskenään välimiehestä, joka nauttii molempien kunnioitusta ja luottamusta, toisin kuin lakimiehet ja tuomarit, jotka järjestön mukaan ovat vihatuimpia ja vähiten kunnioitetuimpia oikeusjärjestelmän toimijoita. Välimiehellä on intressi löytää molemmille sopiva ratkaisu, ja reilouden, avoimuuden ja päätösten ymmärrettävyyden säännöt toimivat välimiesmenettelyssä normaalia prosessia paremmin.¹⁸⁶

Marion Boydin mukaan pelkästään välimiesmenettelyn mahdollisuuden olemassa olon ja käyttämisen perheoikeudellisten riitojen ratkaisumenettelynä ei ole näytetty johtaneen naisten systemaattiseen diskriminointiin. Hänen mukaansa naisten oikeuksien turvaaminen on viimekädessä mahdollista myös uskonnollisperusteisessa riidanratkaisussa, kunhan menettelyssä sitoudutaan perusoikeuksiin ja menettelyä koskeva sääntely on tarpeeksi yksityiskohtaista. Boyd katsoikin, että välimiesmenettely perheoikeudellisissa asioissa tulisi alistaa tietyille suojamekanismeille.¹⁸⁷ Ajatus shari'aa

¹⁸⁵ Boyd 2004 s. 63.

¹⁸⁶ Boyd 2004 s. 65.

¹⁸⁷ Boydin mukaan lainsäädäntöä tulisi tarkentaa koskien välityssopimuksen syntymisen edellytyksiä ja sopimuksen muotovaatimuksia, menettelyn tulisi edellyttää oikeudellisen neuvonnan vastaanottamista ja välimiehellä tulisi olla tietty informaatiovelvollisuus partteja kohtaan. Suostumusta ja vapaaehtoisuutta tulisi tarkastella useassa suhteessa niin, että arvioinnissa huomioitaisiin partin henkilöön liittyvät ominaisuudet, kuten kapasiteetti ja identiteetti, välityssopimuksen tekemisaika, suostumuksen tosiasiallisuus suhteessa itse menettelyyn ja suhteessa vaihtoehtoisen lain valintaan. Tämän vuoksi välityssopimusta pitäisi perheoikeuden alueella käsitellä erillisenä sopimustyyppinä, perheoikeudellisena

joihinkin perheoikeudellisiin asioihin soveltavasta välimiesoikeudesta koettiin lopulta poliittisesti liian vaikeaksi, ja siitä luovuttiin syyskuussa 2005.

Välimiesmenettely ei sovellu indispositiivisten kysymysten käsittelyyn, joten esimerkiksi lapsioikeudelliset asiat jäävät menettelyn ulkopuolelle. Siten esimerkiksi ruotsalaisen muslimijärjestön esittämää aloitetta, jonka mukaan muslimimiehen lapsi ei voisi äidin aloitteesta koskaan erota islamilaisesta uskonnollisesta yhdyskunnasta, ei voida hyväksyä myöskään välimiesmenettelyn keinoin¹⁸⁸. Sen sijaan dispositiivisia perheoikeudellisia kysymyksiä, kuten omaisuuden ositukseen, islamilaisen avioliittosopimuksen tulkintaan tai perinnönjakoon liittyviä konflikteja, voitaisiin varsin hyvin käsitellä välimiesmenettelyssä. Menettelyn etuna verrattuna esimerkiksi sovitteluun on ainakin se, että osapuolet voisivat etukäteen sitovasti sopia menettelyn säännöistä ja esimerkiksi välimiesoikeuden kokoonpanosta, eikä riitatilanteessa toisen osapuolen suostumuksen puute olisi asian ratkaisemisen esteenä. Väilyssopimuksessa voitaisiin esimerkiksi sopia avioliittosopimukselta seuraavien oikeuksien tai velvollisuuksien ratkaisemisesta välimiesoikeudessa, jonka jäsenenä olisi islamilaisen oikeuden asiantuntija (esimerkiksi imaami) ja esimerkiksi asianajaja, jolloin edustettuna ratkaisussa olisi sekä oikeudellinen että uskonnollinen asiantuntemus.

Perheoikeuden alueella oma kysymyksensä on virallismenettelyiden, toimitusosituksen ja -jaon, suhde väilyssopimukseen. Miten väilyssopimus vaikuttaa toimitusosituksen menettelylliseen ja aineelliseen toteuttamiseen? Toimitusositus tulee vireille tuomioistuimen päätöksellä, jossa toisen tai molempien osapuolten yhdessä ehdottama henkilö määrätään pesänjakajana toimittamaan ositus. Yleensä pätevä väilyssopimus aiheuttaa sen, ettei väilyssopimuksen kohteena olevaa asiaa voida ottaa tutkittavaksi tuomioistuimessa. Voiko tuomioistuin siis määrätä pesänjakajan toimittamaan ositusta, jos osituksessa tosiasiallisesti ratkaistaan asia, joka on pätevällä väilyssopimuksella sovittu ratkaistavaksi välimiesmenettelyssä? Hakemusprosessissahan ei miltään osin tutkita itse ositukseen vaikuttavia seikkoja.

Kuolinpesän tilanteessa kysymystä monimutkaistaa mm. kysymys siitä, miten väilyssopimukseen sidottujen tahojen yleisseuraajat tulevat sidotuksi väilyssopimukseen, sekä kuolinpesää ja perintöä koskevien sopimusten problematiikka. Esimerkiksi elossa olevan henkilön jäämistön jakamista

sopimuksena (domestic contracts). Tietyissä tilanteissa sopimus tulisi vahvistaa uudelleen ennen välimiesmenettelyn aloittamista. Uskonnollisten yhteisöiden tulisi julkaista uskonnollista välimiesmenettelyä koskevat ratkaisuperiaatteet. Lisäksi Boyd ehdottaa parannuksia välimiesmenettelyn valvontaan ja välimiesten koulutukseen. Boyd 2004 s. 133–137.

¹⁸⁸ Schiratzki 2005 s. 151.

koskevaa välityssopimusta olisi pidettävä PK 17:1:n nojalla pätemättömänä. Estettä ei sen sijaan ole sille, että kuolinpesän osakkaat keskenään sopisivat perinnönjaon toteuttamisesta välimiesmenettelyssä. Perittävällä itsellään ei ole kompetenssia määrätä menettelystä, jossa perintöön tai testamenttiin liittyvät kysymykset ratkaistaan, vaan hän voi ainoastaan vaikuttaa testamentin toimeenpanijan henkilöön, jolla kylläkin on etusija tulla valituksi pesänselvittäjäksi.

Välimiesmenettelyn ongelmaksi saattaisi muodostua menettelyn kalleus, mutta esimerkiksi University of Helsinki Conflict Management Institutun toteuttama kiinteäsummainen välimiesmenettely osoittanee, että on mahdollista luoda puitteet myös sellaiselle menettelylle, joka ei kustannuksiltaan ole asianosaisille kohtuuton. Välimiesmenettelyn laajempi käyttäminen mahdollistaisi uskonnosta johtuvien näkökulmien huomioimisen myös oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa.

Edellä esitetyn perusteella yksilöt voivat siis disponoida oikeussuhteisiinsa sovellettavista säännöistä varsin laajasti. Yksilöiden sopimusvapautta rajoittaa kuitenkin yhtäältä *ordre public* -doktriini ja toisaalta yleisen sopimusoikeuden vaatimus sopimusten kohtuullisuudesta. Yhteiskunnan monikulttuuristuminen edellyttääkin oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa oikeusjärjestyksen perusteiden, *ordre public* -doktriinin, tarkempaa tarkastelua kunkin oikeudenalan ja tapauksen ympäristössä.

4.2 Islam ja *ordre public* erityisesti perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta

Ordre public voidaan Klamin ja Kuisman mukaan jakaa kolmeen asiaryhmään: yksilön perustaviin ihmisoikeuksiin ja eurooppaoikeuden keskeisiin tavoitteisiin, Suomen oikeuden keskeisiin materiaalsiin tavoitteisiin ja prosessuaalisiin sääntöihin, jotka tähtäävät aineellisesti oikean lopputuloksen saavuttamiseen¹⁸⁹. Suhteessa islamilaiseen oikeuteen *ordre public* vaikuttaisi määrittävän ensisijaisesti perus- ja ihmisoikeuksien kautta. Perus- ja ihmisoikeudet määrittävät oikeusjärjestyksen perusteita myös siten, että niillä on suora sovellettavuus ja ne rajoittavat myös parlamentaarista vallankäyttöä. Eduskunnalla on velvollisuus myötävaikuttaa kansainvälistä sopimuksista johtuvien ihmisoikeusvelvoitteiden toteutumiseen¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Klami ja Kuisma 2000 s. 80.

¹⁹⁰ Scheinin 1991 s. 297–298. Scheinin erittelee ihmisoikeusvelvoitteiden eduskuntaan kohdistuvan oikeudellisen velvoittavuuden sääntö-, periaate- ja standardisoimisvakikuksiin.

Edelleen tavallisen lain sanamuoto ei perustuslakivaliokunnan kannan mukaan ole rajana ihmisoikeusnormien huomioonottamiselle¹⁹¹. Ihmis- ja perusoikeuksien lainsäätäjää ja -soveltajaa rajoittavan luonteen vuoksi niillä on erityinen yhteys oikeusjärjestelmän perusteisiin, koska ne osaltaan muotoavat ja sidostavat oikeusjärjestelmää.

4.2.1 Islam ja yksilö – islamilainen oikeus perus- ja ihmisoikeusdiskurssissa

Edellä on tarkasteltu islamilaista käsitystä avioliitosta, lapsen asemasta ja perinnöstä. Islamin mukaan yksilöiden perheoikeudelliset velvollisuudet ja oikeudet määrittyvät Koraanin ja sunnan mukaan. Osaltaan asema oikeuksien ja velvollisuuksien subjektina määräytyy yksilön sukupuoleen sidotun roolin perusteella (äiti, isä, mies, vaimo). Nykyiseen länsimaiseen verrattuna islamilainen (traditionaalinen) oikeusajattelu näyttää näin rakentuvan erilaisille lähtökohdille erityisesti filosofisesta ja yksilön asemaa ja tarkoitusta koskevalta osalta, vaikka roolien merkitys on perheoikeudessa ollut länsimaissakin historiallisesti suuri. Islamilaisen ajattelun mukaan ihmisen paikka on jumalallisen järjestyksen määräämä ja keskeistä on alistumalla ennalta määrättyyn osaan toteuttaa Jumalan määräämää järjestystä. Oikeudet tulevat Jumalalta, eikä ihmisten välisin sopimuksin voida antaa kenellekään oikeuksia. Islamilaisen oikeuden suvereeni on Jumala, ja valtio on samalla tavalla lain subjekti kuin yksilötkin. Lakeja ei säädetä eikä muuteta, inhimillisestä kontrollista puhumattakaan, vaan valtion tehtävänä on valvoa lain toteutumista.¹⁹²

Usein sanotaan, että islamilainen perheoikeus on joiltakin osiltaan ratkaisemattomassa ristiriidassa ihmisoikeuksien kanssa. Tämän toteaminen edellyttää kuitenkin kannanottoa siihen, mitä islam on ja minkälaiset tulkinnat siitä ovat oikeita. Lienee selvää, että jotkin tulkinnat islamista ovat ristiriidassa ihmisoikeuksien kanssa. Näitä perinteisiä tulkintoja on esitelty aiemmin islamilaisena oikeutena, joskin on huomautettu myös niitä koskevasta kritiikistä ja reformistien näkemyksistä. Silloin, kun islamilaisen oikeuden normien toimimista tarkastellaan toisen oikeusjärjestyksen sisällä, suhteessa *ordre publiciin*, islamilainen perheoikeus on kussakin yksittäistapauksessa pelkistettävä normatiiviseksi lauseiksi ja tarkasteltava niiden suhdetta perus- ja ihmisoikeuksiin.

¹⁹¹ Scheinin 1991 s. 275, PeVL/1990 Euroopan ihmisoikeussopimuksen ratifioinnin yhteydessä.

¹⁹² Religion and International Law 2004 s. 98.

Islamin ja ihmisoikeuksien ristiriita juontuu siitä, että islamilaisen ajattelun mukaan ihmisen oikeudet ja velvollisuudet voivat perustua vain Jumalan asettamiin sääntöihin¹⁹³ ja niille on olemassa tiettyjä rajoituksia. Ihmisyyden perusteella kaikille ihmisille kuuluvat universaalit ihmisoikeudet nähdään keinotekoisena ja länsimaisena konstruktiona. Yleiset ja yhtäläiset ihmisoikeudet vaativat tasa-arvoa kaikille ihmisille, riippumatta sukupuolesta, rodusta, etnisestä taustasta tai uskonnosta ja vaativat inhimillistä kohtelua. Islamin ja ihmisoikeuksien ristiriita ilmenee sukupuolten tasa-arvon, uskonnonvapauden ja ruumiillisten rangaistusten suhteen, ja useat islamilaiset maat ovat tehneet varauksia ihmisoikeussopimukseen juuri näiden kohtien osalta¹⁹⁴. Mohammad Saeed Bahmanpour nostaa yleismaailmallisten ihmisoikeusjulistusten ja islamin suhteen ongelmakohtaksi asennoitumisen uskonnon yksilölle asettamiin velvollisuuksiin. Hän tarkastelee asiaa synnin ja siveyden käsitteiden avulla. Sukupuolista kanssakäymistä koskevien uskonnollisten normien rikkomisesta annettujen ankarien rangaistusten pitäminen ihmisoikeusloukkauksina on hänen mukaansa ihmisoikeuksien standardisoimista länsimaisten arvojen mukaan.¹⁹⁵ Ihmisoikeudet nähdään tässä suhtautumistavassa vain yhtenä modernin maailman kielenä, joka ei tunnista Jumalaa ja tuonpuoleista.

Ihmisoikeuksia koskevassa keskustelussa edellä selostettu ongelma on johtanut kädenvääntöön antropologiasta peräsin olevan kulttuurirelativistisen ja ihmisoikeuksien universaaliutta korostavien suuntausten välillä. Kulttuurirelativistinen suhtautumistapa kritisoi universalismia ja tähdentää, että vaikka kaikilla kulttuureilla on moraalisia sääntöjä ja oikeuksia, mikään moraaliiin perustuva arvostelu ei ole universaalisti pätevä. Siten kaikki oikeudet ja vastuut ovat kulttuurisesti relatiivisia.¹⁹⁶ Mikä on yhdelle oikein, ei ole sitä toiselle. Ihmisoikeuskeskustelussa on arvosteltu ihmisoikeuksien imperialistisuutta ja kritisoitu voimakkaastikin käsitystä ihmisoikeuksien universaaliudesta. Tällöin ihmisoikeuksien universaalisuus on nähty tavoitteena yleistää länsimainen käsitys yksilön oikeuksien korostuneesta asemasta sellaisiin yhteisöihin ja kulttuureihin, joissa samoja tavoitteita voidaan lähestyä esimerkiksi vastuun, yhteisöllisyyden, velvollisuuksien tai sitoutumisen kautta¹⁹⁷.

Pohdittaessa esimerkiksi naisen asemaa tai tasa-arvon käsitettä islamissa tämä näkökulma on hyvä pitää mielessä. Esimerkiksi naisen omaisuutta

¹⁹³ Palva 2004 s. 115.

¹⁹⁴ Bielefeldt 1995 s. 595–596.

¹⁹⁵ Bahmanpour 2004 s. 111–113.

¹⁹⁶ Tilley 2000 s. 505.

¹⁹⁷ Pirjola 2007 s. 109–110.

koskevat säännökset (mm. perintöoikeutta koskevat säännökset omaisuuden periytymisestä patrilinearisesti) ja miehen asemaa perheenpäänä koskevat säännökset ovat yhteydessä käsitykseen vastuusta ja yhteisöllisyyden ymmärtämisen tavasta. Joku miespuolinen sukulainen on aina vastuussa naisesta. Erään tulkinnan mukaan islamiin liitetty sukupuolten eriarvoisuus on yhteydessä nimenomaan miehen rooliin perheen elättäjänä, ja tämän tekijän muuttuessa eriarvoisuus käy tarpeettomaksi. Näin esimerkiksi yhteiskunnassa, jossa naisen työssä käynti on suotavaa – siis sallittua, tarpeellista tai välttämätöntä perheen elatuksen kannalta – naisen oikeuksia kodin ulkopuolella rajoittavat säännökset jäävät merkityksettömiksi. Tulkinnan mukaan Koraanista olisi siis löydettävissä eräänlaisia ehtoja, joiden täyttyminen olisi tiettyjen sääntöjen voimassa olon edellytys.

Miehen ja vaimon välisen valtaeron ja hierarkkisen eriarvoisuuden katsotaan usein perustuvan Koraaniin, Naisten Suuran jakeeseen IV:34:

Mies on naisen pää, koska Jumala on toisia suosinut enemmän kuin toisia ja koska mies elättää vaimoaan. Hurskas vaimo on nöyrä ja vartioi siveyttään, koska Jumala on antanut sen vartioitavaksi. Jos pelkääte vaimonne olevan uppiniskainen, varoittakaa häntä, välttäkää häntä vuoteessa ja lyökää häntä, mutta jos hän sitten tottelee teitä, älkää ahdistako häntä enää. Jumala on Korkea, Mahtava.

Edellisen jakeen perusteella on oikeutettu naisen alistettu asema ja naisiin kohdistuva väkivalta. Kanadassa käydyssä islamilaista välimiesmenettelyä koskevassa keskustelussa naisen asemaa pidettiin islamin ongelmallisimpana asiana. The Canadian Council of Muslim Women tähdensi lausunnossaan, että yksi yhteinen asia islamiin perustuvan perheoikeuden lukemattomilla fiqh-tulkinnoina on: niissä korostuu patriarkaalinen malli perheestä ja perheenjäsenten asemasta. Eri koulukuntien välillä vallitsee yhteisymmärrys siitä, että mies on johtaja valtiossa, moskeijassa ja perheessä. Miehillä säilytetty vastuu käsittää elatuksen, ja koska he jakavat omastaan he saavat määräysvallan suhteessa perheenjäseniin, myös naisiin. Mies voi ottaa neljä vaimoa ja erota yksipuolisesti ilmoittamalla erosta. Naisen on haettava eroa oikeudelta. Naisten tulee olla tottelevaisia, he joutuvat pyytämään miehen lupaa moniin asioihin ja jos he ovat tottelemattomia, mies voi kurittaa heitä. Tyttären on pyydetävä isältään lupaa avioitumiseen, ja hänet voidaan naittaa koska tahansa puberteetin jälkeen. Eron jälkeen jätetty vaimo ei saa mieheltään elatusta kuin lyhyen, kolmesta kuukaudesta vuoteen kestävä ajan. Perimys suosii miehiä edelleen sillä perusteella, että he ovat vastuussa perheen elatuksesta, jopa siihen saakka, että aviomiehen kuollessa vaimolle jää vain pieni osuus miehen omaisuudesta. Naisillakin on oikeuksia, hän omistaa mahr-morsiusrahan eikä hänen tarvitse elättää perhettään omalla

omaisuudellaan, mutta tasavertainen nainen ei ole miehen kanssa. Parhaimmillaankin hänen roolinsa täydentää miehen roolia ja häntä tulee kohdella tasapuolisesti, eli suhtautua häneen hyvyydellä ja hellyydellä.¹⁹⁸ Oikeus hyvään kohteluun ei kuitenkaan ole täytöntöönpanokelpoinen oikeus.

Koraanin tulkinnasta on kuitenkin useita eri suuntauksia. Islamilaisessa maailmassa on voimakas feministinen liike, jonka tavoitteena on parantaa naisten asemaa islamin uudella tulkinnalla¹⁹⁹. Esimerkiksi Shirin Ebadin feminismissä ei irtisanouduta Koraanista ja sen pyhydestä. Ziba Mir-Hosseinin mukaan traditionaalisissa ja uustraditionaalisissa tulkinnoissa esimerkiksi avioliittosopimuksen analogia on haettu kauppasopimuksista ja tämä historiallinen konteksti on otettava huomioon. Mir-Hosseininikin painottaa, että fiqh on muuttuvaa ja reaktiivista, ja naisten asemaa on mahdollista parantaa islamilaisen lain omilla mekanismeilla²⁰⁰. Islamin tai islamilaisen yhteisön kyky ja valmius muuttua ja kohdata erilaisia yhteiskunnallisia tilanteita riippuu olennaiselta osaltaan kyvystä ja mahdollisuudesta muuttaa vanhakantaista ja vakiintunuttakin tulkintaa.

Asma Barlasin mukaan Koraanin oikea tulkinta edellyttää systemaattista ja hermeneuttista metodia, jossa etsitään Koraanin hengen ja tarkoituksen mukaista tulkintaa ja jossa on välttämätöntä tunnistaa suurien erilaiset painoarvot. Edelleen Barlas painottaa tekstin semanttisen tulkinnan merkitystä. Esimerkiksi liittyen edellä lainattuun jakeeseen Barlas kysyy, miksi arabian lyöä-sanana merkityksistä perinteiseen tulkintaan on vakiintunut väkivaltaisina ja naisille vihamielisinä, vaikka itse sanalla on useita eri merkityksiä.²⁰¹ Islamin ja moderniin suhdetta pohtineet ajattelijat painottavat Koraanin kontekstuaalisen tulkinnan tärkeyttä: kun Koraanin jakeita luetaan oikeassa sosiaalisessa ja kulttuurisessa kontekstissa, lopputuloksena ei ole naisia sortava, vaan tasa-arvon ja naisten ja miesten yhtäläiset ihmisoi-keudet tunnustava islam²⁰². Koraanin mukaan sekä miehellä että vaimolla on oikeuksia suhteessa toisiinsa ja he täydentävät toisiaan. Tämä johtaa joidenkin mukaan väistämättä siihen, että tulkinnat, joiden mukaan toinen puolisoista olisi statukseltaan tai arvoltaan toista alempi, ovat islamin vastaisia.²⁰³

¹⁹⁸ Boyd 2004 s. 48–49.

¹⁹⁹ Mm. Asma Barlasin ja Margot Badranin puheenvuorot seminaarissa Islamic Feminism: Current Perspectives. Tampere Peace Research Institute 31.8.2007.

²⁰⁰ Mir-Hosseini, 2003 s. 22 ja 24.

²⁰¹ Asma Barlasin puheenvuoro 31.8.2007 seminaarissa Islamic Feminism: Current Perspectives. Tampere Peace Research Institute 31.8.2007.

²⁰² Shah 2006 s. 903.

²⁰³ Nazeem MI Goolam 2001 s. 182.

Islamin sisällä käydään monenlaista keskustelua tulkinnan rajoista, vaikka filosofinen peruslähtökohta onkin, ettei islam itsessään muutu. Reformistinen tai liberaali islamin tutkimus, edustajinaan mm. Abdullahi Ahmad An-Nai'im, Mahmood Monshipouri, Bassam Tibi, Asma Barlas ja Mashood Baderin, tunnustaa oikeuksien ja velvollisuuksien jumalallisen alkuperän ja lähestyy ongelmia islamin tulkinnan uudistamisen kautta. Ratkaisua ristiriitaan on haettu paitsi reformistisesta islamin tulkinnasta myös ihmisoikeuksien islamilaisesta tulkinnasta. Islamilaiset maat ovat julkaisseet omia ihmisoikeusjulistuksia, joissa tasa-arvon sijaan korostetaan naisten ja miesten yhdenvertaisuutta ja erilaisia velvollisuuksia ja oikeuksia²⁰⁴. Islamilaiset ihmisoikeusjulistukset on kuitenkin nähty pinnallisena keinona poistaa perimmäinen ristiriita ihmisoikeuksien ja islamin traditionaalisen tulkinnan väliltä²⁰⁵, koska ne eivät luo selkeitä edellytyksiä puuttua eriarvoiseen kohteluun, vaan joissakin tilanteissa jopa hyväksyvät sen.

Kulttuuri relativistista lähestymistapaa ihmisoikeuksia koskeviin arvoristiriitoihin on kritisoitu voimakkaasti. Sen yleisin pulma liittyy itse kulttuuriin ilmiönä, jota on yleensä hankala erottaa politiikasta. Jari Pirjola muistuttaa, että kulttuuri relativistinen lähestymistapa mystifioi ja esineellistää toisen kulttuurin ja korostaa siten kulttuurin vaikutusta ihmisen käyttäytymisen selittäjänä²⁰⁶. Ihmisen toimintaan ja valintoihin vaikuttavat lukuisat tekijät: sukupuoli, koulutus, asema työelämässä, sosiaalinen asema ja erilaiset ryhmäjäsenyydet, jotka voivat olla muitakin kuin kulttuurisia ja niiden motiivi voi olla muukin kuin kulttuuri tai uskonto. Pirjola huomauttaa, että kulttuurin ja uskonnon avulla eri ryhmien välisiä eroja ja ristiriitoja voidaan korostaa myös tarkoituspuheisesti. Uskonnollisia fundamentalistisia tulkintoja ja ääri liikkeitä voi motivoida valtapeli, turvattomuuden tunne, identiteetin hakeminen tai ryhmädynamiikkaan liittyvät ristiriitaiset pyrkimykset. Ryhmällä voi myös olla tarve identiteetin säilyttämiseen uskonnollisen erottautumisen kautta ja toisen ryhmän torjumisen kautta. ”Kulttuurit ja uskonnot eivät ole viattomia kenttiä, vaan pitävät sisällään institutionaalisia järjestelyjä ja poliittisia rakenteita ja kun poliittiset rakenteet ja instituutiot muuttuvat, voivat myös uskomukset, tavat tai arvot muuttua”, Pirjola toteaa.

Bahmanpourinkin esittämää käsitystä siitä, että ihmisoikeuksien juuret ovat länsimaisessa liberalistisessa ajattelussa²⁰⁷, on kritisoitu myös

²⁰⁴ OIC:n (Organization of Islamic Conference) The Cairo Declaration on Human Rights in Islam ja ICE:n (The Islamic Council for Europe) Universal Islamic Declaration of Human Rights.

²⁰⁵ Palva 2004 s. 114–138.

²⁰⁶ Pirjola 2007 s. 110.

²⁰⁷ Bahmanpour 2004 s. 111.

siltä osin kuin ihmisoikeudet nähdään lännen kulttuurin tuottamana. Ihmisoikeuksia ei lännessäkään ole tunnettu kuin verrattain lyhyen aikaa. Voidaankin ajatella, että ihmisoikeuksien esiinmarssi on modernin ilmiö, ja sellaisena liittyy ennen kaikkea sosiaaliin, taloudellisiin ja poliittisiin muutoksiin yhteiskunnassa²⁰⁸. Ihmisoikeuksien luonnetta voidaan kuvata Jack Donnellyn esittämällä tavalla relatiivisena universaaliutena²⁰⁹, jolloin ollaan sensitiivisiä kulttuurisille tekijöille, mutta ei hyväksytä kulttuuria tai uskontoa ihmisten eriarvoisen kohtelun perusteena.

Suomessa perheoikeudesta on pyritty poistamaan elementit, jotka kytkisivät oikeusseuraamuksia perheenjäsenten arvo- tai ideologisiin valintoihin. Lainsäädännön tavoite ei ole toteuttaa tiettyjä arvoja tai arvopluralismia vaan neutraalisuutta.²¹⁰ Tämän kirjoituksen aiheen kannalta ihmisoikeusdiskurssissa esitetyt näkökulmat islamin ja ihmisoikeuksien suhteeseen on tiedostettava heikomman suoja ja yksilön ja ryhmän suhdetta pohdittaessa. Kysymys pluralismin rajoista ja mahdollisuuksista ei ole turha perheoikeudenkaan alalla, sillä neutraalisuus ulottuu vain niihin käytäntöihin, jotka tunnustetaan oikeudellisesti relevanteiksi. Pluralismin rajoja ja mahdollisuuksia koskeva keskustelu on tarpeen ensisijaisesti tämän tunnustamisen osalta ja vasta toissijaisesti se liittyy kysymykseen siitä, minkälaisia oikeusvaikutuksia islamilaisille perheoikeudellisille käytännöille lopulta annetaan.

Ordre publicin perusteella voidaan torjua joko yksittäinen normi tai sääntö, joka sellaisenaan on Suomen oikeusjärjestyksen perusteiden vastainen. Lisäksi ordre public -perusteella voidaan torjua säännös sillä perusteella, että sen soveltaminen johtaisi lopputulokseen, joka olisi Suomen oikeusjärjestyksen perusteiden vastainen²¹¹. Vaikka eräät islamilaisen oikeuden säännöt ainakin päällisin puolin ja tiettyjen tulkintojen valossa ovat ristiriidassa ihmisoikeuksien ja siten Suomen ordre publicin kanssa, osoittaa vaihtelu tulkinnoissa ja käytännöissä, että viimekädessä soveltamisen lopputulokset voivat yksittäistapauksessa poiketa toisistaan. Ordre publicin ja islamin suhdetta tulisi siis tarkastella tapauskohtaisesti.

4.2.2 Islam ja yhteisö – uskonnonvapaus ryhmän oikeutena

Ihmisoikeudet ovat luonteeltaan poliittisia ja oikeudellisia vaatimuksia. Kuitenkaan niiden merkitys ei ole pelkästään yksilön vapauksien toteut-

²⁰⁸ Donnelly 2007 s. 287.

²⁰⁹ Donnelly 2007 s. 304–306.

²¹⁰ Helin 2004 s. 1261.

²¹¹ Klami ja Kuisma 2000 s. 77–78.

tamisessa eikä niitä voi pitää vain läntisen individualismin ilmentymänä, vaan ne ovat suurelta osin myös yhteisöllisiä oikeuksia. Ihmisoikeuksien ja yksilön vapauksien funktio on myös yhteiskunnallinen, ja niiden tavoitteena on myös yhteisöjen säilyminen. Siten ihmisoikeuksien suojelukohde, tasa-arvoisen vapauden periaate, vaikuttaa samanaikaisesti yksilöihin ja yhteisöihin.²¹² Yhteisöjen säilymistä on pyritty turvamaan myös esimerkiksi antamalla vähemmistöille ryhmäsidonnaisia oikeuksia²¹³, joita on perusteltu sillä, että ellei vähemmistöille anneta erityisoikeuksia, se johtaa rakenteelliseen syrjintään tai assimilaatioon, jossa tietty ryhmä häviää sulautumalla enemmistöön²¹⁴. Islamilaisiin perheoikeudellisia käytäntöjä tarkasteltaessa ei niinkään ole kysymys vähemmistön ryhmäsidonnaisista oikeuksista kuin yksilölle kuuluvasta perusoikeudesta kuulua ryhmään ja harjoittaa uskontoaan. Näin uskonnonvapauden toteutuminen on myös ryhmän oikeus²¹⁵.

Uskonnonvapauden voidaan määritellä käsittävän neljä ulottuvuutta: oikeuden olla tulematta diskriminoiduksi uskonnon perusteella, oikeuden valita mihin uskontoon kuuluu ja uskoo, oikeuden harjoittaa uskontoa ja elää uskonnon oppien mukaan sekä oikeuden olla uskomatta ja kuulumatta uskontokuntaan tai uskonnolliseen yhteisöön²¹⁶. Euroopan eri maissa keskustelua ovat herättäneet islamilaisen kalenterin mukaisista pyhäpäivistä johtuvat tarpeet pitää vapaapäiviä kansallisten juhlapyhien ulkopuolella, perinteinen pukeutuminen, perheoikeudellisiin käytäntöihin liittyvät teemat koskien avioeroa, huoltajuutta ja moniavioisuutta sekä uskonnonopetusta koskevat kysymykset²¹⁷. Tämän kirjoituksen kannalta keskeinen uskonnonvapauden ulottuvuus on oikeus harjoittaa uskontoaan ja elää sen normien ja tapojen mukaisesti. Islamien mukaisten perheoikeudellisten käytäntöjen olemassa olossa on kysymys juuri tästä oikeudesta. On kysytty tarvitseeko islam uskontona jotain erityistä institutionaalista tunnustamista vai riittääkö sen hyväksyminen tai sietäminen olemassa olevana ilmiönä.

William Barbieri lähestyy kysymystä ihmisoikeuskysymyksenä dominoinnin käsitteen kautta ja toteaa, että ihmisoikeuden subjektina voi

²¹² Bielefeldt 1995 s. 591–592.

²¹³ Vähemmistöjen ryhmäsidonnaiset oikeudet ovat oikeuksia, joita yksilö saa ryhmään kuulumisen perusteella. Ryhmäsidonnaisia oikeuksia voidaan toteuttaa esimerkiksi kiintiöjärjestelmien (esimerkiksi kieliryhmäkiintiöt, sukupuolikiintiöt), erityisoikeuksien (esimerkiksi vammaispysäköinti) ja veto-oikeuksien (esimerkiksi ryhmän oikeus vaikuttaa tietyn alueen lainsäädäntöön) kautta.

²¹⁴ Rääkkä 1997 s. 12.

²¹⁵ Wimelius 2002 s. 57.

²¹⁶ Alwall 1998 s. 29.

²¹⁷ Barbieri 1999 s. 909–910.

olla myös ryhmä. Hän määrittelee dominoinnin prosessina, jossa valtaa käytetään tarkoituksellisesti ja systemaattisesti niin, että joku kärsii siitä. Dominointi ei välttämättä ole tietoista eikä sen vaikutusta välttämättä tiedosteta, vaan se saattaa ilmetä esimerkiksi sosioekonomisista tilastoista.²¹⁸ Barbierin mukaan ihmisoikeudet vapausoikeuksina sisältävät oikeuden olla olematta dominoinnin alaisena, ja tätä oikeutta rikkova dominointi voi kohdistua yksilöihin, ryhmän jäseniin tai ryhmiin itseensä²¹⁹. Oikeuden yksilökeskeisyyden on myös kriittisessä oikeusteoriassa ajateltu pyrkivän piilottamaan valtasuhteita ja vaikeuttavan pyrkimyksiä todelliseen yhteisöllisyyteen²²⁰.

Edelleen ryhmien oikeudet voivat olla ristiriidassa ryhmän jäsenten, muiden ryhmien tai ulkopuolisten yksilöiden oikeuksien kanssa. Ontariossa käydyn keskustelun kiistanalaisin kysymys oli juuri kysymys ryhmälle annetun oikeuden nojalla tapahtuvassa riidan ratkaisussa mahdollisesti yksilön vahingoksi tehtävästä ratkaisusta. Islamilaisen perheoikeuden kohdalla tulisi turvata yksilön oikeus yhtäältä etukäteen valita elää uskontonsa mukaan sellaisessakin viitekehyksessä, jonka hyväksyminen rajoittaa hänen oikeuksiaan ja toisaalta turvata yksilön oikeudet tilanteessa, jossa hän kuitenkin haluaa oikeuksiinsa vedota. Kysymys on siis siitä, missä määrin enemmistön dominointi uskonnollista vähemmistöä kohtaan on oikeutettua.

Edellä on saatu kuva suhteellisen monimuotoisesta ja -tulkintaisesta islamista ja islamilaisesta (perhe)oikeudesta, jonka traditionaalisimmat tulkinnat ovat jyrkässäkin ristiriidassa modernien yksilön oikeuksien kanssa. Oikeuksien kollisio on yleensä ratkaistava jonkun oikeuden hyväksi, ja onkin tärkeää huomata, että kaikkia edellä lueteltuja uskonnonvapauden ulottuvuuksia voidaan ja joskus on tarpeen rajoittaa. Lars D. Eriksson kysyy, kuinka pitkälle pluralismin nimissä voidaan luopua perusarvoista ja onko keskustelua ylipäättään mahdollista käydä esimerkiksi uskonnollisten fundamentalistien kanssa. Erikssonin mukaan tässä yhteydessä pluralistisestakin lähtökohdasta käytävässä keskustelussa oletetaan tietyt reunaehdot ja lähtökohdat, aksiomaattiset postulaatit, kuten vapaus, tasa-arvo ja autonomia²²¹. Eriksson on epäilemättä oikeassa. Silti lienee hyvä huomata, että keskustelulle asetettavat ehdot myös rajoittavat keskusteluun osallistumista ja sulkevat joitakin ääniä sen ulkopuolelle. Esimerkiksi tasa-arvon kiistävästä lähtökohdasta tulevan on osallistua keskusteluun hyväksyttävä

²¹⁸ Barbieri 1999 s. 915.

²¹⁹ Barbieri 1999 s. 917.

²²⁰ Petman 2002 s. 74.

²²¹ Eriksson 1997 s. 26.

em. postulaateista aiheutuvat rajoitukset. Tässä kohden oikeudellinen ja yhteiskunnallinen keskustelu kuitenkin eroavat; yhteiskunnallisessa keskustelussa on tarvittaessa keskusteltava myös keskustelun reunaehdoista. Myös vapauden, tasa-arvon ja autonomian eetosta voidaan käyttää ”toisen” hiljentämiseen. Oikeudellisessa keskustelussa on sen sijaan sitouduttava Erikssonin postulaatteihin, koska ne ovat olemassa säädännäisinä; vapaus, tasa-arvo ja autonomia ovat perusoikeuksina tosiasioita. Myös Scheininin mukaan oikeudellisen ratkaisun edellyttäessä arvovalintoja arvot on etsittävä oikeusjärjestyksen piiristä²²².

Marion Boydin mukaan islamilaisen perheoikeudellisen välimiesmenettelyn olemassa olon myönteisimpiä puolia oli se, että menettely mahdollisti ensinnäkin islamilaiden oikeudellisten käytäntöjen näkyvyyden ja toisaalta vähemmistön osallistumisen keskusteluun. Tällä osallistumisella on myös merkitystä sitoutumisessa oikeusjärjestelmään. Eriksson toteaa, että lait ja juridiikka ovat tehokkaita vain, jos ne pohjautuvat ihmisten hyväksymiin arvoihin ja etuihin²²³. Vaatimus lakien kunnioittamisesta on välttämätön, mutta sen sisältö tyhjä, jos osa väestöstä on lainsäädäntöprosessin ulkopuolinen sekä konkreettisesti että lopputuloksena olevan lain heijastamien arvojen kannalta. Kriittinen oikeusteoria puhuu samasta asiasta pyrkiessään tuomaan esiin, miten oikeus tuottaa kyseenalaisia yhteiskunnallisia hierarkioita ja oikeuden kieli ja rakenteet peittävät alleen vallan ja kontrollin mekanismeja näennäisestä puolueettomuudestaan huolimatta²²⁴.

4.3 Uskonnollisen argumentin tunnustaminen

Demokraattisen prosessin kautta oikeus toteuttaa yhteiskunnassa oikeusalamaisensa arvoja ja vastaa näiden tarpeisiin. Järjestetty, inhimillisestä tahdonmuodostuksesta syntyvä suvereenin valtion oikeus muodostaa systeemin, joka oletetaan sisäisesti yhtenäiseksi ja tarkoituksenmukaiseksi kokonaisuudeksi. Toisesta systeemistä peräisin olevalle säännöstölle, esimerkiksi islamilaiselle perheoikeudelle, ei voida antaa itsenäistä oikeudellista merkitystä kuin hyvin rajoitetusti, koska siltä puuttuu systeemyhteys vallitsevaan kokonaisuuteen, Suomen oikeusjärjestelmään. Monikulttuurisuvassa yhteiskunnassa kuitenkin tosiasiallisten käytäntöjen tunnustaminen ja tunnistaminen on välttämätöntä, jotta vähemmistöjen tarpeet tunnistettaisiin oikeuksien ja velvollisuuksien tasolla ja jotta oikeus säilyttäisi legitimitet-

²²² Scheinin 1991 s. 3.

²²³ Eriksson s. 28.

²²⁴ Petman 2002 s. 74.

tinsä mahdollisimman laajasti. Edellä todettiin, että ainakin osa Suomessa asuvista muslimeista kokee, että oikeusjärjestelmän tulisi tunnustaa uskonnon merkitys myös ihmisten välisissä oikeudellisesti merkityksellisissä suhteissa. Mielestäni uskonnollista argumenttia tulee lähestyä kysyen, onko aiheellista – ja millä ehdoilla – antaa sille merkitystä ratkaisutoiminnassa. Mahdollisuutta uskonnollisen argumentin tunnistamiseen ja tunnustamiseen on edellä tarkasteltu osapuolten ennen konfliktin syntymistä tekemään sopimukseen perustuvan välimiesmenettelyn osalta. Tämä mahdollisuus on olemassa myös neuvotteluun perustuvissa riidanratkaisumenetelmissä, sovittelussa ja sovintomenettelyssä. Samoin pesänjakajalla on velvollisuus ja usein myös tosiasiallisesti mahdollisuus johtaa menettelyä niin, että ratkaisu lopulta tyydyttää kaikkia osapuolia. Neuvotteluun perustuvassa riidanratkaisussa tavoitteena ei ole voitto–tappio-asetelman vahvistaminen, vaan ratkaisutoiminnan painopisteen palauttaminen todellisiin intresseihin²²⁵. Soile Pohjonen tarkastelee sovittelua vuorovaikutustilanteena. Pohjosen mukaan konfliktin yhteys monisyiseen kokonaisuuteen mahdollistaa ja edellyttää uudenlaisten ratkaisujen luomista.²²⁶

Suostumuksenvaraisessa vaihtoehtoisessa riidanratkaisussa²²⁷ keskeistä on sovinnon tavoittaminen asianosaisten välisin neuvotteluin, ja sovinto voidaan vahvistaa vain kun kumpikin asianosainen suostuu ratkaisuun. Sovittelu voidaan toteuttaa joko virallisena tuomioistuinsovitteluna, jossa sovittelijana toimii asiaa käsittelevän tuomioistuimen tuomari, tai epävirallisena sovintomenettelynä, jossa sovittelua johtaa asiantuntija. Toisin kuin välimiesmenettelyssä, sovittelussa voidaan käsitellä myös lapsiin liittyviä asioita, kuten huoltajuutta tai elatusta. Sovittelu on osa yhteiskunnallista konfliktinhallintaa. Anna-Kaisa Aaltosen mukaan lasten huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevat riidat sovitaan useammin kuin muut riita-asiat ja sovinnon jälkeen ne tulevat harvoin uudelleen käsiteltäväksi tuomioistuimeen²²⁸.

Avioliittolain 5 luvussa tarkoitettu perheasiain sovittelu kuuluu kuntien tehtäväksi osana sosiaalitointa. Perheasioiden sovittelua voivat hoitaa myös yhteisöt ja henkilöt, jotka ovat saaneet siihen avioliittolain tarkoittaman luvan. Erityistä huomiota sovittelussa on kiinnitettävä lasten asemaan.²²⁹ Käytännössä merkittävä perheasiainsovittelua tarjoava taho on evankelisluterilainen kirkko. Islamilaiset yhteisöt tarjoavat jäsenilleen islamilaisen

²²⁵ Prosessioikeus 2007 s. 1117.

²²⁶ Pohjonen 2001 s. 75.

²²⁷ Prosessioikeus 2007 s. 1119.

²²⁸ Aaltonen 2000 s.1320.

²²⁹ Aarnio – Helin 1992 s. 52.

perheoikeuden mukaista sovittelua, jonka tavoitteena on yleensä avioliiton jatkamismahdollisuuksien selvittäminen.

Tuomioistuinsovittelua koskeva laki (Laki riita-asioiden sovittelusta yleisissä tuomioistuimissa, 663/2005) tuli voimaan 1.1.2006. Tuomioistuinsovittelu on vaihtoehto oikeudenkäynnille, ja siihen voidaan ryhtyä joko ennen oikeudenkäyntiasian vireille tuloa tai sen aikana, jolloin asian käsittely keskeytetään sovittelun ajaksi. Sovittelu voidaan aloittaa vain osapuolten suostumuksella (4 §), eikä sovittelun vireillä olo estä asian saatamista vireille oikeudenkäynnissä. Tavoitteena on osapuolten lähtökohdat huomioiva ratkaisu, joka tyydyttää molempia osapuolia ja johon osapuolet kokevat voivansa sitoutua²³⁰. Soviteltavaksi voidaan ottaa sellainen riita-asia, joka on kokonaan tai osaksi indispositiivinen. Hallituksen esityksen yksityiskohtaisissa perusteluissa mainitaan erityisesti perheoikeudelliset hakemusasiat, joiden ratkaiseminen sovinnollisesti on yleensä asianosaisten edun mukaista²³¹. Sovittelun edellytyksenä on lain 3 §:n mukaan, että asia soveltuu soviteltavaksi ja sovittelu on muuten tarkoituksenmukaista osapuolten vaatimukseen nähden. Esitöiden mukaan sovittelu ei osapuolten tahdosta huolimatta ole tarkoituksenmukaista esimerkiksi silloin, kun osapuolet eivät ole tasaveroisessa asemassa oikeudellisen asiantuntemuksensa tai taloudellisten voimavarojensa puolesta, asia on tarkoituksenmukaisinta ratkaista voimassa olevaa oikeutta soveltamalla tai asia on sillä tavoin hahmottomaton, ettei sovitteluun ole edellytyksiä²³².

Sovittelijana toimii asiaa käsittelevän tuomioistuimen tuomari, jolle voidaan nimetä asiantuntemuksen turvaamiseksi avustaja, jonka molemmat osapuolet hyväksyvät. Lisäksi sovittelija voi käydä osapuolten kanssa sekä yhteis- että erillisneuvotteluja. Ratkaisu voidaan perustaa kohtuusnäkököhtiin, ja sovittelija voi ottaa osapuolten aseman huomioon kokonaisvaltaisesti olematta sidottu osapuolten vaatimukseen²³³. Sovittelussa voidaan vahvistaa ratkaisuksi osapuolten saavuttama sovinto samalla tavalla kuin sovinto oikeudenkäynnissä (8 §) myös silloin, kun asia ei ole oikeudenkäyntiasiana vireillä. Sovittelu on kustannuksiltaan edullisempaa kuin oikeuden käyminen, joten se soveltuu menettelynä erityisesti yksityishenkilöiden välisiin riitoihin, joissa taloudellinen intressi on pieni.

Suomen Asianajajaliitto harjoittaa sovittelua epävirallisessa sovintomenettelyssä, jossa pyritään ratkaisemaan normaaliin siviiliprosessiin

²³⁰ HE 114/2004 vp s. 4.

²³¹ HE 114/2004 vp s. 27.

²³² HE 114/2004 vp s. 20–21.

²³³ HE 114/2004 vp s. 18.

kanavoituvia riita-asioita²³⁴. Menettely soveltuu myös perheasioihin, ja liitto on hiljattain uudistanut ohjeensa sovintomenettelystä perheasioissa²³⁵. Ohjeessa todetaan, että sovittelun periaatteita ovat neutraalisuus ja perheen sisäisten valtasuhteiden tasapainottaminen. Ennen Asianajajaliiton sovintomenettelyn käynnistämistä asianajajan on annettava päämiehelle tietoa myös tuomioistuinsovittelusta ja menettelyiden eduista ja haitoista sekä kustannuksista. Aloite sovitteluun voi tulla asianosaisilta, näiden avustajilta tai esimerkiksi viranomaiselta. Ennen menettelyn aloittamista tehdään sovintomenettelysopimus, jossa sovitaan sovitteluun osallistuvista henkilöistä, heidän rooleistaan, sovittelun kohteena olevista riitakysymyksistä ja muista seikoista, sovittelun kestosta, sovittelijan salassapitovelvollisuudesta ja tietojensaantioikeudesta sekä sovittelun kustannuksista. Sovittelun vaihteita ovat ohjeen mukaan aloitusvaihe, jossa neuvotteluvaihetta varten tunnustellaan sovittelun lähtökohtia, neuvotteluvaihe, sopimusten laadinta ja jälkityö, jossa tarkistetaan lasten tilanne ja tehtyjen sopimusten toimiminen ja tarvittaessa muutetaan tai tarkennetaan sopimuksia.

Sekä tuomioistuinsovittelussa että epävirallisessa sovittelussa sovittelija voi osapuolten suostumuksella tehdä yhteistyötä asiantuntijoiden, kuten sosiaalityöntekijän tai perheterapeutin kanssa. Osapuolten näin halutessa kysymykseen voisi tulla myös uskonnollisen yhdiskunnan asiantuntija. Uskonnon normien huomioimisen kannalta sovittelu, joka tapahtuisi asianosaisten ja asiantuntijoiden ryhmätyönä, vaikuttaa lupaavalta. Pelkästään uskonnollisen yhteisön tai sosiaalitoimen toimesta tapahtuva sovittelu saattaa kuitenkin olla jo lähtökohtaisesti ongelmallista silloin, kun sovittelun kohteena on osapuolten sitoutuminen oikeudellisesti merkityksellisiin vastuihin ja oikeuksiin keskinäisissä suhteissaan. Erityisesti tämän voisi ajatella korostuvan tilanteessa, jossa sovittelua käytettäisiin välineenä edellä hahmotellun uskonnollisen argumentin tunnustamiseen. Tällöin erityistä asiantuntemusta tarvitaan uskonnon normien ja oikeusnormien yhteensovittamisessa perus- ja ihmisoikeusmyönteisesti ja heikomman suojan näkökohdat huomioivasti. Tuomarin tai asianajajan toimimista sovittelijana puoltaa erityisesti oikeudellinen asiantuntemus, jolloin muiden kuultavien asiantuntijoiden mielipiteillä olisi sovittelijan harkintaa ohjaava vaikutus. Lisäksi tuomarit ja asianajajat toimivat virkavastuun tai tapaohjeiden velvoittamina.

²³⁴ Prosessioikeus 2007 s. 47.

²³⁵ Suomen Asianajajaliiton Sovintomenettely Perheasioissa, www.asianajajaliitto.fi

5 LOPUKSI

Suomen muslimivähemmistön perheoikeudellisten käytäntöjen osalta tässä kirjoituksessa tarkasteltujen lähteiden ja haastattelujen perusteella tärkein johtopäätös on yksinkertaisuudessaan se, että islamilaisia perheoikeudellisia käytäntöjä on Suomessa, mutta se miten tiukasti ne liittyvät islamiin ja miten islamilaisiksi henkilöt ne mieltävät, vaihtelee. Muualla Euroopassa saatujen kokemusten ja Ihmisoikeusliiton selvityksen perusteella on aihetta olettaa, että tarve uskonnollisen argumentin tunnustamiselle on todellinen ja tulee tulevaisuudessa kasvamaan. Suuri kysymys on, mihin kaikkeen tämä tarve vaikuttaa ja miten oikeusjärjestelmä sen kohtaa. Perus- ja ihmisoikeutena turvatun uskonnonvapauden toteutumisen näkökulmasta uskonnollisten merkitysten huomioimatta jättäminen tarvitsee tuekseen erityisiä perusteita. Välimiesmenettelyn ja vaihtoehtoisen riidanratkaisun keinoin uskonnollinen argumentti olisi mahdollista huomioida, mutta tällöinkin rajoittavana mekanismina toimii *ordre public*, joka perheoikeudessa määrääytyy erityisesti perus- ja ihmisoikeuksien kautta. Perus- ja ihmisoikeudet vaikuttavat siis kahtalaisesti; yhtäältä ne perustelevat uskonnollisen argumentin huomioimista ja toisaalta rajoittavat sitä.

Islamin ja ihmisoikeuksien suhde palautuu viime kädessä kussakin yksittäistapauksessa tehtävään tulkintaan islamin sisältämien normien sisällöstä, eikä islamin normien huomioiminen ratkaisutoiminnassa automaattisesti johda *ordre publicin* vastaiseen tilanteeseen. Uskonnollisen argumentin huomioimiseen ratkaisutoiminnassa on kuitenkin suhtauduttava vastuullisesti, mikä tarkoittaa esimerkiksi sitä, että yhtäältä uskonnollisen argumentin taustalla on riittävä tiedollinen taso islamista ja toisaalta menettelyn oikeusvarmuus toteutuu erityisesti oikeudellisen asiantuntemuksen suhteen²³⁶. Vaatimus tiedollisesta tasosta islamin osalta voi osoittautua vaikeaksi täyttää, sillä muslimivähemmistöjen ongelmana on esimerkiksi Ruotsissa ollut se, että islamiin syvällisesti perehtyneitä oppineita on ollut aivan liian vähän²³⁷. Myös Suomessa on ollut vaikeaa löytää päteviä islamin uskonnonopettajia peruskouluihin.

Monikulttuurisuus yhteiskunnallisena todellisuutena merkitsee eri moraalikoodeihin pohjautuvien oikeudellisten käytäntöjen rinnakkaista olemassa oloa, ja asettaa haasteen oikeusyhteisölle. Legitimiteetin säilyttääkseen oikeuden tulisi mahdollisimman laajasti vastata oikeusalamaisien

²³⁶ Esimerkiksi Kouros nostaa aiheellisesti esiin kysymyksen sosiaalisesta tuomiovallasta eli siitä, kuka on oikeutettu tulkitsemaan islamilaista oikeutta. Kouros 2007 s. 16. Sosiaalista tuomiovaltaa on pohtinut myös Jan Hjärpe.

²³⁷ Alwall 1998 s. 192–198.

moraalia ja oikeuskäsitystä. Samalla kysymys on myös tasapainottelusta vapauden ja vastuun välillä.

Uskonnollisen argumentin paikkaa pohdittaessa joudutaan päättämään, mihin kohtaan se asetetaan yksityisen ja julkisen välisellä janalla. Sekulääriabsolutismi väittää, että oikeus kuuluu julkiseen ja vaatii uskonnollisen argumentin sijoittamista tiukasti yksityiseen. Ajattelussa, jossa sekulääri on pyhää²³⁸, vaarana on kuitenkin vieraantua todellisista käytännöistä ja rajoittaa aiheettomasti perus- ja ihmisoikeutena turvautun uskonnollisuuden toteutumista. Toisessa ääripäässä puolestaan on täydelliselle yksityisautonomialle rakentuva järjestelmä, jonka ideologian mukaan yksityisillä on rajoittamaton sopimusvapaus vapaus valita, missä viitekehyksessä heidän välisensä konfliktit ratkaistaan. Tällöin vapaus kuitenkin tapahtuu yksilön riskillä ja kustannuksella, ja oikeus, jonka tehtävänä on myös säilyttää oikeudenmukaista yhteiskuntaa, jää pelkäksi vahvemman oikeudeksi.

Monikulttuurisuudessa on kysymys myös siitä, että yksilö ymmärretään useiden identiteettien kokonaisuudeksi, jossa osaansa näyttelevät ryhmäjäsenyydet ja yksilölliset ominaisuudet.²³⁹ Vähemmistöjen käytäntöjen jääminen oikeudellisesti näkymättömiin on ongelmallista ensinnäkin yhteiskunnan kannalta, koska se heikentää koko oikeusjärjestelmän legitimitettiin ja sitoutumista yhteiskuntaan. Oikeusjärjestelmä, joka sivuuttaa yksilön moraaliset lähtökohdat, ei motivoi ryhmää integroitumaan vaan eristäytymään. Integraation ei kuitenkaan tulisi tapahtua ylhäältä käsin, vaatimalla vähemmistöä jakamaan enemmistön arvot, vaan yksilö- ja ryhmäkohtaisten elämänmuotojen tasolla arvojen määrittely on jätettävä viimekädessä yksilöille. Tulokset omasta ideologiasta, olipa se pohjaltaan poliittinen tai uskonnollinen, vaativat kykyä reflektoida itseä ja ympäröivää todellisuutta, mieluiten vapaana hyökkäys-puolustus-asetelmista. Se on vaikeaa, jos ryhmät eivät ole sosioekonomisesti ja sivistyksellisesti tasa-arvoisessa asemassa.

Monikulttuurisuuden haasteena on tasapainon löytäminen yhtäältä ryhmän oikeuksien ja yksilön oikeuksien välillä ja toisaalta yksilöautonomian ja yhteiskunnan vastuun välillä. Perus- ja ihmisoikeudet vaativat, että ryhmän ja yksilön oikeuksien tasapainottaminen tapahtuu tietoisesti ja voimakkaasti sitoutuen yksilöautonomiaan. Tämä tarkoittaa tosiasiallisen tasa-arvon mahdollistamista ja viime kädessä, että resursseja allokoidaan ryhmien välisen tasa-arvon edistämiseen. Eriksson viittaa Vilhelm Aubertin tekemään erotteluun arvo- ja intressikonfliktien välillä ja toteaa, etteivät tuomioistuimet ole ratkaisupaikka esimerkiksi intressikonflikteille suomalaisten ja

²³⁸ Rude-Antoine 1991 s. 100.

²³⁹ Boyd 2004 s. 91.

maahanmuuttajien välillä, vaan konfliktit pitäisi ratkaista neuvottelumenettelyssä, esimerkiksi eduskunnassa, jossa taas maahanmuuttajat eivät ole edustettuna. Erikssonin huomio siitä, että demokraattisen järjestelmän ulkopuolella on ryhmiä, joiden etuja ja mielipiteitä ei päätöksenteossa tarvitse huomioida²⁴⁰, tulisi erityisesti oikeustieteessä ottaa vakavasti.

Käyttämällä ja luomalla oikeudellisia mekanismeja vähemmistöt osallistuvat siihen poliittiseen prosessiin, joka oikeuskin eräältä ulottuvuudeltaan on. Olen taipuvainen ajattelemaan, että kysymys on yksittäisiä konflikteja laajemmasta asiasta: siitä, miten ihmiset kokevat oikeusjärjestelmän vastaavan tarpeisiinsa sekä siitä, kuinka sitoutuneita eri ryhmät ovat oikeusjärjestelmään. Tämä oikeuden sosialisatio saattaa hyvinkin olla monikulttuuristuvan Euroopan suurimpia haasteita.

²⁴⁰ Eriksson 1997 s. 27.

LÄHTEET

Kirjallisuus*Aaltonen 2000*

Aaltonen, Anna-Kaisa: Tuomari sovinnontekijänä perheasioissa. *Lakimies* 7-8/2000, s. 1320–1324.

Aarnio 1988

Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria. Helsinki: WSOY 1988.

Aarnio 1975

Aarnio, Aulis: Laki, teko ja tavoite. Helsinki: Lainopillisen ylioppilastiedekunnan kustannustoimikunta 1975.

Aarnio – Helin 1992

Aarnio, Aulis ja Helin, Markku: Suomen avioliitto-oikeus, 3. painos. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 1992.

Alwall 1998

Alwall, Jonas: Muslim Rights and Plights – The Religious Liberty: Situation of a Minority in Sweden. Lund: Lund University Press 1998.

An-Na'im 2002

An-Na'im, Abdullahi A.: Islamic Family Law in A Changing World. New York: Zed Books 2002.

Bakht 2004

Bakht, Natasha: Family Arbitration Using Sharia Law: Examining Ontario's Arbitration Act and its Impact on Women. *Muslim World Journal of Human Rights*, 2004:1, Vol. 1, Issue 1.

Bahmanpour 2004

Bahmanpour, Mohammad Saeed: Onko ihmisoikeuksien uskonto ristiriidassa muiden uskontojen kanssa, s. 109–113 teoksessa *Ihmisoikeudet ja islam*, toimittaneet Kristiina Kouros ja Susan Villa, Helsinki: Like & Suomen Rauhanpuolustajat 2004.

Barbieri 1999

Barbieri, William: Group rights and the Muslim Diaspora. *Human Rights Quarterly* 1999, Vol. 21 s. 907–926.

Bielefeldt 1995

Bielefeldt, Heiner: Muslim Voices in the Human Rights Debate. *Human Rights Quarterly* 1995, Vol. 17, s. 587–617.

Constandinidou 2000

Constandinidou, Haroula: Religious Divorce in Greece. *International Family Law*, April 2000, s. 19.

David 1986

David, René: Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät. Helsinki: Suomen lakimiesliiton kustannus 1986.

Donnelly 2007

Donnelly, Jack: The Relative Universality of Human Rights. *Human Rights Quarterly* 2007, Vol 29 s. 281–306.

El Alami – Hichcliffé 1996

El Alami, Dawoud ja Hichcliffé, Doreen: Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World. London: Kluwer Law International 1996.

Eriksson 1997

Eriksson, Lars D.: Maahanmuuttajat ja oikeuden rajat, s. 22–30 teoksessa *Muukalaiset – juridiikasta ja asenteista kansojen kohdatessa*. Helsinki: Edita 1997.

Ervasti 1999

Ervasti, Kaijus: Riitojen ratkaisu Suomessa Access to Justice -näkökulmasta. *Defensor Legis* 4/1999 s. 640–660.

Gadamer 2005

Gadamer, Hans-Georg: *Hermeneutiikka – ymmärtäminen tieteissä ja filosofiassa*. Tampere: Vastapaino 2005.

Gadamer 1999

Gadamer, Hans-Georg: *Truth and Method*, 2nd revised edition. New York: Continuum 1999.

Hallaq 2001

Hallaq, Wael B: *Continuity, Authority and Change in Islamic Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

Hallaq 1996

Hallaq, Wael B.: Was the Gate of Ijtihad Closed?, s. 287–325 teoksessa *Islamic Law and Legal Theory*, edited by Ian Edge. Aldershot: Dartmouth 1996.

Hallenberg 1998

Hallenberg, Helena: *Islamilainen oikeus*, s. 320–325 teoksessa *Encyclopædia Iuridica Fennica* osa VI. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys 1998.

Helin 2004

Helin, Markku: *Perheoikeuden siveellinen luonne*. *Lakimies* 8-7/2004, s. 1244–1266.

Hinchcliffe 2000

Hinchcliffe, Doreen: *Divorce in the Muslim World*. *International Family Law*, May 2000, s. 63–65.

Hirsjärvi ja Hurme 2006

Sirkka Hirsjärvi ja Helena Hurme: *Tutkimushaastattelu – teemahaastattelun teoria ja käytäntö*, 4. painos. Helsinki: Yliopistopaino 2006.

Hjärpe 2006

Hjärpe, Jan: *Sharia: Några aktuella problem i debatten om islamisk lag*, s. 48–65 julkaisussa *Senmodernitetens historiska och komparativa konstruktioner* Lund: Corpus Iuris 2006.

Hämeen-Anttila 2005

Hämeen-Anttila, Jaakko: *Islamin käsikirja*. Helsinki: Otava 2005.

Kainulainen 2004

Kainulainen, Heini: *Teemahaastattelut kriminologisessa tutkimuksessa*, s. 17–26 teoksessa *Empiirinen tutkimus oikeustieteessä*, toimittanut Heidi Lindfors. Helsinki: Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 2004.

Kangas 1997

Kangas, Urpo: *Minun metodini*, s. 90–109 teoksessa *Minun metodini*, toimittanut Juha Häyhä. Helsinki: WSLT 1997.

Kangas 1993

Kangas, Urpo: *Lahja*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 1993.

Klami ja Kuisma 2000

Klami, Hannu Tapani ja Kuisma, Eira: *Suomen kansainvälinen yksityisoikeus*, 3. painos. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 2000.

Koraani

Koraanin suomentanut arabiasta Jaakko Hämeen-Anttila, 4. painos. Helsinki: Basam Books 2005.

Krause 2006

Krause, Harry: Comparative Family Law, chapter 34 teoksessa *The Oxford Handbook of Comparative Law*, edited by Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann. Oxford: Oxford University Press 2006.

Kurkela 2007

Kurkela, Matti S.: Do's and Don't's suomalaisessa välimiesmenettelyssä, s. 63–74 teoksessa *Välimiesmenettely lainkäyttönä ja lainkäytössä 2007*, toimittanut Santtu Turunen. Helsinki: Comi / Edita 2007.

Kurki-Suonio 2000

Kurki-Suonio, Kirsti: Kotimaiset ja kansainväliset riidat lapsen huollosta. *Defensor Legis* 5/2000, s. 748–761.

Lehtinen 2004

Lehtinen, Isra: Suomalaiset muslimit: käännyttäiset tai islamiin palanneet, s. 236–245 teoksessa *Ihmisoikeudet ja islam*, toimittaneet Kristiina Kouros ja Susan Villa Helsinki: Like & Suomen Rauhanpuolustajat 2004.

Mikkola 2007

Mikkola, Tuulikki: Islamilaisesta perheoikeudesta Suomen kansainvälisen avioliitto-oikeuden valossa: erityisesti ehdottomuusperiaatteen (ordre public) soveltamisen kannalta. *Defensor Legis* 2:2007, s. 171–180.

Mikkola 2004

Mikkola, Tuulikki: Kansainvälinen avioliitto- ja jäämistöoikeus Helsinki: WSLT 2004.

Mir-Hosseini 2003

Mir-Hosseini, Ziba: The Construction of Gender in Islamic Legal Thought and Strategies for Reform. *Havva – journal of Women of the Middle East and the Islamic World* 1/2003, s. 1–27.

Muslimit Suomessa

Muslimit Suomessa. Toimittaneet Tuula Sakaranaho ja Heikki Pesonen. Helsinki: Yliopistopaino 1999.

Möller 1997

Möller, Gustaf: Välimiesmenettelyn perusteet. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 1997.

Nazeem MI Goolam 2001

Nazeem MI Goolam, Hafiz: Gender Equality in Islamic Family Law – Dispelling Common Misconceptions and Misunderstandings. *International Family Law*, November 2001, s. 182–190.

Nasir 1990

Nasir, Jamal J.: *The Islamic Law of Personal Status*, 2nd edition. London: Graham & Trotman 1990.

Nuotio 2003

Nuotio, Kimmo: Valikoivia huomioita Aulis Aarnion analyyttisestä hermeneutiikasta, s. 143–177 teoksessa *Kimmo Nuotio (toim.): Oikeusteoreettisia katkelmia*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003.

Palva 2004

Palva, Heikki: Islamilaiset ihmisoikeusjulistukset, s. 114–128 teoksessa Ihmisoikeudet ja islam, toimittaneet Kristiina Kouros ja Susan Villa. Helsinki: Like & Suomen Rauhanpuolustajat 2004.

Perho 2004

Perho, Irmeli: Sharia, islamilainen laki, s. 72–85 teoksessa Ihmisoikeudet ja islam, toimittaneet Kristiina Kouros ja Susan Villa. Helsinki: Like & Suomen Rauhanpuolustajat 2004.

Petman 2002

Petman, Jarna: Oikeus ja arvot, s. 67–94 teoksessa Oikeuden tuolla puolen, toimittaneet Kaijus Ervasti ja Nina Meincke. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 2002.

Pirjola 2007

Pirjola, Jari: Universaalit ihmisoikeudet ja ”eksoottinen toinen”. Oikeus 1:2007, s. 107–114.

Pohjonen 2001

Pohjonen, Soile: Konfliktien ratkaisu oikeusjärjestelmässä ja inhimillisessä vuorovaikutuksessa, s. 61–82 teoksessa Sovittelu, toimittanut Soile Pohjonen. Helsinki: WSLT 2001.

Prosessioikeus 2007

Lappalainen, Juha; Frände, Dan; Havansi, Erkki; Koulu, Risto; Niemi-Kiesiläinen, Johanna; Nylund, Anna; Rautio, Jaakko; Sihto, Juha ja Virolainen, Jyrki: Prosessioikeus. Helsinki: WSLT 2007.

Rehman 2007

Rehman, Javoid: The Sharia, Islamic Family laws and International Human Rights Law: Examining the Theory and Practice of Polygamy and Talaq. International Journal of Law, Policy and the Family 2007, vol. 21 s. 108–127.

Religion and International Law 2004

Religion and International Law, edited by Mark W. Janis and Carolyn Evans. Leiden/ Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2004.

Rude-Antoine 1991

Rude-Antoine, Edwige: Muslim Maghrebian Marriage: Problem for Legal Pluralism. International Journal of Law and the Family 5:1991, s. 93–103.

Räikkä 1997

Räikkä, Juha: Tasa-arvo ja vähemmistöjen ryhmäsidonnaiset oikeudet. Oikeus 1/1997, s. 12–21.

Savage 2004

Savage, Timothy M.: Europe and Islam: Crescent Waxing, Cultures Clashing. The Washington Quarterly 3:2004, s. 25–50.

Scheinin 1991

Scheinin, Martin: Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa, Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys 1991.

Schiratzki 2005

Schiratzki, Johanna: Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige, andra upplagan. Uppsala: Iustus 2005.

Shah 2006

Shah, Niaz A.: Womens' Human Rights in the Koran: An Interpretive Approach. Human Rights Quarterly 2006, vol.28 s. 868–903.

Stang Dahl 1996

Stang Dahl, Tove: The muslim family: a study of women's rights in Islam. Oslo: Scandinavian University Press 1996.

Tilley 2000

Tilley, John J: Cultural Relativism. Human Rights Quarterly 2000, Vol. 22 s. 502–547.

Tontti 2001

Tontti, Jarkko: Hans Georg Gadamer. Oikeus, traditio ja tulkinta, s. 219–238 teoksessa Filosofien oikeus 2, toimittaneet Jarkko Tontti ja Kaisa Mäkelä. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys 2001.

Tuori 2007

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

Tuori 2000

Tuori, Kaarlo: Kriittinen oikeuspositivismi. Helsinki: WSLT 2000.

Turunen 2007

Turunen, Santtu: Välitystuomioiden julkisuudesta ja hyödyntämisestä, s. 45–61 teoksessa Välimiesmenettely lainkäyttönä ja lainkäytössä 2007, toimittanut Santtu Turunen. Helsinki: Comi / Edita 2007.

Waines 2003

Waines, David: An Introduction to Islam, 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press 2003.

Weiss 1996

Weiss, Bernard: Interpretation in Islamic Law: The Theory of Ijtihad, s. 273–286 teoksessa Islamic Law and Legal Theory, edited by Ian Edge. Aldershot: Dartmouth 1996.

Wilhelmsson 1997

Wilhelmsson, Thomas: Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat, s. 339–358 teoksessa Minun metodini, toimittanut Juha Häyhä. Helsinki: WSLT 1997.

Wimelius 2002

Wimelius, Malin: Religionsfrihet och demokrati i Sverige. Mennesker & Rettigheter 1/2002, s. 57–69.

Yilmaz 2005

Yilmaz, Ihsan: Muslim Laws, Politics and Society in Modern Nation States. Aldershot: Ashgate 2005.

Virallislähteet

HE 14/2008

Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi vihkimisoikeudesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 114/2004

Hallituksen esitys Eduskunnalle riita-asioiden sovittelusta ja sovinnon vahvistamista yleisissä tuomioistuimissa koskevaksi lainsäädännöksi.

OM 2005:28

Oikeusministeriön asettaman työryhmän mietintö nro 2005:28

Verkkolähteet

Family Laws

<http://www.learningpartnership.org/resources/legislation/familylaw>. Viimeisin viittauspäivä 3.8.2007.

Boyd 2004

Boyd, Marion: Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion. Ladattavissa PDF-tiedostona Ontarion oikeusministeriön (Ministry of Attorney General) sivuilta osoitteessa: <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/>. Viimeisin viittauspäivä 6.7.2007.

IDI 2005

Institut de Droit International: Ordre publicia koskeva suositus:
http://idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_02_en.pdf
Viimeisin viittauspäivä 14.12.2007.

Kouros 2007

Kouros, Kristiina: Suomessa asuvien muslimien suhtautumisesta perhearvoihin ja lainsäädäntöön. Ihmisoikeusliitto ry:n selvitys 2007. Ladattavissa pdf-tiedostona Ihmisoikeusliitto ry:n sivuilta osoitteesta:
<http://www.ihmisoikeusliitto.fi/julkaisut/folder.2007-10-24.3969222914/Selvitys.pdf>
Viimeisin viittauspäivä 16.12.2007.

Suomen Asianajajaliiton sovintomenettely perheasioissa

<http://www.asianajajaliitto.fi/asp/empty.asp?P=3666&VID=default&SID=129614011172562&A=closeall&S=0&C=21123>
viimeisin viittauspäivä 10.12.2007.

Sanna Mustasaari

THE ISLAMIC FAMILY LAW AND FINNISH LEGAL SYSTEM

This article aims at studying Islamic family law as a phenomenon that de facto takes place as private but legally relevant practices and customs in Finland, The Nordic Countries and Europe. The starting point of this article is the fact that there are almost 25 000 000 Muslims living in Europe, and 40 000 of them in Finland. Behind this (maybe emphasized) starting point is a conscious effort to try to avoid speaking of the Muslims as “the others”. Islamic family law is there for taken as a European and Finnish phenomenon, legally relevant practices and choices made by Europeans in their everyday lives. Yet the systems of family laws in European Countries are built on Christian traditions and understandings of family life and cultural norms concerning it. On the other hand family law very widely acknowledges the freedom of contract, so a large part of family law de facto exists as practices and private contracts between individuals. There are actually very few norms that are forcing at all, and even fewer that are in a direct conflict with interpretations of Islamic family law. The point of this paper is not to present a deep analyzes of Islamic Family Law in general, but rather to examine the interaction between Finnish judicial system and the conceptions of Muslims living in Finland and their understandings of norms concerning family, norms that they consider binding.

The idea of the rule of law includes both predictability and justness. In this paper the significance of analogy between the actual practices and the normative system is seen in the socialization of law and justice. If the normative reality only correspondences with the reality and practices of the majority, it eats the system’s legitimacy as it leaves minorities aside the democratic process. That can be seen as a possible ground for frustration and conflicts between groups.

I have approached this research subject first of all by asking what is Islamic Family law in general how it exists in practice. At first I present a short overview of Islamic Family law in general. There is of course a wide range of different interpretations varying after geographical areas, law schools and scholars, so the picture drawn in this chapter is incomplete and shady. The most important voice in this research should of course be given to Muslims them selves. However there aren’t too many studies documenting the minority’s own conception of Islamic or Finnish family law. So far the only Finnish study based on interviews has been carried out by The Finn-

ish League for Human Rights and this material is discussed in the paper. I have also interviewed social workers and attorneys in order to study how the Islamic practices appear in families, social work and dispute situations handled by legal professionals. The discovery of this small-scale empiric research is very simple and foreseeable: Islamic practices exist and there seems to be a need for measures to take religious arguments seriously in solving disputes, at least among some members of the minority.

Secondly I have studied the possibility of individuals to agree on adapting Islamic family law in their private, bilateral relationship. The instruments studied here are contracts regulated by private international law, arbitration and mediation. In Canada there was a public debate concerning Arbitration Act and arbitration on religious bases, and this discussion is also briefly handled here. An important point of view in this approach is the relationship between Islamic family law and the liberty rights (human rights) of both individuals and groups. Just like other human rights freedom of religion is not only an individual right, but also a group right. This paper seeks to examine how Islamic family law could be recognized and acknowledged as widely, fairly and efficiently as possible, yet without compromising the binding nature of human rights and fundamental rights, in single cases or on the system level. In this context this article deals with *ordre public* doctrine as a mechanism that limits the freedom of contract. It also discusses the relationship between public and private as it analyzes the challenges in secular state's right or responsibility to intervene in individual autonomy.

Päivi Neuvonen

**KANSALAISUUSPERUSTEISEN
SYRJINNÄN KIELTO
EU-OIKEUDESSA**

SISÄLLYS

1	JOHDANTO.....	271
1.1	Taustaa.....	271
1.2	Aiheen rajaus ja lähestymistapa.....	272
1.3	Kirjoituksen rakenne.....	274
2	SYRJINTÄOIKEUDEN NORMATIIVINEN PERUSTA.....	275
2.1	Yhdenvertaisuusperiaate.....	275
2.2	Mitä on syrjintä?.....	278
2.3	Uusi ja vanha syrjintäoikeus Euroopan unionissa.....	281
3	KANSALAIUUSPERUSTEISEN SYRJINNÄN KIELTO KANSAINVÄLISESSÄ OIKEUDESSA JA UNIONIN OIKEUDESSA: EROT JA YHTÄLÄISYYDET.....	284
3.1	Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kielto kansainvälisessä oikeudessa: ”universaalisuusperiaate”.....	284
3.1.1	Yleistä.....	284
3.1.2	Euroopan neuvosto ja Euroopan ihmisoikeussopimus..	285
3.1.3	YK ja KP-sopimus.....	291
3.2	Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kielto unionin oikeudessa: ”sui generis”.....	297
3.2.1	Yleistä.....	297
3.2.2	Unionin syrjintäoikeuden päämäärät.....	298
3.2.3	Esimerkki I: Käänteinen syrjintä	306
3.2.4	Esimerkki II: Taloudellisesti ei-aktiiviset ja ei-omavaraiset unionin kansalaiset.....	310
3.2.5	Esimerkki III: Kolmansien maiden kansalaisten asema....	313
4	KANSALAIUUSPERUSTEISEN SYRJINNÄN KIELLON KEHITYS EU-OIKEUDESSA.....	318
4.1	Yleistä	318
4.2	Kansalaisuusperusteinen syrjintä sisämarkkinoiden näkökulmasta: henkilöiden vapaa liikkuvuus tarkastelun kohteena.....	318
4.2.1	Yleistä henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteesta...	318
4.2.2	Liikkumisvapauden syrjivät ja ei-syrjivät rajoitukset.....	320

4.2.3 ”Markkinakansalaisten” syrjimättömyys.....	326
4.3 Kansalaisuusperusteinen syrjintä perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta: unionin kansalaisuus tarkastelun kohteena.....	328
4.3.1 Kansalaisuuden käsite unionin oikeudessa.....	328
4.3.2 Unionin kansalaisten syrjimättömyys.....	333
4.3.3 Unionin kansalaisuus perus- ja ihmisoikeuksien valossa.....	336
5 YHTEENVETO.....	344
5.1 Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon keskeiset ongelmat perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta.....	344
5.2 Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulevaisuus.....	346
LÄHTEET.....	350
PROHIBITION OF DISCRIMINATION ON THE GROUNDS OF NATIONALITY IN EU LAW.....	361

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö EU-oikeudessa¹

1 JOHDANTO

1.1 Taustaa

Euroopan yhteisön alkutaipaleelle ominainen markkinataloutta ja yksilönvapautta korostanut ordoliberalistinen talousajattelu alleviivasi EY:n perustamissopimuksen taloudellista luonnetta. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö johdettiin ns. federalistisen kilpailun käsitteestä, jossa sosiaalipolitiikan alaan kuuluviin asioihin puuttumista ei nähty tarpeellisenä, kunhan koti- ja ulkomaisten toimijoiden välille ei muodostunut taloudellista integraatiota haittaavaa syrjintää.² Perustamissopimuksen 2 artiklassa luetellut yhteisön yleiset päämäärät sisältävät edelleen yhteismarkkinoihin, talous- ja rahaliittoon, kilpailukykyyn ja talouden suorituskykyyn liittyvät maininnat. Nykyisin niiden rinnalla korostetaan kuitenkin kestävää kehitystä, ympäristönsuojelua, sosiaalista yhteenkuuluvuutta ja yhteisvastuullisuutta.

Yhteisön perustamisvaiheessa yhteismarkkinoiden toteutuminen ja taloudellinen kasvu nähtiin sekä päämääränä että välineenä, joka yksinään riittäisi toteuttamaan myös muut sosiaalipoliittiset tavoitteet. Tämän vuoksi kansalaisuusperusteisen syrjinnän sääntelykin kehittyi vain niillä alueilla, joilla se katsottiin välttämättömäksi sisämarkkinoiden toimivuuden kannalta. Syrjintäoikeuden alueella on kuitenkin selvästi havaittavissa suuntaus, jossa sosiaalisille arvoille on pyritty antamaan aikaisempaa itsenäisempi asema suhteessa taloudelliseen integraatioon.³ Unionin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltöä tuleekin arvioida tätä taustaa vasten.

¹ Olen kirjoittanut tämän artikkelin Turun yliopistossa joulukuussa 2007 hyväksytyin OTK-tutkielmani pohjalta.

² Ks. esim. *Bernard* 1996a, s. 77–79 ja *Barnard* 2004, s. 20–21.

³ Ks. esim. Bellin ”sosiaalista kansalaisuutta” koskeva määritelmä. *Bell* 2002, s. 6–13.

1.2 Aiheen rajaus ja lähestymistapa

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö on alusta alkaen ollut keskeisessä asemassa yhteisön oikeudessa. Miksi siis lähteä käsittelemään asemansa vakiinnuttanutta ja usein kuluneenakin pidettyä aihetta? Mielestäni Davies vastaa tähän kysymykseen osuvasti. Hänen mukaansa kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon asema on yhteisön oikeudessa niin vahva, että sitä pidetään usein itsestäänselvyytenä.⁴ Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö on yleensä unionin oikeutta koskevan analyysin itseoikeutettu lähtökohta, mutta samalla periaate itsessään jää vaille yksityiskohtaisempaa tarkastelua. Tässä kirjoituksessa olen halunnut lähteä aivan päinvastaiseen suuntaan. Ensinnäkin pyrin vastaamaan kysymykseen siitä, mitä unionin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellolla oikeastaan tarkoitetaan ja miten sen tulkinta on muuttunut unionin kansalaisuuden käsitteen myötä. Toiseksi pyrin erittelemään ja analysoimaan unionin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkintaan liittyviä konkreettisia ongelmia unionin kansainvälisten perus- ja ihmisoikeusvelvoitteiden valossa. Näitä kysymyksiä tarkastelen henkilöiden vapaan liikkuvuuden ja unionin kansalaisuuden käsitteen muodostamaa taustaa vasten.

Henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaate ei ole ainoa kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta keskeinen unionin oikeuden osa-alue. Nähdäkseni henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen puitteissa tapahtuva tarkastelu on kuitenkin perusteltua, kun kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltöä halutaan tarkastella perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta. Samalla on tärkeä havaita, että sisämarkkinavapauksien välillä vallitsevista eroista huolimatta niillä on myös paljon yhtymäkohtia.⁵ Tästä syystä olen sisällyttänyt kirjoitukseeni viittauksia myös tavaroiden ja palveluiden vapaan liikkuvuuden periaatteisiin niissä kohdissa, joissa se on mielestäni ollut relevanttia henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen näkökulmasta.

Olen joutunut rajaamaan tutkimuskysymystäni myös henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen sisällä. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö on esiintynyt useissa eri asiayhteyksissä henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen yhteydessä. Näistä mainittakoon oleskeluoikeuteen, sosiaaliturvaan ja verotukseen liittyvät tilanteet. Sen vuoksi on tärkeää pitää mielessä, että artikkelissa on valittu vain yksi monista mahdollisista näkökulmista. Tutkimusaiheen laajuus edellyttää siis välttämättömiä rajauksia, mutta

⁴ Davies 2003, s. 6.

⁵ Ks. esim. Davies 2003, s. 5.

samalla se osoittaa, miten keskeinen kysymys kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltäminen on unionin oikeudessa.

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tarkastelu tapahtuu unionin oikeuden tasolla ja unionin oikeuden näkökulmasta, eikä niinkään jonkin tietyn jäsenvaltion oikeuden näkökulmasta.⁶ Toisaalta artikkelissa sivutaan myös unionin toimivallanjakoon liittyviä kysymyksiä, joiden osalta jäsenvaltioiden valtiosääntöoikeudellinen näkökulma tulee esiin yleisellä tasolla. Artikkelin laajemman viitekehyksen muodostaa unionin oikeuden yleinen kehitys taloudellisten näkökulmien yksipuolisesta korostamisesta kohti perus- ja ihmisoikeuksien laaja-alaisempaa huomioonottamista.

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltäminen liittyy yleiset periaatteet ovat kehittyneet EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön varassa.⁷ Oikeustapa-analyysi on sen vuoksi keskeisessä asemassa erityisesti arvioitaessa sitä, miten nykytilanteeseen on päädytty. Vastaavasti EY-tuomioistuimen tulevilla ratkaisuilla on tärkeä rooli siinä, mihin suuntaan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltäminen jatkoissa kehittyy ja millaisia ulottuvuuksia unionin kansalaisuuden käsite saa tulevaisuudessa.

Tutkimuskysymykseni keskittyy kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltämiseen, jonka englanninkielinen vastine on ”*discrimination on the grounds of nationality*”. Käsite ”*nationality*” käännetään usein suomen kielessä ”kansallisuus”. Kirjoituksen ulkopuolelle on kuitenkin rajattu kansallisen alkuperän perusteella tapahtuva syrjintä, johon voidaan viitata termeillä ”*discrimination on the grounds of national origin*” tai ”*racial discrimination*”. Tällainen jaottelu ei ole aivan yksiselitteinen. Kirjallisuudessa on kiinnitetty huomiota siihen, että kaikissa jäsenvaltioissa kansalaisuusperusteista syrjintää ei ole nimenomaisesti kielletty rotusyrjinnän kieltävien säännösten yhteydessä.⁸ Tällöin jäsenvaltioille jää ainakin teoriassa mahdollisuus väärinkäyttöksiin, joissa näennäisesti kansalaisuuden perusteella

⁶ Ks. tarkemmin yhdenvertaisuudesta ja syrjintäoikeudesta Suomen oikeusjärjestyksen näkökulmasta esim. *Scheinin* 1999, s. 231–250 ja Makkonen, Timo (International Organization for Migration): ”Syrjinnän vastainen käsikirja”, http://iom.fi/files/legal_training/finnish/finnish_anti-discrimination_handbook_full.pdf

⁷ Esimerkiksi Fredman nostaa esiin kysymyksen tuomioistuinten roolista syrjintäoikeuden alalla. Hänen mukaansa usein on välttämätöntä arvioida sitä, kuinka pitkälle tuomioistuimet voivat laajentaa syrjintää koskevien säädösten soveltamisalaa tai tuoda uusia ryhmiä niiden tarjoaman suojan piiriin. (Ks. *Fredman* 2002, s. 67) Kysymys liittyy olennaisesti myös EY-tuomioistuimen kansalaisuusperusteista syrjintää koskeviin ratkaisuihin.

⁸ Rotusyrjinnän käsitettä käytetään vielä syrjintäoikeudessa, vaikka rodun käsitteelle ei nykyisen käsityksen mukaan ole tieteellistä perustetta. Ks. kommentti tästä esim. *Scheinin* 1999, s. 243.

tapahtuvan erottelun taustalta löytyykin rotusyrjintään ja kansalliseen alkuperään liittyviä pyrkimyksiä.⁹

Kansalaisuudettomien henkilöiden ja vähemmistöjen asemaan liittyvät perus- ja ihmisoikeusloukkaukset ovat konkretisoituneet unionin oikeuden tasolla erityisesti unionin laajentumisen myötä.¹⁰ Vähemmistöoikeuksien käsittely kuitenkin edellyttäisi ns. kollektiivisten oikeuksien (*group rights*) lähempää tarkastelua, johon ei ole mahdollisuutta tämän kirjoituksen puitteissa. Todettakoon kuitenkin, että vähemmistöoikeuksien puuttuminen EU:n perusoikeuskirjasta sekä niiden heikko asema unionin oikeuden piirissä ovat keskeisiä teemoja unionin sisäisen ja ulkoisen perus- ja ihmisoikeusulottuvuuden eroja kritisoivassa kirjallisuudessa.¹¹

1.3 Kirjoituksen rakenne

Toisessa pääluvussa määritellään kirjoituksessa käytetyt keskeiset käsitteet sekä teoreettinen viitekehys. Yhdenvertaisuuden ja syrjinnän käsitteiden lähempi tarkastelu on välttämätöntä, jotta voitaisiin ymmärtää unionin syrjintäoikeutta koskevan ratkaisulinjan taustalla vaikuttavia arvovalintoja. Unionin syrjintäoikeuden näkökulmasta erityisen kiinnostavaksi osoittautuu syrjintäoikeuden positiivisen ulottuvuuden ympärillä käytävä keskustelu.

Kolmannessa pääluvussa tarkastellaan unionin kansalaisuusperusteisen syrjinnän alueella tekemiä ratkaisuja kansainvälisten ihmisoikeussopimusten muodostamaa taustaa vasten. Tarkoituksena on muodostaa kuva kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon eroista ja yhtäläisyyksistä yleisessä kansainvälisessä oikeudessa ja unionin oikeudessa. Painopiste on kuitenkin unionin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellossa, ja Euroopan neuvoston ja YK:n keskeiset ihmisoikeussopimukset tarjoavat ainoastaan taustan, jota vasten tämä tarkastelu voi tapahtua mielekkäällä tavalla. Unionin syrjintäoikeuden päämääriä ja normatiivista perustaa käsittelevässä osiossa keskeiseksi muodostuu kysymys kansalaisuuden ja muiden syrjintäperusteiden hierarkkisesta suhteesta. Kolmen unionin syrjintäoikeutta koskevan esimerkin avulla pyritään osoittamaan, miksi unionin syrjintäoikeutta voidaan perustellusti luonnehtia termillä ”*sui generis*”. Lisäksi huomiota kiinnitetään siihen, soveltuuko unionin syrjintäoikeuden ”*sui*

⁹ Ks. esim. *Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins* 2006, s. 895.

¹⁰ Ks. tarkemmin esim. EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights: Thematic Comment No 3: The protection of minorities in the European Union. 25 April 2005. http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm, s. 20–22.

¹¹ Ks. tarkemmin esim. *Williams* 2004, s. 85–92.

generis” -luonne yhteen ihmisoikeussopimusten yhteydessä korostuneen universaalisuusperiaatteen kanssa.

Neljännessä pääluvussa tarkastellaan yksityiskohtaisemmin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon kehittymistä unionin oikeudessa. Samalla pyritään osoittamaan, miten kolmannessa pääluvussa esitetyt ongelmat ja erityispiirteet ovat ilmenneet käytännössä. Tämän pääluvun rakenne on kronologinen ja oikeustapausanalyysi on keskeisessä asemassa. Luku on jaettu kahteen osaan, joista ensimmäinen tarkastelee kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkintaa sisämarkkinavapauksien ja erityisesti henkilöiden vapaan liikkuvuuden näkökulmasta. Jälkimmäisessä osassa puolestaan tarkastellaan sitä, miten kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkinta on muuttunut unionin kansalaisuuden käsitteen myötä.

Kronologisen tarkastelun avulla pyritään havainnollistamaan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkinnassa tapahtunutta muutosta. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltä tulkittiin pitkään yksinomaan yhteisön taloudellisten päämäärien valossa, eikä sen hierarkkista erityisasetmaa juurikaan kyseenalaistettu. Unionin kansalaisuuden käsitteen myötä kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ympärillä käytävä kriittinen keskustelu on kuitenkin vilkastunut. Samalla myös kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltä on saanut oman osansa kiivaana käyvästä perus- ja ihmisoikeuskeskustelusta.

Viides pääluku sisältää yhteenvedon ongelmista, joita kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon nykyiseen tulkintaan liittyy perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta. Lisäksi tarkastelun kohteeksi tulevat vaihtoehtoiset tulkintatavat ja kehitysehdotukset *de lege ferenda*.

2 SYRJINTÄOIKEUDEN NORMATIIVINEN PERUSTA

2.1 Yhdenvertaisuusperiaate

Laajempi yhteiskunnallinen yhdenvertaisuus alkoi saada jalansijaa Euroopassa vasta merkantilismin mukanaan tuoman yksilöiden taloudellisen vapautumisen myötä. Tuossa vaiheessa yhdenvertaisuudella kuitenkin ymmärrettiin lähinnä sopimusvapauden kaltaista taloudellista toimintavapautta.¹² Artikkelin kysymyksenasettelun kannalta onkin mielenkiintoista havaita, että yhdenvertaisuusperiaate, joka on usein nähty vaihtoehtona unionin oikeuden markkinakeskeisyydelle, juontaa itse asiassa juurensa

¹² Fredman 2002, s. 4.

taloudellisen rationaliteetin käsitteestä. Syrjintäoikeuden näkökulmasta on ollut ratkaisevaa, että kaikille yksilöille yhtäläisesti kuuluva ihmisarvon käsite on korvannut taloudellisen rationaliteetin käsitteen yhdenvertaisuuden taustaperiaatteena.¹³

Perinteisesti yhdenvertaisuusperiaatteen ytimeksi on katsottu ns. muodollinen yhdenvertaisuus (*formal equality*), johon viitataan jo Aristoteleen *Nikomakhoksen etiikka* -teoksessa. Samanlaisuuden ja erilaisuuden käsitteiden varaan rakentuvan vertailukohteen määrittely on kuitenkin usein ongelmallista. Lisäksi muodollinen yhdenvertaisuusperiaate on yksilökeskeinen, joten yhteiskunnallisista rakenteista tai käytännöistä juurensa juontava institutionaalinen syrjintä ei tule lainkaan tarkastelun kohteeksi sen puitteissa.¹⁴

Materiaalinen tarkastelutapa puolestaan lähestyy yhdenvertaisuutta joko yhdenvertaisten lähtökohtien (*equality of opportunities*) tai yhdenvertaisen lopputuloksen (*equality of results*) näkökulmasta. Olennaista on se, että syrjintään johtavien yhteiskunnallisten rakenteiden olemassaolon mahdollisuus tunnustetaan. Kansainvälinen tuomioistuin on pohtinut yhdenvertaisuuden luonnetta klassisessa *Minority Schools in Albania* -tapauksessa. Tuomioistuimen mukaan erilainen kohtelu on hyväksyttävää tilanteessa, jossa ”platonisesta” yhdenvertaisuudesta pyritään siirtymään ”tehokkaaseen ja todelliseen” yhdenvertaisuuteen.¹⁵

Toisaalta erilaisista yhdenvertaisuuden käsitteistä puhuminen on saanut osakseen myös kritiikkiä. Esimerkiksi Holmesin mukaan yhdenvertaisuuden tyypeissä ei itse asiassa ole kyse pelkästään käsitteellisistä eroista, vaan erilaisista keskenään kilpailevista normatiivisista ratkaisuista tasa-arvon ongelmaan.¹⁶ Myös Westen korostaa artikkelissaan ”*The Empty Idea of Equality*”, että yhdenvertaisuusperiaate luo ainoastaan moraaliset ja oikeudelliset puitteet väittämille, joiden varsinainen sisältö on aina peräisin muista materiaalisista oikeuksista.¹⁷ Westenin mukaan kaikki yhdenvertaisuusperiaatteen liitetyt toiminnot olisi mahdollista hoitaa yhtä onnistuneesti myös viittaamalla suoraan yhdenvertaisuusperiaatteen taustalta löytyviin materiaaliin oikeuksiin.¹⁸ Nähdäkseni yhdenvertaisuusperiaatteen etuna on kuitenkin sen yleinen ja kokoava luonne. Muiden yleisten oikeusperiaatteiden tavoin yhdenvertaisuus-

¹³ Ibid., s. 5.

¹⁴ Ks. esim. *Fredman* 2002, s. 8–10.

¹⁵ *Minority Schools in Albania*, PCIJ (1935) Series A./B., No. 64, s. 24.

¹⁶ *Holmes* 2005, s. 178.

¹⁷ *Westen* 1982, s. 577.

¹⁸ Ibid., s. 556. Westenin mukaan kaikki oikeudet olisi mahdollista ilmaista joko epäsuorasti yhdenvertaisuusperiaatetta apuna käyttäen tai suoraan pelkän oikeuden muodossa.

periaatteen rooli liittyy ensisijaisesti oikeuden soveltamisen ulottuvuuteen, kun taas soveltamistilanteen varsinaisen sisällön muodostavat materiaaliset oikeudet. Epäilemättä seuraukset lähentelisivät katastrofia, jos materiaalisen yhdenvertaisuuden käsitteen piiriin siirryttäessä ainoa muutos koskisi yhdenvertaisuuden tavoitteita, mutta muuten säilytettäisiin aristoteeliseen formaaliseen yhdenvertaisuusperiaatteeeseen liittyvä ajatus periaatteen täydellisestä riippumattomuudesta ja moraalisesta autonomisuudesta. Nähdäkseni tämä pelko on kuitenkin osoittautunut aiheettomaksi. Yleisesti näyttää siltä, että materiaalisen yhdenvertaisuuden käsitteen kannattajat tiedostavat käsitteen arvosidonnaisuuteen ja poliittiseen luonteeseen liittyvät karikat.¹⁹

Yhdenvertaisuusperiaate ja syrjintäoikeus eivät toimi tyhjiössä. Unionin syrjintäoikeuden näkökulmasta kiinnostavaksi osoittautuu kysymys yhdenvertaisuusperiaatteen ja sisämarkkinavapauksiin liittyvien taloudellisten arvojen mahdollisesta ristiriidasta. Materiaalisen yhdenvertaisuuden käsitteen aseman vahvistumisen on usein tulkittu merkitsevän siirtymistä yksipuolisesta markkinakeskeisyydestä kohti laaja-alaisempaa lähestymistapaa.²⁰ Mikäli tulkinta pitää paikkansa, on se erityisen kiinnostava juuri unionin syrjintäoikeuden näkökulmasta. Yhdenvertaisuusperiaatteen tulkinnassa tapahtuneet muutokset muodostavat taustan, jota vasten myös kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltä on tarkasteltava.

Eurooppaoikeudellisessa kontekstissa on tärkeää huomioida yhdenvertaisuusperiaatteen kaksisuuntainen luonne. Kuten edellä on todettu, unionin oikeuden piirissä on havaittavissa kehityssuuntaus, jossa yhdenvertaisuuden käsitteeseen turvaudutaan taloudellisten arvojen vastapainona. Samanaikaisesti on kuitenkin tärkeää pitää mielessä kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon alkuperäinen rooli neljän taloudellisen perusvapauden yhteydessä. Voidaan kysyä, tekeekö yhdenvertaisuusperiaatteen ja kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon taloudellisiin näkökulmiin sidottu tausta niistä kyvyttömiä vastaamaan muihin kuin taloudellisiin haasteisiin unionin piirissä. Tähän kysymykseen palataan myöhemmässä vaiheessa yksityiskohtaisemmin. Samalla se muodostaa yhden koko kirjoituksen läpi mukana kulkevista keskeisistä kysymyksenasetteluista.

¹⁹ Ks. esim. *Barnard* 1998, s. 363.

²⁰ Ks. esim. *Barnard* 1998, s. 365.

2.2 Mitä on syrjintä?

Kirjallisuudessa syrjintä on määritelty valintojen tekemiseksi moraalisesti epärelevanttien seikkojen tai kiellettyjen perusteiden nojalla.²¹ Syrjintäoikeuden näkökulmasta keskeinen kysymys on kielletyn syrjinnän rajojen määrittely. Erilainen kohtelu ei aina johda syrjintään. Sen vuoksi syrjintäoikeudellisessa lainsäädännössä on tärkeää pystyä säilyttämään riittävä herkkyys, jolloin ei-toivottu syrjintä pystytään sulkemaan pois ilman, että toivottu erilainen kohtelu rajautuu samalla pois.²²

Välittömän syrjinnän käsitteen (*direct discrimination*) taustalla on ajatus muodollisesta yhdenvertaisuudesta (eli samanlaisten kohtelusta samalla tavoin). Samalla esiin kuitenkin tulevat muodollisen yhdenvertaisuusperiaatteen yhteydessä esitetyt ongelmat.²³ Välillisen syrjinnän käsite (*indirect discrimination*) puolestaan perustuu yhdenvertaisuuden käsitteen materiaaliseen ulottuvuuteen. Välillisen syrjinnän yhteydessä arvioitavaksi tulevat näennäisesti yhdenvertaisen toiminnan syrjivät vaikutukset. Tosiasiallinen yhdenvertaisuus jää kuitenkin usein saavuttamatta, sillä välillistä syrjintää aiheuttava vaikutus ei sellaisenaan ole kielletty, jos toimenpide voidaan oikeuttaa muilla taloudellisilla tai sosiaalipoliittisilla perusteilla.²⁴ Suhteellisuusperiaate on tärkeä apuväline sallitun erilaisen kohtelun ja kielletyn syrjinnän välisen rajan määrittelyssä.²⁵

Kysymys välittömän ja välillisen syrjinnän seurausten suhteesta on kuitenkin ongelmallinen. EY-tuomioistuin on päätenyt asiassa eräänlaiseen kompromissiin, jossa välillisen syrjinnän arviointi perustuu haitallisten vaikutusten käsitteeseen mutta jossa empiiristen havaintojen sijasta keskitytään vaikutusten arviointiin abstraktilla tasolla.²⁶ Esimerkiksi *O'Flynn*-tapauksessa EY-tuomioistuin on määritellyt välillisen syrjinnän seuraavasti: *”a provision of national law must be regarded as indirectly discriminatory if it is intrinsically liable to affect migrant workers more than national workers and if there is a consequent risk that it will place the former at*

²¹ Ks. esim. *Ellis* 2005, s. 2 ja *Davies* 2003, s. 10.

²² *Fredman* 2002, s. 66.

²³ Ks. edellä s. 8.

²⁴ *Fredman* 2002, s. 106–115.

²⁵ Erityisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on korostanut, että kaikki syrjintäperusteet eivät ole rinnastettavissa keskenään, olosuhteilla on merkitystä harkinnassa ja kohtuutto-
muutta on arvioitava tapauskohtaisesti. Ks. tarkemmin *Ovey & White* 2006, s. 428. Ks. myös suhteellisuusperiaatteen kriittistä syrjintäoikeuden näkökulmasta esim. *Fredman* 2002, s. 116–119.

²⁶ *Davies* 2003, s. 16 ja 18.

a particular disadvantage".²⁷ Vastaavasti *Angonese*-tapauksessa EY-tuomioistuin on todennut, että tilanne voidaan katsoa kansalaisuuden perusteella syrjiväksi, vaikka se ei hyödyttäisi kaikkia tiettyyn kansallisuuteen kuuluvia henkilöitä tai vastaavasti, vaikka se ei asettaisi epäedullisempaan asemaan pelkästään muiden jäsenvaltioiden kansalaisia, vaan osittain myös kohdevaltion omia kansalaisia.²⁸

Syrjintäoikeudellinen lainsäädäntö puuttuu tavalla tai toisella kansalaisen oikeuksiin ja tällöin valtion taholta tapahtuvan puuttumisen perusteita on haettu erilaisista legitimitettiin koskevista poliittisista teorioista. Syrjintäoikeuden alueella tähän liittyvää analyttistä keskustelua ovat käyneet erityisesti John Gardner ja Andrew J. Morris 1990-luvun vaihteen molemmin puolin. Heidän argumentaationsa nojautuu kuitenkin liberalismiin klassikoiden John Stuart Millin ja John Rawlsin käsitteiden varaan. Sekä Gardnerin että Morrisin mukaan syrjintäoikeuden perustan muodostavat yhtäältä Millin teoria yksilölle syntyneiden haittojen korjaamisesta (*corrective justice*) ja toisaalta Rawlsin ryhmän oikeuksiin ja jakokysymykseen keskittyvä teoria (*distributive justice*).

Morrisin ja Gardnerin näkemykset poikkeavat kuitenkin toisistaan erityisesti tarkasteltaessa välillistä syrjintää koskevien oikeuttamisperusteiden suhdetta markkinoihin ja taloudellisiin näkökohtiin. Gardnerin mukaan markkinoiden toimivuus edellyttää syrjintäoikeuden muodossa tapahtuvaa puuttumista, jotta markkinoilla toimivien subjektien autonomisuus kyettäisiin varmistamaan. Tällöin syrjintäoikeus kuitenkin saa väistämättä myös distributiivisia ja ennakoivia piirteitä pelkästään jälkikäteisten ja korjaavien piirteiden rinnalle.²⁹ Morris hyväksyy Gardnerin väitteet osittain, mutta hänen mukaansa nämä ennakoivat ja distributiiviset elementit ovat liian heikkoja saadakseen aikaan todellisen muutoksen syrjintäoikeuden korjaavassa perusluonteessa.³⁰ Syrjintäoikeuden sekundaarisella tasolla tapahtuva tuomioistuinprosessi on myös Gardnerin mukaan ensisijaisesti korjaavaa, ennallistavaa ja jälkikäteistä. Sen sijaan syrjintäoikeuden primaaritasolla edellyttämä velvoite on hänen mukaansa luonteeltaan distributiivinen ja yhdenvertaisiin lähtökohtiin tähtäävä.³¹

Gardnerin ja Morrisin käymä keskustelu havainnollistaa syrjintäoikeudellista kahtiajakoa, johon joudutaan tavalla tai toisella ottamaan kantaa

²⁷ Asia C-237/94 John O'Flynn v Adjudication Officer [1996] ECR I-2617, kohta 20.

²⁸ Asia C-281/98 Roman Angonese v Cassa di Risparmio di Bolzano SpA [2000] ECR I-4139, kohta 41.

²⁹ Gardner 1992, s. 166–167.

³⁰ Morris 1995, s. 216.

³¹ Gardner 1996, s. 359 ja 363.

kaikessa syrjintäoikeudellisessa tutkimuksessa unionin oikeus mukaan lukien. Samalla on kuitenkin otettava huomioon, että Gardner ja Morris lähestyvät aihetta angloamerikkalaisen oikeuskulttuurin ja erityisesti työoikeuden näkökulmasta. Mikäli tämä varaus pidetään mielessä, heidän kirjoituksensa tarjoavat kuitenkin ajattelemisen aihetta myös unionin syrjintäoikeuden normatiiviseen perustan tarkastelulle. Syrjintäoikeuden kokonaisuuden näkökulmasta kyse ei ole ehdottomasta kahtiajaosta tai vastakkainasettelusta, vaan pikemminkin aste-eroista ja erilaisten intressien punninnasta. Jokainen syrjintäoikeutta työssään tulkitseva tai soveltava henkilö joutuu kuitenkin tekemään vastaavanlaista punnintaa korjaavan ja ennakkollisen elementin välillä.

Neljännän sukupolven syrjintäoikeudeksi on nimitetty positiivisten toimintavelvoitteiden tuomista negatiivisen syrjinnästä pidättäytymisen rinnalle.³² Syrjintäoikeuden positiivisen ulottuvuuden taustalta löytyy ajatus siitä, että välittömän ja välillisen syrjinnän käsitteet eivät yksinään riitä turvaamaan tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumista.³³ Päämääränä ei ole pelkästään syrjinnän uhreille aiheutuneiden vahinkojen korvaaminen, vaan lisäksi syrjintää aiheuttavien yhteiskunnallisten rakenteiden uudelleen muotoilu lainsäädännön avulla.

Positiivisia toimintavelvoitteita sisältävälle syrjintäoikeudelle on tyypillistä ennakoiva luonne ja vastuun siirtäminen taholle, jonka katsotaan pystyvän parhaiten edistämään tasa-arvoa.³⁴ Näkemystä voidaan luonnollisesti kritisoida siitä, onko lainsäädäntö käyttökelpoinen väline yhteiskunnan syvärakenteiden muokkaamiseen ja johtaako mainittu lähestymistapa yksipuoliseen legalismiin ja liialliseen oikeudellistumiseen. Lisäksi voidaan kysyä, ovatko nämä kysymykset ensinnäkään lainsäädännön tosiasiallisessa vaikutuspiirissä. Esitetystä kriitistä huolimatta positiivisen syrjintäoikeuden käsitteeseen on suhtauduttava vakavasti unionin syrjintäoikeuden, ja erityisesti kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon, tulevaisuutta arvioitaessa.

Positiivisen ulottuvuuden asema unionin syrjintäoikeudessa kehittyä jatkuvasti. Toistaiseksi positiiviset toimenpiteet ovat kuitenkin saaneet jalansijaa lähinnä sukupuolen perusteella tapahtuvaa syrjintää koskevis-

³² Esimerkiksi Fredman jakaa yhdenvertaisuusperiaatteen kehityksen kolmeen historialliseen vaiheeseen: muodollisen yhdenvertaisuuden vastaisten oikeudellisten käytäntöjen (esim. orjuus) lakkauttaminen, syrjintäoikeudellisen lainsäädännön kehittäminen sekä tasa-arvoa koskevien lakien kriittinen uudelleen arviointi ja positiivisten toimintavelvoitteiden sisällyttäminen syrjintäoikeuden piiriin. Ks. tarkemmin *Fredman* 2002, s. 6–7.

³³ *Ellis* 2005, s. 3 ja 115.

³⁴ *Fredman* 2002, s. 121–122 ja 176–179.

sa tilanteissa.³⁵ Nimenomainen maininta syrjintäoikeuden positiivisesta ulottuvuudesta on sisällytetty myös perustamissopimuksen 13 artiklan soveltamista koskeviin 2000/43/EY ja 2000/78/EY direktiiveihin. EY-tuomioistuimen suhtautumista on kuitenkin arvioitu hyvin varovaiseksi tällä alueella. Esimerkiksi *Marschall*-tapaus viittasi siihen, että unionin oikeuden piirissä syrjintäoikeuden positiivinen ulottuvuus voi tulla sallituksi ainoastaan poikkeustilanteissa.³⁶ Ongelmallisena on nähty myös positiivisen ulottuvuuden oikeudellisesti heikko asema. Positiiviset toimenpiteet ovat vain harvoin pakollisia.³⁷ Unionin rajoitetusta toimivallasta johtuen mahdollisuudet puuttua perus- ja ihmisoikeuksien alueella ilmeneviin loukkauksiin olisivat esimerkiksi Jaeckelin mukaan vähäisiä siinäkin tapauksessa, että unioni nimenomaisesti hyväksyisi positiivisen toimintavelvoitteen omalla kohdallaan.³⁸

Heplen mukaan oikeuksiin liitetty positiivinen toimintavelvollisuus on läheisessä yhteydessä siihen, miten oikeuden käsite laajemmin ymmärretään.³⁹ Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon piirissä tapahtuneen kehityksen näkökulmasta olisikin tärkeää pohtia sitä, millaisen merkityksen EY-tuomioistuin antaa oikeuksien käsitteelle. Nähdäänkö esimerkiksi kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö ainoastaan passiivisena velvoitteena pidättäytyä syrjivistä toimenpiteistä, vai voidaan siihen liittää myös aktiivinen elementti vähintään siinä merkityksessä, että kiellon toteutumista ja noudattamista tulee valvoa aktiivisin toimenpitein?

2.3 Uusi ja vanha syrjintäoikeus Euroopan unionissa

Amsterdamin sopimukseen (1997) otettiin sukupuolen, rodun, etnisen alkuperän, uskonnon, vakaumuksen, vammaisuuden, iän tai sukupuolisen suuntautumisen perusteella tapahtuvaa syrjintää koskeva 13 artikla, jota voidaan pitää osoituksena unionin syrjintäoikeuden uudesta kehityssuunnasta.⁴⁰

³⁵ Ks. erityisesti The Equal Treatment Directive 76/207/EC, art. 2(4).

³⁶ Asia C-409/95 Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen [1997] ECR I-6363, kohdat 31–32 ja *Barnard* 1998, s. 371.

³⁷ Ks. syrjintäoikeuden positiiviseen ulottuvuuteen liittyvästä epävarmuudesta tarkemmin esimerkiksi *Ellis* 2005, s. 115 ja *Bell* 2002 s. 166–167.

³⁸ *Jaeckel* 2003, s. 523.

³⁹ *Hepple* 2004, s. 11.

⁴⁰ Ks. esim. Green Paper: Equality and non-discrimination in an enlarged European Union COM(2004) 379 final, s. 5, jonka mukaan: ”The adoption of Article 13 reflected the growing recognition of the need to develop a coherent and integrated approach towards the fight against discrimination.”

Erityisesti Bellin ja Ellisin tuotantoon perehtymällä on helppo muodostaa käsitys siitä, että perustamissopimuksen 13 artiklan konkretisoimassa ”uudessa” syrjintäoikeudessa ei ole kyse pelkästään uusien syrjintäkieltojen luettelemisesta. Sen sijaan perustamissopimuksen 13 artiklan ja määrään ”uusi” voidaan katsoa olevan ilmausta laajemman sosiaalisen ulottuvuuden leviämisestä unionin syrjintäoikeuden alueelle.⁴¹ Tutkimuskysymykseni kannalta onkin mielenkiintoista pohtia, onko perustamissopimuksen 13 artiklalla ollut suoraan tai epäsuorasti vaikutusta myös ns. ”vanhan” syrjintäoikeuden eli kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ja sukupuolten välisen tasa-arvon vaatimuksen tulkinnassa.

Alston ja Weiler ovat korostaneet perustamissopimuksen 13 artiklan laajempaa merkitystä perus- ja ihmisoikeusulottuvuuden näkökulmasta. Heidän mukaansa yleinen syrjintäkielto muodostaa useiden muiden perus- ja ihmisoikeuksien ytimen tarjoten samalla perustan unionin ihmisoikeuspolitiikalle.⁴² De Witte puolestaan menee vielä pidemmälle todetessaan, että perustamissopimuksen 13 artikla on tärkeä myös sen vuoksi, että se tulee todennäköisesti vaikuttamaan EY-tuomioistuimen yleistä yhdenvertaisuusperiaatetta koskevaan tulkintaan.⁴³ Mikäli nämä arviot pitävät paikkansa, tulee perustamissopimuksen 13 artiklan vaikutus epäilemättä heijastumaan myös kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkinnassa.

Vaikka perustamissopimuksen 13 artiklan materiaallinen tarkastelu on rajattu kirjoituksen ulkopuolelle, muodostaa se kuitenkin tutkimuskysymykseni puitteet. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellolle unionin oikeudessa annettu ”erityisasema” nimittäin tulee esiin verrattaessa perustamissopimuksen 12 ja 13 artikloita ja perusoikeuskirjan 21(1) ja 21(2) artikloita.⁴⁴ Tämä mainittu erityisasema ilmenee esimerkiksi tarkasteltaessa yksilön oikeussuojan tasoa. Perustamissopimuksen 12 artiklalla on välitön oikeusvaikutus toisin kuin perustamissopimuksen 13 artiklalla, joka ainoastaan valtuuttaa neuvoston ryhtymään toimenpiteisiin syrjinnän torjumiseksi. Tosin perusoikeuskirjan 21(1) artikla sisältää ns. yleisen syrjintäkiellon, joka saattaa saada välittömän oikeusvaikutuksen siinä vaiheessa, kun perusoikeuskirjasta tulee osa perustamissopimuksia. Tämä ei kuitenkaan ole mitenkään itsestään selvää perusoikeuskirjan 51 ja 52(2) artikloiden

⁴¹ Ks. *Bell* 2002 ja *Ellis* 2005.

⁴² *Alston – Weiler* 1999, s. 26.

⁴³ *de Witte* 1999, s. 884.

⁴⁴ EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights: Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, s. 194–195. Ks. myös esim. *Ojanen* 2003, s. 145.

valossa.⁴⁵ Esimerkiksi ministerineuvosto on ottanut ehdottoman kielteisen kannan syrjintäperusteiden välisiin eroihin todeten: ”*The different forms of discrimination cannot be ranked: all are equally intolerable.*”⁴⁶

Vastaavasti esimerkiksi Hoogenboomin mukaan koko integraation perimmäinen idea on poistaa ihmisryhmien välistä eriarvoisuutta ja epätasa-arvoa. Hänen mukaansa unionin oikeudelle tyypillinen erottelu henkilöiden vapaan liikkuvuuden alueella kuitenkin merkitsee rakenteellisen eriarvoisuuden vahvistamista.⁴⁷ Bell puolestaan on kuvaillut unionin syrjintäoikeutta ”*a hierarchy of equality*” -käsitteen avulla. Hänen mukaansa unionin syrjintäoikeuden piirissä on havaittavissa vähittäinen siirtyminen puhtaasti markkinoiden integraatioon keskittyvästä sosiaalipoliittisesta mallista kohti ”sosiaalisen kansalaisuuden” korostamista. Muutospyrkimyksille on kuitenkin ollut tyypillistä epäyhtenäisyys, joka on johtanut syrjintäoikeuden sisäisen hierarkian muodostumiseen.⁴⁸ Toisaalta syrjintäoikeuden alueella mikään ei ole yksinkertaista tai selkeää, ja sen vuoksi unionin syrjintäoikeuden sisäisessä hierarkiassakaan ei ole kyse pelkästään perustamissopimuksen 12 ja 13 artiklan keskinäisestä suhteesta. Esimerkiksi Craigin ja de Búrcan mukaan syrjintäoikeuden sisäinen hierarkia ei rajoitu kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ja muiden syrjintätapausten välille, vaan myös perustamissopimuksen 13 artiklan sisällä on havaittavissa eri syrjintäperusteiden välinen eriarvoisuus.⁴⁹ Viimeksi mainittu tilanne jää kirjoitukseni kysymyksenasettelun ulkopuolelle. Samalla se kuitenkin osoittaa, että hierarkkisuus istuu valitettavan syvällä unionin syrjintäoikeudessa.

Usein kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon erityisaseman ajatellaan automaattisesti merkitsevän sitä, että kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö on joka suhteessa muita yhteisön oikeuden syrjintäsäännöksiä edullisemmassa asemassa. Tällöin kuitenkin sivuutetaan se mahdollisuus, että kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon osakseen saama erityiskohtelu on ainoastaan lähentänyt sitä integraation taloudellisiin päämääriin sen sijaan, että tosiasiallinen oikeussuoja olisi vahvistunut. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän nostaminen muista syrjintäperusteista erilleen on samalla merkinnyt, että sille on annettu korostettu asema sisämarkkinavapauksien ja taloudellisen integraation alueella. Tämän seurauksena kansalaisuus-

⁴⁵ Ks. myös komission varovainen kanta. Green Paper: Equality and non-discrimination in an enlarged European Union COM(2004) 379 final, s. 11.

⁴⁶ Council Decision 2000/750/EC establishing a Community action programme to combat discrimination, johdanto, kohta 5.

⁴⁷ *Hoogenboom* 1993, s. 498–499.

⁴⁸ *Bell* 2002, s. 1 ja 32.

⁴⁹ *Craig – de Búrca* 2003, s. 390.

perusteisen syrjinnän kiellon hierarkkisesta ylemmydestä on hyötynyt ainoastaan hyvin rajattu ryhmä. Aluksi etuoikeutettuun ryhmään kuuluivat taloudellisesti aktiiviset jäsenvaltioiden kansalaiset, jotka olivat harjoittaneet liikkumisvapauttaan. Myöhemmin ryhmän piiriin on sisällytetty myös taloudellisesti ei-aktiiviset unionin kansalaiset, mikäli he ovat taloudellisesti omavaraisia. Esimerkiksi jäsenvaltioiden sisäiset tilanteet jäävät edelleen käytännössä kokonaan syrjintäkiellon ulkopuolelle. Toisin sanoen kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellolle unionin oikeudessa annettu erityisasema on itse asiassa parantanut vain pienen vähemmistön asemaa samalla kun enemmistön asema kansalaisuusperusteisen syrjinnän tilanteissa on yhtä heikko tai heikompi kuin muiden syrjintäperusteiden alueella.

3 KANSALAIUUSPERUSTEISEN SYRJINNÄN KIELTO KANSAINVÄLISESSÄ OIKEUDESSA JA UNIONIN OIKEUDESSA: EROT JA YHTÄLÄISYYDET

3.1 Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö kansainvälisessä oikeudessa: ”universaalisuusperiaate”

3.1.1 Yleistä

Yhdenvertaisuusperiaatteella ja erilaisilla syrjintäkielloilla on keskeinen asema kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa. Siitä huolimatta käsitteiden yksiselitteinen määrittely ei ole helppoa myöskään kansainvälisen oikeuden piirissä. Kirjallisuudessa on ehdotettu rakenteellista tarkastelua, jossa käsitteitä arvioidaan niiden autonomisuuden ja avoimuuden perusteella.⁵⁰ Rakenteellinen määrittely tuo nähdäkseen onnistuneesti esiin keskeisimmät erot ja yhtäläisyydet KP-sopimuksen 26 artiklan ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan yhdenvertaisuus- ja syrjintäsäännösten välillä. KP-sopimuksen 26 artikla on luonteeltaan autonominen toisin kuin Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artikla. Molemmat puolestaan ovat avoimia siinä mielessä, että mahdollisia syrjintäperusteita ei ole lueteltu tyhjentävästi.⁵¹ Näitä eroja ja yhtäläisyyksiä sekä niiden vaikutusta kansa-

⁵⁰ Ks. esim. *Bayefsky* 1990, s. 3–6.

⁵¹ *Bayefskyn* mukaan viimeksi mainitulla seikalla on ratkaiseva merkitys tulkinnan kannalta, sillä avoimen syrjintäkiellon perusteella mikä tahansa erottelu voi johtaa kiellettyyn syrjintään, ja arviointi perustuu aina erottelun tosiasialliseen luonteeseen sen sijaan, että jotkin tilanteet jäisivät automaattisesti tarkastelun ulkopuolelle. Ks. *Bayefsky* 1990, s. 5.

laisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkintaan tarkastellaan yksityiskoh-
taisemmin tässä pääluvussa.

3.1.2 Euroopan neuvosto ja Euroopan ihmisoikeussopimus

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen mukaan Euroopan ihmisoikeus-
sopimuksen 14 artiklan syrjintäkielto ei ole itsenäinen, vaan se voi tulla
sovellettavaksi ainoastaan tilanteissa, joissa kysymys kuuluu jonkin ih-
misoikeussopimuksessa tai sen lisäpöytäkirjoissa⁵² mainitun oikeuden tai
velvollisuuden piiriin. Toisaalta 14 artikla on ihmisoikeustuomioistuimen
mukaan autonominen siinä mielessä, että sen soveltaminen ei edellytä
sopimuksen tai lisäpöytäkirjojen piiriin kuuluvan materiaalsen oikeuden
rikkomista.⁵³ Mainittu 14 artiklan soveltamisalaa koskeva rajoitus on saa-
nut osakseen paljon kritiikkiä. Lukuisat syrjintäoikeuden alueella havaitut
puutteet ja ongelmat ovatkin johtaneet 12. lisäpöytäkirjan muotoilemiseen.
12. lisäpöytäkirjaa selittävässä raportissa todetaan nimenomaisesti, että 14
artiklan tarjoama suoja on rajoitettua verrattuna muihin kansainvälisiin
instrumentteihin, koska itsenäinen syrjintäkielto puuttuu.⁵⁴ Lisäpöytäkirjaan
no. 12 on sisällytetty yleinen syrjintäkielto ja sen johdannossa viitataan
myös yhdenvertaisuuteen lain edessä. Lisäksi 12. lisäpöytäkirja kieltää
syrjinnän muidenkin kuin ihmisoikeussopimuksen piiriin kuuluvien oike-
uksien soveltamisen yhteydessä. Toisaalta 12. lisäpöytäkirja ei kumoa 14
artiklaa, vaan ainoastaan laajentaa sen soveltamisalaa.⁵⁵ Lisäpöytäkirjan
ratifioineiden valtioiden osalta 14 artiklan rajoitetulla soveltamisalalla ei
ole enää hallitsevaa merkitystä.

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan ja 12. lisäpöytäkirjan 1
artiklan varaan rakentuva syrjintäoikeus nojautuu voimakkaasti klassiseen,
formaaliseen yhdenvertaisuuden käsitteeseen, joka mukaan samanlaisia on
kohdeltava samalla tavoin ja erilaisia eri tavoin.⁵⁶ Sekä Euroopan ihmisoi-

⁵² 14 artiklan on katsottu koskevan ainakin ensimmäiseen, neljanteen, kuudenteen ja
seitsemänteen lisäpöytäkirjaan kuuluvia säännöksiä, sillä mainituissa lisäpöytäkirjoissa
edellytetään, että kaikki varsinaisen sopimuksen artiklat soveltuvat myös niihin. Ks. tar-
kemmin *Ovey – White* 2006, s. 412.

⁵³ Belgian Linguistic case 23.7.1968 A6, sec. I B, kohta 9.

⁵⁴ Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental
Freedoms, Explanatory Report, kohta 1.

⁵⁵ Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental
Freedoms, Explanatory Report, kohta 33.

⁵⁶ Ks. esim. National Union of Belgian Policia v Belgium 27.10.1975 A19, kohta 44 ja Th-
limmenos v Greece ECHR 2000-IV, kohta 44 ja Protocol No. 12 to the Convention for the
Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report, kohta 15.

keussopimuksen 14 artiklassa että 12. lisäpöytäkirjan 1 artiklassa mainitaan nimenomaisesti ainoastaan negatiivinen syrjinnän kielto. Positiivisiin toimintavelvoitteisiin on kuitenkin otettu kantaa 12. lisäpöytäkirjaa selittävässä raportissa, jonka mukaan positiivisten velvoitteiden mahdollisuutta ei voida kokonaan poissulkea.⁵⁷ Lisäksi 12. lisäpöytäkirjaa selittävään raporttiin sisältyy yhdenvertaisuusperiaatteen ja syrjintäkiellon läheistä suhdetta koskeva lausuma, jonka voidaan ajatella tarkoittavan, että 12. lisäpöytäkirjan myötä olisi tarkoitus omaksua pelkkää negatiivista syrjinnän kieltoa laajempi syrjinnän käsite.⁵⁸ Myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen uudempi oikeuskäytäntö antaa hienovaraisia viitteitä tähän suuntaan. *Thlimmenos-*, *Beard-*, *Chapman-*, *Coster-*, *Jane Smith-* ja *Lee-*tapauksissa ihmisoikeustuomioistuin on todennut, että 14 artiklan mukainen syrjintä voi ilmetä myös niin, että valtio laiminlyö velvollisuutensa kohdella erilaisissa tilanteissa olevia henkilöitä eri tavoin.⁵⁹ Toisin sanoen 14 artiklan nojalla ei riitä pelkästään syrjivistä toimenpiteistä pidättäytyminen, vaan valtiolta voidaan edellyttää myös aktiivista toimintaa syrjinnän estämiseksi.

Syrjinnän käsitteen määrittely on jäänyt kokonaan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön varaan. *Belgian Linguistic* -tapauksessa tuomioistuin otti kantaa siihen, miten 14 artiklan perusteella kielletty syrjintä tulisi määritellä. Ensinnäkin tuomioistuin korosti, että ihmisoikeussopimuksen 14 artikla ei kiellä kaikkea erilaista kohtelua sopimukseen sisältyvien oikeuksien ja vapauksien soveltamisen yhteydessä. Erilainen kohtelu voi olla hyväksyttävää, jos se on objektiivisesti perusteltavissa. Arvioinnissa on kiinnitettävä huomiota päämäärään, vaikutuksiin sekä demokraattisessa yhteiskunnassa normaalisti vallitseviin periaatteisiin. Legitiimin päämäärän ja sen saavuttamiseksi käytettävien keinojen on lisäksi oltava sopusoinnussa suhteellisuusperiaatteen kanssa.⁶⁰ Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on siis valinnut ns. heikon lähestymistavan, jonka puitteissa erilainen kohtelu on hyväksyttävää, jos kohtelun päämäärä on objektiivisesti perusteltavissa ja käytettyjen keinojen voidaan katsoa olevan kohtuullisia suhteessa mainittuun päämäärään. Vaihtoehtoisen lähestymistavan mukaan erilainen kohtelu olisi hyväksyttävää ainoastaan

⁵⁷ Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report, kohdat 24 ja 26-27.

⁵⁸ Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report, kohdat 14-15.

⁵⁹ *Thlimmenos v Greece* ECHR 2000-IV, kohta 44; *Beard v The United Kingdom* 18.1.2001 Grand Chamber, kohta 132; *Chapman v The United Kingdom*, 18.1.2001 Grand Chamber, kohta 129; *Coster v The United Kingdom* 18.1.2001 Grand Chamber, kohta 141; *Jane Smith v The United Kingdom* 18.1.2001 Grand Chamber, kohta 138 ja *Lee v The United Kingdom* 18.1.2001 Grand Chamber, kohta 129.

⁶⁰ *Belgian Linguistic case* 23.7.1968 A6, sec. I B, kohta 10.

sellaisissa tilanteissa, joissa tosiasiallinen erilaisuus edellyttäisi erilaista kohtelua yhdenvertaisuuden ja syrjimättömyyden takaamiseksi.⁶¹

Rasmussen-tapauksen yhteydessä Euroopan ihmisoikeustuomioistuin täsmensi 14 artiklaan perustuvaa arviointia.⁶² Erilaista kohtelua koskevien väitteiden yhteydessä on ensiksi arvioitava, vallitseeko hakijan ja väitetyn vertailuryhmän välillä riittävä analogia. Välittömän syrjinnän tilanteissa arviointi on suhteellisen yksinkertaista, mutta välillisen syrjinnän tilanteet ovat osoittautuneet ongelmallisiksi. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on nimittäin suhtautunut hyvin varautuneesti välillisen syrjinnän käsitteeseen. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta välillinen syrjintä on kuitenkin tärkeässä asemassa, sillä usein tosiasialliseen eriarvoisuuteen johtavat toimenpiteet ovat hyvin hienovaraisia. EY-tuomioistuimen oikeuskäytännössä ja sekundaarinormistossa välillisen syrjinnän asema onkin tunnustettu.

Kansalaisuusperusteista syrjintää koskevassa *Hugh Jordan* -tapauksessa Euroopan ihmisoikeustuomioistuin antoi lausunnon, jonka voidaan vihdoinkin ajatella merkitsevän välillisen syrjinnän tunnustamista. Tuomioistuimen mukaan: ”*Where a general policy or measure has disproportionately prejudicial effects on a particular group, it is not excluded that this may be considered as discriminatory, notwithstanding that it is not specifically aimed or directed at that group*”.⁶³ *Arnardóttir*in mukaan vaikuttaa kuitenkin siltä, että pelkkä haitallisen vaikutuksen toteennäyttäminen ei yksinään riitä, vaan hakijan pitäisi pystyä osoittamaan myös taustalta löytyvät syyt. Tässä kohden tulee esiin huomattava ero suhteessa EY-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, jossa välillisen syrjinnän tilanteissa riittää, että hakija kykenee osoittamaan syrjivän vaikutuksen olemassaolon.⁶⁴

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan syrjintäkielto ei siis ole ehdoton, vaan poikkeaminen on mahdollista myös välittömän syrjinnän tilanteissa, mikäli välttämättömyyden, laillisen päämäärän ja suhteellisuuden kriteerien katsotaan täyttyvän *Belgian Linguistics* -tapauksessa osoitetulla tavalla.⁶⁵ Harkintavaltaa koskevan doktriinin on yleisesti ajateltu tasapainottavan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen dynaamista tulkintalinjaa.⁶⁶ Toisaalta ihmisoikeuksia koskevan universaalisuusperiaatteen valossa doktriiniin liittyy myös ongelmia. Kirjallisuudessa on erityisesti kritisoitu

⁶¹ *Ovey – White* 2006, s. 417.

⁶² *Rasmussen v Denmark* 28.11.1984 A87.

⁶³ *Hugh Jordan v The United Kingdom* 4.5.2001, kohta 154.

⁶⁴ *Arnardóttir* 2003, s. 83–84, 88 ja 124.

⁶⁵ *Belgian Linguistic case* 23.7.1968 A6, sec. I B, kohta 10.

⁶⁶ *Arnardóttir* 2003, s. 61.

tuomioistuimen tapaa vedota sopimusvaltioiden oikeusjärjestysten sisältöä luonnehtivaan ”*common ground*” -perusteeseen ilman yksityiskohtaisempia perusteluja.⁶⁷ Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöllä on tyypillistä, että arvioinnin tiukkuus vaihtelee eri syrjintäperusteiden välillä. Arnardóttirin mukaan juuri sopimusvaltioille jätetyn harkintavallan laajuudessa tapahtuvat vaihtelut kuvastavat parhaiten niitä arvoja ja normatiivisia ideoita, joita Euroopan ihmisoikeustuomioistuin soveltaa syrjintäoikeuden alueella.⁶⁸ Vaikuttaa siltä, että 14 artiklassa nimenomaisesti listatut perusteet nauttivat erityistä suojaa, kun taas kaatoluokkaan ”*other status*” kuuluvissa tilanteissa syrjivä kohtelu voidaan perustella helpommin.⁶⁹

Gaygusuz-tapauksen perusteella voidaan päätellä, että kansalaisuuden perusteella tapahtuva syrjintä kuuluu tilanteisiin, joissa harkintavalta jää suppeaksi ja erilainen kohtelu voidaan hyväksyä ainoastaan hyvin painavien syiden nojalla (”*very weighty reasons*”).⁷⁰ Toisaalta tilanne ei ole aivan näin yksiselitteinen edes kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 16 artikla ja 7. lisäpöytäkirjan 1 artikla nimittäin asettavat rajoituksia kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon soveltamiselle. Vaikuttaa siltä, että kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon laajamittainen soveltaminen tulee kyseeseen ainoastaan tilanteissa, joissa syrjintä perustuu kansalliseen alkuperään (”*national origin*”) ja lähestyy sen vuoksi rotusyrjintää. Sen sijaan valtion omien kansalaisten tai unionin kansalaisten ja ei-kansalaisten välisen suhteen määrittelyssä Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan syrjintäkiellosta ei vaikuttaisi olevan yhtä paljon apua.⁷¹ Tämäkään ei kuitenkaan ole aivan yksiselitteinen päätelmä, sillä esimerkiksi *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* -tapauksessa Euroopan ihmisoikeustuomioistuin totesi: ”*Nevertheless, there are in general persuasive social reasons for giving special treatment to those whose link with a country stems from birth within it*”.⁷²

Unionin oikeuden näkökulmasta erityisen merkittävänä voidaan pitää Euroopan ihmisoikeussopimuksen 1 artiklaa, jonka nojalla sopimusvaltiot sitoutuvat turvaamaan sopimuksessa määritellyt oikeudet ja vapaudet kaikille toimivaltansa piirissä oleville henkilöille näiden kansalaisuuteen tai kansalli-

⁶⁷ Ks. esim. *Rasmussen v Denmark* 28.11.1994 A87, kohta 40 ja *Schokkenbroek* 1998, s. 20–21.

⁶⁸ *Arnardóttir* 2003, s. 17, 31 ja 41.

⁶⁹ *Ovey – White* 2006, s. 413.

⁷⁰ *Gaygusuz v Austria* ECHR 1996-IV, kohta 42.

⁷¹ *Arnardóttir* 2003, s. 151.

⁷² *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v The United Kingdom* ECHR 1985 A 094, kohdat 70, 72, 84, 87–88 ja 91.

suuteen katsomatta.⁷³ Keskeiseksi muodostuu kysymys siitä, mitkä oikeudet unionin jäsenvaltiot voivat rajoittaa koskemaan ainoastaan unionin kansalaisia ilman, että joudutaan ristiriitaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 1 artiklan kanssa. Unionin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta keskeisiä ovat *Moustaquim v Belgium*- ja *C v Belgium* -tapaukset, joiden yhteydessä tuli arvioitavaksi kysymys unionin kansalaisten asettamisesta muita edullisempaan asemaan maastakarkotuksen yhteydessä.⁷⁴ Ihmisoikeustuomioistuin ei kuitenkaan pitänyt tilannetta syrjivänä ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan nojalla: ”the Court considers that such preferential treatment is based on an objective and reasonable justification, given that the member States of the European Union form a special legal order, which has, in addition, established its own citizenship”.⁷⁵

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta ongelmalliseksi saattaa kuitenkin osoittautua EY-tuomioistuimen tapa yhdistää henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaate monien muiden oikeuksien soveltamiseen. Ristiriita voi konkretisoida tilanteissa, jotka EY-tuomioistuimen mukaan jäävät unionin oikeuden soveltamisalan ulkopuolelle mutta joissa Euroopan ihmisoikeustuomioistuin havaitsee kansalaisuusperusteista syrjintää 14 artiklan nojalla. Esimerkiksi *Koua Poirrez* -tapauksessa Euroopan ihmisoikeustuomioistuin totesi, että muiden kuin valtion omien kansalaisten ja sen kanssa vastavuoroisen sopimuksen tehneiden valtioiden kansalaisten rajaaminen tietyn sosiaalietuuden ulkopuolelle johti kansalaisuusperusteiseen syrjintään Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan nojalla. Lopputulokseen vaikutti erityisesti se, että poissulkemisen katsottiin tapahtuneen yksinomaan kansalaisuuden perusteella.⁷⁶ Ongelmalliseksi tilanteen teki se, että EY-tuomioistuin oli antanut aikaisemmin samassa asiassa ratkaisun, jonka mukaan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö ei soveltunut tapaukseen sen vuoksi, että kyseessä oli puhtaasti jäsenvaltion sisäinen tilanne, joka ei kuulunut yhteisön oikeuden soveltamisalaan.⁷⁷

Nold- ja *Internationale Handelsgesellschaft* -tapauksissa EY-tuomioistuin totesi, että perusoikeuksien suojelun on tapahduttava yhteisön päämäärien

⁷³ Euroopan ihmisoikeussopimuksen 1 artiklan mukaan: ”The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.”

⁷⁴ *Moustaquim v Belgium* 18.2.1991 A193, kohdat 48–49 ja *C v Belgium* ECHR 1996-III, kohdat 37–38.

⁷⁵ *C v Belgium* ECHR 1996-III, kohta 38.

⁷⁶ *Koua Poirrez v France* ECHR 2003-X, kohta 49.

⁷⁷ *Asia C-209/91 Ettien Koua Poirrez v Caisse d’allocations familiales de la région parisienne* [1992] ECR I-6685, kohdat 10–13.

ja organisaation puitteissa.⁷⁸ Vaikka EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön ja perusoikeuskirjan 52(3) ja 53 artikloiden valossa on havaittavissa huomattavaa lähentymistä yhteisön oikeuden ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön välillä, ”*the worst case scenario*” on Kühlingin mukaan edelleen mahdollinen.⁷⁹ EY-tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen suhtautuminen perus- ja ihmisoikeuksiin on jo lähtökohdiltaan erilaista. Esimerkiksi Ojanen on huomauttanut, että unionin oikeuden piirissä perus- ja ihmisoikeudet määritellään yhtenä unionin oikeuden ”*ulottuvuutena*”, kun taas Euroopan ihmisoikeussopimusta sovellettaessa perus- ja ihmisoikeudet ovat ehdottomassa keskiössä.⁸⁰

Unioni ei toistaiseksi ole Euroopan ihmisoikeussopimuksen jäsen. Lissabonin sopimuksen 32 artiklassa unioni kuitenkin saa oikeushenkilöllisyyden ja 6(2) artiklassa säädetään unionin liittymisestä ihmisoikeussopimukseen. Toisaalta sopimuksen 6(1) ja 6(2) artikloissa todetaan nimenomaisesti, että unionin toimivaltaa ei ole tarkoitus laajentaa.⁸¹ Voidaan kuitenkin perustellusti väittää, että unionin oikeuden kehityksessä tulisi näkyä aikaisempaa selvemmin, että jäsenvaltioille muodostuu ihmisoikeuksiin liittyviä velvoitteita myös muiden kansainvälisoikeudellisten instrumenttien perusteella. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on ottanut kantaa tähän kysymykseen erityisesti *Matthews-* ja *Bosphorus Airways* -ratkaisuisaan.⁸² Erityisen huolestuttava tilanne syntyy silloin, kun EY-tuomioistuin soveltaa unionin oikeudessa sallittuja laajoja poikkeamisperusteita myös Euroopan ihmisoikeussopimuksessa suojattuihin oikeuksiin.⁸³ Esimerkiksi *Schmidberger*-ratkaisua on arvosteltu juuri tällä perusteella.⁸⁴ Ongelma on relevantti myös kansalaisuusperusteisen syrjinnän tilanteissa, sillä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen mukaan kansalaisuuteen perustuva syrjintä voi olla hyväksyttävää vain erittäin painavilla perusteilla.

⁷⁸ Asia 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel [1970] ECR 1125, kohta 4 ja asia 4/73 J. Nold v Commission of the European Communities [1974] ECR 491, kohdat 13-14.

⁷⁹ Kühling 2006, s. 546.

⁸⁰ Ojanen 2006, s. 169.

⁸¹ Ks. tarkemmin Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, Conference of the representatives of the governments of the Member States, OJ C 306/01 (17.12.2007).

⁸² Matthews v The United Kingdom ECHR 1999-I, kohta 32 ja Bosphorus Airways v Ireland 30.6.2005 Grand Chamber, kohdat 152–156.

⁸³ Ks. esim. Peers 2004a, s. 142–143.

⁸⁴ Asia C-112/00 Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich [2003] ECR I-5659, kohdat 77–79.

3.1.3 YK ja KP-sopimus

Yhdenvertaisuusperiaate ja syrjinnän kieltö kuuluvat YK:n peruskirjan ja yleismaailmallisen ihmisoikeusjulistuksen ytimeen. YK:n peruskirjan 1 artiklan 3 kohdan mukaan: “*The Purposes of the United Nations are - - promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion.*” Syrjinnän ehkäiseminen ja vähemmistöjen oikeuksien suojeleminen muodostavat tärkeän osan sekä YK:n ihmisoikeuskomission että talous- ja sosiaalineuvoston (ECOSOC) tehtäväkentästä. YK:n sopimusjärjestelmän piirissä syrjinnän käsite on kuitenkin määritelty ainoastaan neljässä sopimuksessa.⁸⁵ KP- ja TSS-sopimukseen ei sisälly lainkaan nimenomaista määritelmää syrjinnän käsitteelle.

Syrjintäoikeuden näkökulmasta tärkeäksi onkin muodostunut *ILO Convention No. 111 concerning Discrimination in respect of Employment and Occupation* (1958), sillä sen puitteissa pyrittiin ensimmäisen kerran nimenomaisesti määrittelemään syrjinnän käsite. ILO-sopimuksen 1 artiklassa kielletty syrjintä on määritelty seitsemän nimenomaisen syrjintäperusteen avulla. KP-sopimuksen 26 artiklan syrjintäkiellossa vastaava lista ei ole luonteeltaan tyhjentävä ja sen vuoksi sen soveltamisala vaikuttaa ILO-sopimuksen soveltamisalaa laajemmalla. ILO-sopimuksen 1 artikla ja KP-sopimuksen 26 artikla toimivat käytännössä hyvin pitkälle samalla tavoin, vaikka teoriassa KP-sopimuksen 26 artiklan soveltamisala onkin laajempi ”*other status*” -kaatoluokan vuoksi.⁸⁶

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta on tärkeää huomata, että ILO-sopimuksessa lueteltujen syrjintäperusteiden joukossa ei mainita kansalaisuutta vaan ainoastaan kansallinen syntyperä (“*national extraction*”). Toisin sanoen ILO-sopimus ei ota kantaa kansalaisuuden perusteella tapahtuvaan syrjintään, vaan ainoastaan kansallisen syntyperän perusteella tapahtuvaan syrjintään.⁸⁷ Käytännön soveltamistilanteissa ongelmalliseksi on osoittautunut kysymys siitä, ulottuuko kansallista syntyperää koskeva lausuma myös sellaisiin tilanteisiin, joissa syrjintä tapahtuu kahden eri ryhmän välillä, joista kummallakaan ei ole kohdevaltion kansalaisuutta. Tämä kysymys on keskeinen myös unionin oikeuden näkökulmasta, kun

⁸⁵ Nämä neljä sopimusta ovat: *ILO No. 111 Discrimination (Employment and Occupation) Convention* 1 artikla, *UNESCO Convention on the Elimination of Discrimination in Education* 1(1) artikla, *1965 Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination* 1(1) artikla ja *1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* 1 artikla.

⁸⁶ *Nielsen* 1994, s. 832.

⁸⁷ *Ibid.*, s. 840–841.

tarkastellaan unionin kansalaisten ja kolmansien maiden kansalaisten suhdetta.⁸⁸

YK:n ihmisoikeuskomitean syrjintää koskevan yleisen kannanoton mukaan syrjinnän määritelmän puuttuminen KP-sopimuksesta johtaa siihen, että tukea on haettava muista syrjintää käsittelevistä sopimuksista. Samassa yhteydessä ihmisoikeuskomitea antoi syrjinnälle seuraavan määritelmän: ”- - *the Committee believes that the term ‘discrimination’ as used in the Covenant should be understood to imply any distinction, exclusion, restriction or preferences which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms*” ja ”*the enjoyment of rights and freedoms on an equal footing, however, does not mean identical treatment in every instance*”.⁸⁹ KP-sopimuksen keskeisimmät syrjintää koskevat säännökset sisältyvät sopimuksen 2 ja 26 artikloihin.⁹⁰ Nowakin mukaan yhdenvertaisuusperiaatetta voidaan kuvata koko KP-sopimuksen lävistäväksi ”punaiseksi langaksi”, josta on nimenomaisesti poikettu ainoastaan 13, 24, 25 ja 27 artikloissa.⁹¹ KP-sopimuksen 26 artikla on erityisen merkittävä esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklaan verrattuna sen vuoksi, että siihen sisältyy pelkän syrjinnän kiellon lisäksi myös nimenomainen maininta yhdenvertaisuudesta.⁹²

Broeks- ja Zwaan-de Vries -tapauksissa ihmisoikeuskomitea on korostanut 26 artiklan itsenäistä luonnetta suhteessa 2(1) artiklaan. Komitean mukaan 26 artiklan juuret ovat YK:n yleismaailmallisen ihmisoikeusjulistuksen 7 artiklassa, ja sen vuoksi 26 artiklan yhdenvertaisuusperiaate ja syrjintäkielto asettavat vaatimuksia myös sopimusvaltioiden lainsäädännölle ja sen soveltamiselle. Toisaalta komitea korostaa, että 26 artikla ei kuitenkaan

⁸⁸ Ibid., s. 842.

⁸⁹ General Comment No. 18/37, kohdat 7–8.

⁹⁰ KP-sopimuksen 2(1) artiklan mukaan: ”*Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.*” KP-sopimuksen 26 artiklan mukaan: ”*All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.*”

⁹¹ Nowak 2005, s. 600.

⁹² Ibid., s. 600 ja 604.

asetta vaatimuksia lainsäädännön materiaaliselle sisällölle esimerkiksi sosiaaliturvan alueella, vaan pikemminkin sille, että lain soveltamisessa noudatetaan yhdenvertaisuutta ja syrjimättömyyttä.⁹³

Materiaalisen yhdenvertaisuuden alueelle astuminen on kuitenkin Nowakin mukaan merkinnyt sitä, että KP-sopimuksen 26 artiklan tulkintaan ja soveltamiseen on alusta alkaen liittynyt runsaasti ristiriitoja ja eriäviä mielipiteitä.⁹⁴ Syrjintää koskevassa yleisessä tiedonannossaan ihmisoikeuskomitea on nimenomaisesti todennut, että yhdenvertaisuusperiaatteen noudattaminen saattaa joissakin tilanteissa edellyttää sopimusvaltioilta myös positiivisiin toimenpiteisiin ryhtymistä.⁹⁵ KP-sopimuksen 26 artiklan toisessa lauseessa yleinen syrjintäkielto liitetään yhdenvertaisuusvaatimukseen ”*in this respect*” -toteamuksen avulla. Toisin sanoen syrjintäkiellon voidaan ajatella olevan selkeästi yhteydessä materiaalisen yhdenvertaisuuden vaatimukseen.⁹⁶

Syrjintäkiellon loukkaus on vain harvoissa tapauksissa perusteltu 2(1) artiklan nojalla. Enemmän oikeuskäytäntöä löytyy 26 artiklan yleisestä syrjintäkiellosta ja yhdenvertaisuusvaatimuksesta. *Gueye et al v France* -tapaus voidaan kuitenkin mainita esimerkkinä kansalaisuusperusteista syrjintää koskevasta tilanteesta, jossa oli komitean mukaan loukattu myös 2(1) artiklaa. Komitea muistutti, että kansalaisuutta ei sellaisenaan mainita 26 artiklan syrjintäperusteiden listassa. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon voidaan kuitenkin katsoa tulevan 26 artiklan piiriin ”*other status*” -perusteen nojalla. Komitean mukaan kansalaisuudessa tapahtuneita muutoksia ei voitu pitää riittävänä perusteena erilaiselle kohtelulle, kun eläkkeen myöntäminen on alun perin perustunut muihin seikkoihin.⁹⁷

Komitea on ottanut kantaa kansalaisuuden perusteella tapahtuneeseen syrjintään myös *Karakurt v Austria* -tapauksessa, joka koski ei-kansalaisten oikeutta tulla valituksi työpaikkansa valtuuston jäseneksi. Tässäkin tapauksessa komitea korosti, että erilainen kohtelu ei ole kiellettyä 26 artiklan nojalla, jos sille voidaan osoittaa objektiiviset ja kohtuulliset perustelut. Komitean mukaan arvio on tehtävä aina tilannekohtaisesti. Pelkästään kansalaisuuden perusteella tapahtuvalle erottelulle ei kuitenkaan ollut löydettävissä kohtuullisia perusteluita Karakurt-tapauksessa, ja sen vuoksi

⁹³ S. W. M. Broeks, No. 172/1984, kohdat 12.3 ja 12.4 ja Zwaan-de Vries v Netherlands, No. 182/1984, kohdat 12.3 ja 12.4.

⁹⁴ *Nowak* 2005, s. 601.

⁹⁵ General Comment No. 18/37, kohta 10.

⁹⁶ *Nowak* 2005, s. 606–608.

⁹⁷ *Gueye et al v France*, No. 196/1985, kohdat 9.4, 9.5 ja 11.

kansalaisuuden perusteella tapahtuneen erottelun katsottiin rikkovan 26 artiklaa.⁹⁸

Komitea kuitenkin viittasi *Karakurt v Austria* -tapauksessa myös aikaisempaan *van Oord v Netherlands* -tapaukseen, jossa kansalaisuusperusteista syrjintää koskeva väite ei menestynyt. Kyseisessä tapauksessa komitea totesi, että tietyn valtion kansalaisten eduksi tapahtuvaa erottelua voidaan pitää kohtuullisena, mikäli se perustuu mainittujen valtioiden väliseen kansainväliseen sopimukseen. Toisaalta komitea kuitenkin korosti, ettei sellaista sopimusta voida automaattisesti pitää riittävänä perusteena, vaan arvioinnin on aina tapahduttava tilannekohtaisesti.⁹⁹ Tämä tapaus vaikuttaa merkittävältä myös unionin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta, sillä unionin oikeudessa arviointi keskittyy jäsenvaltioiden välisiin syrjintätilanteisiin. Huomiota tulisi nähdäkseni kiinnittää siihen, että ihmisoikeuskomitean mukaan valtioiden välinen sopimus ei automaattisesti riitä edullisemman kohtelun perusteeksi. *Simunke et al v the Czech Republic* -tapauksessa komitea korosti, että toimenpide on katsottava tarkoituksestaan riippumatta 26 artiklan vastaiseksi, mikäli sen vaikutukset ovat syrjiviä.¹⁰⁰ Nowakin mukaan 26 artiklan tulkinnalle ja soveltamiselle on yhtäältä ominaista, että erottelu kaikkein arkaluontoisimmillakin perusteilla voi olla hyväksyttävää, jos objektiivisen ja kohtuullisen perustelun vaatimuksen katsotaan täyttyvän. Toisaalta samanaikaisesti 26 artiklan takaama suoja voi mennä yhdenvertaisuuden toteuttamisessa huomattavasti pelkkää syrjinnän kieltoa pidemmälle.¹⁰¹

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta on tärkeää tarkastella ”*national origin*” -perusteen suhdetta pelkästään kansalaisuuden perusteella tapahtuvaan syrjintään. Keskeiseksi muodostuu kysymys siitä, kattaako KP-sopimuksen 2 ja 26 artikloissa mainittu ”*national origin*” -peruste myös valtion omien kansalaisten ja toisten valtioiden kansalaisten välillä tapahtuvan erottelun. Nowakin mukaan KP-sopimuksen syrjintäkieltojen historiallinen tausta antaa aiheita päätellä, että kansalaisuuden perusteella tapahtuva erottelu ei ole yleisesti hyväksyttävää.¹⁰² Tätä ajatusta tukee nähdäkseni myös ihmisoikeuskomitean syrjintää koskeva yleinen kannanotto, jossa komitea nimenomaisesti korosti KP-sopimuksen 26 artiklan

⁹⁸ Mümtaz Karakurt v Austria, No. 965/2000, kohdat 8.3 ja 8.4.

⁹⁹ Van Oord v Netherlands, No. 658/1995, kohta 8.5 ja Mümtaz Karakurt v Austria, No. 965/2000, kohta 8.4.

¹⁰⁰ Simunek et al v the Czech Republic, No. 516/1992, kohdat 11.6 ja 11.7.

¹⁰¹ Nowak 2005, s. 627–628.

¹⁰² Ibid., s. 54 (ks. erityisesti alaviite 133).

universaalia luonnetta.¹⁰³ Ulkomaisten henkilöiden oikeuksia koskevassa yleisessä kannanotossaan ihmisoikeuskomitea muistutti lisäksi, että pääsääntöisesti KP-sopimuksen oikeudet koskevat kaikkia ihmisiä heidän kansalaisuudestaan riippumatta. Sen vuoksi pääsääntönä on komitean mukaan pidettävä sitä, että KP-sopimusta sovelletaan ilman syrjintää kansalaisten ja ei-kansalaisten välillä. Ainoastaan tietyissä nimenomaisesti mainituissa tilanteissa (esim. 25 artikla) sopimuksen oikeudet voidaan rajata koskemaan pelkästään kansalaisia. Komitean mukaan useissa sopimusvaltioissa ei-kansalaisten oikeuksia onkin rajoitettu tavalla, joka ei ole sopusoinnussa KP-sopimuksen vaatimusten kanssa.¹⁰⁴

Toisaalta ihmisoikeuskomitea muistutti, että ei-kansalaisilla ei kuitenkaan ole KP-sopimuksen 12 artiklan nojalla automaattista maahantulo- tai oleskeluoikeutta. Tosin komitea totesi samassa yhteydessä, että tietyissä, esimerkiksi syrjintäkieltoon liittyvissä poikkeustilanteissa ei-kansalainenkin voi saada suojaa 12 artiklan nojalla.¹⁰⁵ Todennäköisesti tällainen mahdollisuus on kuitenkin äärimmäisen harvinainen. Esimerkiksi Nowak on todennut, että ei-kansalaisten kohdalla KP-sopimuksen tarjoaman tehokkaan oikeussuojan nauttimista heikentää huomattavasti maastakarkotuksen uhka.¹⁰⁶ Toisaalta laillisen oleskeluoikeuden myöntämisen jälkeen ei-kansalaiselle on ihmisoikeuskomitean mukaan taattava KP-sopimuksen edellyttämät oikeudet edellä mainittuja nimenomaisia poikkeuksia lukuun ottamatta.¹⁰⁷ Liikkumisvapautta koskevassa yleisessä kannanotossaan ihmisoikeuskomitea kuitenkin korosti, että laillisen oleskelun määrittäminen kuuluu jokaisen valtion kansallisen oikeusjärjestyksen piiriin, kunhan valtio samalla noudattaa kansainvälisiä velvoitteitaan.¹⁰⁸

EY-tuomioistuimen oikeuskäytännössä KP-sopimukselle on usein annettu ”*a source of inspiration*” -asema tilanteissa, joissa tuomioistuin on joutunut muotoilemaan yhteisön oikeuden yleisten oikeusperiaatteiden sisältöä.¹⁰⁹ Yhdenvertaisuutta koskevassa *Grant*-tapauksessa EY-tuomiois-

¹⁰³ General Comment No. 18/37, kohta 12: ”*That is to say, article 26 provides that all persons are equal before the law and are entitled to equal protection of the law without discrimination, and that the law shall guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any of the enumerated grounds.*”.

¹⁰⁴ General Comment No. 15/27, kohdat 1 ja 2.

¹⁰⁵ General Comment No. 15/27, kohta 5.

¹⁰⁶ *Nowak* 2005, s. 55 ja 261–262.

¹⁰⁷ General Comment No. 15/27, kohta 6.

¹⁰⁸ General Comment No. 27/67, kohta 4.

¹⁰⁹ Ks. esim. asia 374/87 *Orkem v Commission of the European Communities* [1989] ECR 3283, kohdat 28 ja 31 ja asia C-540/03 *European Parliament v Council of the European Union* [2006] ECR I-5769, kohta 37.

tuin kuitenkin nimenomaisesti poikkesi ihmisoikeuskomitean vastaavassa tilanteessa KP-sopimukselle antamasta tulkinnasta. Tuomioistuin vetosi aikaisempaan kantaansa, jonka mukaan perus- ja ihmisoikeuksien nojalla ei voida laajentaa perustamissopimuksen artikloiden soveltamisalaa yhteisön nykyistä toimivaltaa laajemmalle.¹¹⁰ Moren mukaan on kuitenkin mahdollista, että YK:n ihmisoikeuskomitean KP-sopimuksen 26 artiklan tulkintaa koskevat ratkaisut olisivat kansainvälisen tapaoikeuden nojalla sitovia ja että yksilöillä olisi sitä kautta mahdollisuus vedota itsenäiseen yhdenvertaisuusperiaatteeseen myös EY-tuomioistuimessa.¹¹¹ Kansainvälinen tuomioistuin totesi *Barcelona Traction* -ratkaisussaan, että perustavanlaatuiset ihmisoikeudet ovat luonteeltaan ”*erga omnes*”.¹¹² Mikäli unionin katsotaan olevan kansainvälisen oikeuden subjekti, se on velvollinen noudattamaan kansainvälistä tapaoikeutta ja samalla myös perustavanlaatuisia perus- ja ihmisoikeuksia.¹¹³

Erityisesti ensimmäisen asteen tuomioistuin on ottanut unionin ihmisoikeusvelvoitteet vakavasti. *Yusuf*- ja *Kadi*-tapauksissa ensimmäisen asteen tuomioistuin nojautui perustamissopimuksen 307 artiklan ja YK:n peruskirjan 103 artiklan¹¹⁴ yhteisvaikutukseen, jonka perusteella on tuomioistuimen mukaan pääteltävissä, että ihmisoikeuksien *ius cogens* -luonne on otettava huomioon yhteisön oikeuden alueella. Molemmissa ratkaisuisa ensimmäisen asteen tuomioistuin viittasi KP-sopimukseen sisältyviin oikeuksiin tavalla, joka antaa ymmärtää, että sopimuksessa mainitut oikeudet kuuluvat *ius cogens* -määritelmän piiriin.¹¹⁵ Kansainvälisen oikeuden näkökulmasta jäsenvaltioiden ihmisoikeusvelvoitteiden seuraannon katsotaan tapahtuneen siitä riippumatta, ovatko jäsenvaltiot luovuttaneet unionille yksinomaisen vai jaetun toimivallan.¹¹⁶ Unionin piirissä näkemykset ovat kuitenkin tässä kohden jakautuneet. EY-tuomioistuin on vahvistanut seuraannon ainoastaan

¹¹⁰ Asia C-249/96 Lisa Jaqueline Grant v South-West Trains Ltd. [1998] ECR I-621, kohdat 43–46.

¹¹¹ *More* 1999, s. 546.

¹¹² *Barcelona Traction (Belgium v Spain)* [1970] ICJ, kohdat 33–34.

¹¹³ *Ahmed – Butler* 2006, s. 772.

¹¹⁴ YK:n peruskirjan 103 artiklan mukaan peruskirja menee edelle kaikissa tilanteissa, joissa muodostuisi ristiriita peruskirjan ja YK:n jäsenvaltioiden solmimien muiden kansainvälisten sopimusten välille.

¹¹⁵ Asia T-315/01 Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities [2005] ECR II-3649, kohdat 228–331 ja 287 ja asia T-306/01 Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and the Commission of the European Communities [2005] ECR II-3533, kohdat 275, 279, 282 ja 342.

¹¹⁶ *Ahmed – Butler* 2006, s. 790.

tilanteissa, joissa sille on siirretty yksinomainen toimivalta.¹¹⁷ Ensimmäisen asteen tuomioistuin puolestaan on ollut valmis vahvistamaan seuraannon ”siinä määrin kuin” aikaisemmin jäsenvaltioille kuulunutta toimivaltaa on siirtynyt yhteisölle.¹¹⁸ Toistaiseksi unioni on katsonut voivansa itse määrittellä perus- ja ihmisoikeuksiin liittyvät velvollisuutensa TEU 6 artiklan nojalla.¹¹⁹ Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta olisi kuitenkin toivottavaa, että unioni ottaisi myös yleisestä kansainvälisestä oikeudesta johdettavissa olevat velvoitteet aikaisempaa vakavammin.

3.2 Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon unionin oikeudessa: ”sui generis”

3.2.1 Yleistä

Termillä ”*sui generis*” viitataan usein unionin erityisluonteeseen valtion ja kansainvälisen järjestön väliin sijoittuvana poliittisena ja oikeudellisena yksikkönä. Useat oikeustieteilijät suhtautuvat kuitenkin kriittisesti termin käyttöön oikeudellisessa asiayhteydessä. Esimerkiksi Tuori on todennut, että *sui generis* -määre ei oikeastaan tuo mitään lisää siihen yleisesti tiedossa olevaan tosiseikkaan, että unioni ei nykyisessä muodossaan ole kumpikaan, valtio tai kansainvälinen järjestö.¹²⁰ Tässä kirjoituksessa olen kuitenkin päättänyt viittaamaan unionin syrjintäoikeuteen *sui generis* -käsitteen avulla. Tutkimuskysymyksen perustuu siihen, että unionin syrjintäoikeus poikkeaa sekä perinteisestä valtiosisäisestä että kansainvälisestä syrjintäoikeudesta. Kirjoituksen tarkoituksena ei kuitenkaan ole selittää unionin syrjintäoikeutta *sui generis* -käsitteen avulla, vaan ainoastaan lähteä liikkeelle kyseisestä käsitteestä.

Tässä pääluvussa käsittelen unionin syrjintäoikeuden taustalta löytyviä syitä ja seurauksia. Toisin sanoen tarkoituksena on hahmotella unionin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkinnan keskeiset ongelmakohdat. Unionin perus- ja ihmisoikeustilannetta koskevassa Human Rights Watch -järjestön tuoreessa raportissa todetaan: ”*The European experiment has*

¹¹⁷ Ks. esim. asia 21-24/72 International Fruit Company NV and others v Produktschap voor Groenten en Fruit [1972] ECR 1219, kohtat 15 ja 17–18.

¹¹⁸ Ks. esim. asia T-306/01 Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and the Commission of the European Communities [2005] ECR II-3533, kohta 253.

¹¹⁹ Ks. hyvin kriittinen näkemys unionin perus- ja ihmisoikeustilanteesta Roth, Kenneth: Filling the Leadership Void: Where is the European Union? in Human Rights Watch World Report 2007, <http://hrw.org/wr2k7/>.

¹²⁰ Tuori 2004, s. 72.

helped to bring peace and prosperity to those lucky enough to live inside its borders, but the EU is falling woefully short of its promise as a defender of rights around the world".¹²¹ Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkinnan valossa vaikuttaa kuitenkin siltä, että edes unionin sisäinen tilanne ei kaikilta osin täytä keskeisimpien perus- ja ihmisoikeussopimusten kriteereitä.

3.2.2 Unionin syrjintäoikeuden päämäärät

Yhteisön oikeuden piirissä on alusta alkaen ollut selvää, että tuotannon-tekijöiden vapaan liikkuvuuden ja resurssien tehokkaan hyödyntämisen varaan rakentuvilla yhteismarkkinoilla kansalaisuusperusteista syrjintää ei voida sallia. Esimerkiksi julkisasiamies Jacobs on todennut *Phil Collins*-tapausta koskevassa mielipiteessään: "*The Prohibition of discrimination on grounds of nationality is the single most important principle of Community law*".¹²²

Unionin oikeusjärjestykselle, syrjintäoikeus mukaan lukien, on tyypillistä, että se keskittyy perustamissopimuksissa lueteltujen päämäärien toteuttamiseen ja turvaamiseen. Vaikka näiden päämäärien taustalta on löydettävissä pyrkimys laaja-alaiseen sosiaaliseen hyvinvointiin, unionin voimavarat ovat ensisijaisesti kuluneet taloudelliseen integraatioon ja sisämarkkinoiden toteuttamiseen. Samanaikaisesti unionin toimivallan laajentuminen sosiaalipolitiikan alueelle, perus- ja ihmisoikeuksien vahvistunut asema sekä unionin kansalaisuuden käsite yhdessä ovat johtaneet tilanteeseen, jossa unionin on otettava vastuuta taloudellista lähestymistapaa laajemmin. Tämä kaksijakoisuus korostuu syrjintäoikeuden alueella.

Esimerkiksi julkisasiamies Jacobs on *Phil Collins*-tapausta koskevassa mielipiteessään korostanut perustamissopimuksen 12 artiklan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon dualistista luonnetta. Ensinnäkin hän viittaa kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon merkitykseen taloudellisen integraation ja vapaan kilpailun näkökulmasta. Vielä merkittävämpänä voidaan kuitenkin pitää hänen kannanottoaan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon symbolisesta merkityksestä. Julkisasiamiehen mukaan: "*The prohibition of discrimination on grounds of nationality is also of great symbolic importance, inasmuch as it demonstrates that the Community is*

¹²¹ *Roth, Kenneth*: Filling the Leadership Void: Where is the European Union? in Human Rights Watch World Report 2007, <http://hrw.org/wr2k7/>, s. 3.

¹²² Asiat C-92/92 ja C-326/92 *Phil Collins v Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH and Leif Emanuel Kraul v EMI Electrola GmbH* [1993] ECR I-5145, Opinion of Mr Advocate General Jacobs (30 June 1993), kohta 9.

not just a commercial arrangement between the governments of the Member States but is a common enterprise in which all the citizens of Europe are able to participate as individuals.”¹²³ Tämän ajatuksen ytimen muodostaa perustamissopimuksen 12 artikla, jonka mukaan: ”*Kaikki kansalaisuuteen perustuva syrjintä on kiellettyä tämän sopimuksen soveltamisalalla, sanotun kuitenkin rajoittamatta tämän sopimuksen erityismääräysten soveltamista.*”

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon avulla ei pyritä harmonisoimaan jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksiä, vaan ainoastaan varmistamaan, että jäsenvaltiot eivät suosi omia kansalaisiaan tavalla, joka olisi ristiriidassa unionin oikeusjärjestyksen kanssa. Perustamissopimuksen 12 artiklan yleistä kieltoa on täydennetty useissa muissa primaari- ja sekundaarioikeuden säännöksissä, joista keskeisimpinä voidaan mainita työntekijöiden vapaata liikkuvuutta koskeva perustamissopimuksen 39 artikla, unionin kansalaisten vapaata liikkuvuutta koskeva perustamissopimuksen 18 artikla sekä neuvoston asetukset 1612/68 ja 1048/71.¹²⁴ Perustamissopimukset eivät kuitenkaan sisällä kansalaisuusperusteisen syrjinnän määritelmää. Käsitteen määrittely on sen vuoksi jäänyt EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön varaan. EY-tuomioistuimen mukaan kansalaisuusperusteinen syrjintä kattaa sekä avoimen eli välittömän että peitellyn eli välillisen syrjinnän: “*the requirement of equal treatment laid down both in Article 48 of the Treaty and in Article 7 of Regulation No 1612/68 prohibits not only overt discrimination by reason of nationality but also all covert forms of discrimination which, by the application of other distinguishing criteria, lead in fact to the same result - -*”.¹²⁵ Välillistä syrjintää on käsitelty myös useissa muissa ratkaisuissa.¹²⁶ Yleensä EY-tuomioistuin on tulkinnut välillisen syrjinnän käsitettä laajasti ja huomiota on kiinnitetty erityisesti toiminnan vaikutuksiin.¹²⁷

¹²³ Asiat C-92/92 ja C-326/92 *Phil Collins v Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH and Leif Emanuel Kraul v EMI Electrola GmbH* [1993] ECR I-5145, Opinion of Mr Advocate General Jacobs (30 June 1993), kohdat 10–11.

¹²⁴ Council Regulation No 1612/68 OJ L 257 (19.10.1968) ja Council Regulation No 1408/71 OJ L 149 (5.7.1971).

¹²⁵ Asia C-278/94, *Commission of the European Community v Kingdom of Belgium* [1996] ECR I-4307, kohta 27.

¹²⁶ Ks. välillisestä syrjinnästä esim. asia 15/69, *Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG v Salvatore Ugliola* [1969] ECR 363, kohta 6; asia 152/73 *Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost* [1974] ECR 153, kohta 11; asia C-237/94 *John O’Flynn v Adjudication Officer* [1996] ECR I-2617, kohdat 20–21 ja asia C-147/03 *Commission of the European Communities v Republic of Austria* [2005] ECR I-5969, kohta 47.

¹²⁷ *Van der Mei* 2003, s. 75. Ks. myös esim. asia C-379/87 *Anita Groener v Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee* [1989] ECR 3967,

Kielletty syrjintä on siis määritelty EY-tuomioistuimen oikeuskäytännössä melko kattavasti. Enemmän epäselvyyttä on aiheutunut siitä, millä perusteilla kielletyn syrjinnän kriteerit täyttävä toiminta voi poikkeuksellisesti olla sallittua. Arvioinnissa on otettava huomioon sekä lakisäätteiset perusteet että kohtuullisuus- ja oikeudenmukaisuusperusteet.¹²⁸ Toisin sanoen poikkeaminen on mahdollista kahdella eri perusteella, ensinnäkin perustamissopimuksen nimenomaisten artikloiden nojalla ja toiseksi EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön nojalla.¹²⁹ Kohtuullisuus- ja oikeudenmukaisuusperusteet voivat saada merkitystä erityisesti välillisen syrjinnän tilanteissa, kun taas välitön syrjintä voidaan sallia ainoastaan perustamissopimuksen nimenomaisten säännösten nojalla.¹³⁰

EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella näyttää selvältä, että 39(3)-(4) artiklan poikkeussäännöksiä on tulkittava suppeasti.¹³¹ Kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta tärkeäksi muodostuu *Adoui and Cornuaille v Belgium* -tapaus, jossa EY-tuomioistuin totesi, että yleisen järjestyksen perusteella tehtävä poikkeaminen ei saa johtaa sattumanvaraiseen tai mielivaltaiseen erotteluun jäsenvaltion omien ja toisten jäsenvaltioiden kansalaisten välillä.¹³² Esimerkiksi *Pastors and Trans-Cap GmbH* -tapauksessa EY-tuomioistuin muotoili suhteellisuusperiaatteen seuraavasti: “*That finding, however, is not sufficient under the Court’s case-law for such legislation to be held incompatible with Article 6 of the Treaty [nyk. 12 artikla]. For that, it would also be necessary for the legislation in question to be incapable of being justified by objective circumstances.*”¹³³ EY-tuomioistuin on käsitellyt suhteellisuusperiaatetta syrjintäoikeuden näkökulmasta myös useissa muissa ratkaisuisaan.¹³⁴

kohdat 13, 19 ja 24.

¹²⁸ Ks. tarkemmin esim. *Bell* 2002, s. 35.

¹²⁹ *More* 1999, s. 525–526.

¹³⁰ *Bernard* 1996b, s. 100.

¹³¹ Ks. esim. asia 41/74 *Yvonne van Duyn v Home Office* [1974] ECR 1337, kohta 18; asia 36/75 *Roland Rutili v Ministre de l’Intérieur* [1975] ECR 1219, kohta 23 ja asia 30/77 *Régina v Pierre Bouchereau* [1977] ECR 1999, kohta 35.

¹³² Asiat 115 ja 116/81 *Rezguia Adoui v Belgian State and City of Liège; Dominique Cornuaille v Belgian State* [1982] ECR 1665, kohta 7.

¹³³ Asia C-29/95 *Eckehard Pastors ans Trans-Cap GmbH v Belgian State* [1997] ECR I-285, kohdat 19–20.

¹³⁴ Ks. suhteellisuusperiaatteesta myös: asia 170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 1607, kohta 36; asia C-398/92 *Mund & Fester v Hatrex Internationaal Transport* [1994] ECR I-467, kohdat 16–17; asia C-168/91 *Christos Konstantinidis v Stadt Altensteig* [1993] ECR I-1191, kohdat 15–16; asia C-379/87 *Anita Groener v Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee* [1989] ECR 3967, kohta 19; asia C-237/94 *John O’Flynn v Adjudication Officer* [1996] ECR I-2617, kohdat 18–19.

Toisaalta unionin oikeuden piirissä on jo pitkään kiistelty siitä, olisiko suhteellisuusperiaatteeseen nojautuvat oikeuttamisperusteet mahdollista laajentaa välillisen syrjinnän tilanteiden ohella koskemaan myös välittömän syrjinnän tilanteita. Ellisin mukaan suhteellisuusperiaatteen soveltaminen välittömän syrjinnän tilanteissa olisi sekä loogisesti mahdotonta että epätoivottavaa. Hänen mukaansa se heikentäisi yhdenvertaisuusperiaatteen asemaa ja merkitsisi poikkeusta EY-tuomioistuimen yleisestä linjasta, jonka mukaan yleisiä oikeusperiaatteita koskevia poikkeuksia tulisi tulkita suppeasti.¹³⁵ Davies puolestaan on päätenyt juuri päinvastaiseen lopputulokseen. Hänen mukaansa esimerkiksi kansalaisuuden perusteella tapahtuva formaalinen syrjintä voisi poikkeuksellisesti tulla hyväksyttäväksi materiaalsen yhdenvertaisuuden nimissä. Toisaalta Davies itsekin toteaa, että henkilöiden vapaaseen liikkuvuuteen liittyviä tilanteita, joissa formaalinen syrjintä voisi olla sallittua, ei käytännössä juurikaan ole.¹³⁶ Sukupuolten välistä tasa-arvoa ja samanpalkkaisuutta koskevassa *Birds Eye Walls* -tapauksessa tuomioistuin viittasi komission kantaan, jonka mukaan sekä välitön että välillinen syrjintä ovat kiellettyjä ainoastaan siinä tapauksessa, että niille ei löydy hyväksyttävää oikeuttamisperustetta. Ratkaisussa ei kuitenkaan lopulta otettu kantaa komission väitteeseen, koska EY-tuomioistuimen mukaan kyseisessä tapauksessa ei ollut tapahtunut lainkaan syrjintää.¹³⁷

Suhteellisuusperiaate asettaa siis kansalaisuusperusteisen syrjinnän arvioinnille rajat. Tässä kohden on kuitenkin otettava huomioon, että suhteellisuusperiaatekin on tulkinnanvarainen käsite. Yhtäältä se mahdollistaa hyvin joustavan lähestymistavan. Toisaalta aste-eroihin perustuva arviointi nojaa vahvasti rationaliteetin käsitteeseen.¹³⁸ Henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen yhteydessä EY-tuomioistuin on suhtautunut syrjintään erityisen ankarasti. Sisämarkkinavapauksia koskevien poikkeusten hyväksymisen ensimmäisenä ja tärkeimpänä kriteerinä on yleensä mainittu ehto, jonka mukaan poikkeus ei saa olla luonteeltaan syrjivä.¹³⁹ Toisaalta tietyissä välillistä syrjintää koskevissa tilanteissa EY-tuomioistuin on kuitenkin ollut valmis hyväksymään syrjivänkin toimenpiteen, jos suhteellisuusperiaatteen muut ehdot ovat täyttyneet.¹⁴⁰

¹³⁵ Ks. tarkemmin *Ellis* 2005, s. 91 ja 112–113.

¹³⁶ *Davies* 2003, s. 13–14 ja 27.

¹³⁷ Asia C-132/92 *Birds Eye Walls Ltd. v Friedel M. Roberts* [1993] ECR I-5579, kohta 15.

¹³⁸ *Fredman* 2002, s. 116–119.

¹³⁹ Ks. esim. asia C-19/92 *Dieter Kraus v Land Baden-Württemberg* [1993] ECR I-1663, kohta 32.

¹⁴⁰ Asia 152/73 *Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost* [1974] ECR 153, kohta 13.

Välillisen syrjinnän tilanteissa oikeuttamisperusteiden olemassaolon voidaan katsoa vaikuttavan suoraan syy-yhteyden olemassaoloon. Toisin sanoen, jos aiheutunut haitta katsotaan suhteellisuusperiaatteen valossa perustelluksi, ei kiellettyä syrjintää ole lainkaan tapahtunut, koska välillisen syrjinnän tilanteissa haitan aiheutuminen on syrjinnän välttämätön edellytys. Esimerkiksi Daviesin mukaan olisi sen vuoksi epäloogista puhua ”oikeutetusta syrjinnästä”. Oikeuttamisperusteiden täyttymisen voidaan hänen mukaansa katsoa johtavan siihen, että kyseessä ei enää ole tilanne, jota voitaisiin kuvailla termillä ”syrjivä”.¹⁴¹ Toisaalta esimerkiksi Bernard käyttää välillisen syrjinnän yhteydessä käsitettä ”*lawful discrimination*”, sillä hänen mukaansa suhteellisuusperiaatteen soveltamisessa on kyse asioille annetusta etusijajärjestyksestä, eikä niinkään siitä, että syrjintää aiheuttavan toimenpiteen luonne muuttuisi.¹⁴²

EY-tuomioistuinta on kritisoitu myös siitä, että suhteellisuusperiaatetta tulkitessaan se on antanut liikaa painoarvoa taloudellisille seikoille. Esimerkiksi miesten ja naisten samankaltaisuutta koskevassa *Bilka*-tapauksessa tuomioistuin vahvisti, että suhteellisuusperiaatetta sovellettaessa kiinnitetään huomiota myös ”objektiivisesti perusteltuihin taloudellisiin syihin”.¹⁴³ Leaderin mukaan syrjintäkieltojen antama kuva on pettävä, sillä suhteellisuusperiaatteen soveltaminen osoittaa, ettei yhteisön oikeuden tosiasiallisena päämääränä ole eliminoida kaikkea kielletyn syrjinnän tuntoimerkit täyttävää käyttäytymistä. Mikäli syrjintäkieltojen turvaama suoja pyritään ottamaan edes teoriassa vakavasti, tulisi arviointi hänen mukaansa keskittää ns. vahvan suhteellisuusperiaatteen varaan, jonka yhteydessä arvioitavaksi tulee aina myös päämäärän hyväksyttävyyttä.¹⁴⁴

Collinsin mukaan EY-tuomioistuin turvautuu suhteellisuusperiaatteeseen pyrkiessään löytämään riittävän tasapainon formaalisen ja materiaalisen yhdenvertaisuuden välillä. Suhteellisuusperiaatteesta ei kuitenkaan hänen mukaansa ole tosiasiallisesti ratkaisemaan edellä mainittua jännitettä, sillä mitä tehokkaammin materiaalisen yhdenvertaisuuden tavoitteleva lopputulos onnistutaan saavuttamaan, sitä vaikeampi sitä on perustella suhteellisuusperiaatteen avulla formaalisen yhdenvertaisuuden näkökulmasta.¹⁴⁵ EY-tuomioistuimen oikeuskäytäntöä voidaan luonnollisesti kritisoida suhteellisuusperiaatteen markkinakeskeisestä soveltamisesta syrjintäoikeuden

¹⁴¹ Davies 2003, s. 11–12.

¹⁴² Bernard 1996b, s. 101.

¹⁴³ Asia 170/84 *Bilka-Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 1607, kohdat 32, 35 ja 37.

¹⁴⁴ Leader 1996, s. 115 ja 120.

¹⁴⁵ Collins 2003, s. 18.

alueella. Yhdenvertaisuusperiaatteen aseman vahvistuminen voi kuitenkin tapahtua myös suhteellisuusperiaatteen sisällä. Suhteellisuusperiaate itsessään ei siis ole syrjintäoikeudellinen ongelma, mutta sen soveltaminen on usein sitäkin ongelmallisempaa.

Syrjinnän ja yhdenvertaisuuden käsitteiden määrittely on keskeinen kysymys myös yksilön oikeussuojan näkökulmasta. Esimerkiksi unionin kansalaisten liikkumis- ja oleskeluoikeutta koskevan direktiivin 2004/38/EY 24 artikla sisältää syrjintäoikeuden näkökulmasta mielenkiintoisen säännöksen, jonka mukaan unionin kansalaisia ja heidän perheenjäseniään on *kohdeltava* yhdenvertaisesti jäsenvaltion omien kansalaisten kanssa. Toisin sanoen huomio kiinnitetään formaalisesti yhdenvertaiseen kohteluun sen sijaan, että edellytettäisiin tosiasiallisesti yhdenvertaisten lähtökohtien tai lopputuloksen saavuttamista. EY-tuomioistuimen ratkaisussa syrjintäkieltoa ja yhdenvertaisuusperiaatetta onkin toistuvasti käytetty toistensa synonyymeinä.¹⁴⁶ Tuomioistuin on todennut, että kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö on nimenomainen ilmaus formaalisesta yhdenvertaisuusperiaatteesta, jonka mukaan keskenään vertailukelpoisissa tilanteissa erilainen kohtelu on lähtökohtaisesti kielletty ja vastaavasti keskenään vertailukelvottomissa tilanteissa samanlainen kohtelu on lähtökohtaisesti kielletty.¹⁴⁷

Toisinaan EY-tuomioistuin on ollut valmis turvautumaan yleiseen yhdenvertaisuusperiaatteeseen myös laajentaessaan syrjintäkieltojen tulkintaa. Esimerkiksi *P v S and Cornwall County Council* -tapauksessa EY-tuomioistuin laajensi direktiiviin 76/207 sisältyneen syrjintäkiellon tulkintaa vetoamalla yleiseen yhdenvertaisuusperiaatteeseen ja vapauden ja ihmisarvon käsitteisiin.¹⁴⁸ Toisaalta myöhemmässä *Grant*-tapauksessa EY-tuomioistuin totesi *P v S* -tapauksessa sovelletun tulkinnan olevan rajoitettua ja siirsi lopullisen vastuun unionin lainsäätäjälle.¹⁴⁹ EY-tuomioistuimen valitsemaa lähestymistapaa on kritisoitu erityisesti siitä, että vertailukelpoisuuden käsitteelle on annettu suhteeton painoarvo. Mikäli tilanteita ei pidetä keskenään vertailukelpoisina, ei erilainen kohtelu tule lainkaan oikeudellisen

¹⁴⁶ Tällainen lähestymistapa ei kuitenkaan ole itsestäänselvyys syrjintäoikeuden tutkijoiden piirissä. Useiden kirjoittajien mukaan syrjintäoikeuden päämäärät eivät tyhjenny yhdenvertaisuuden käsitteeseen. Ks. esim. *Collins* 2003, s. 21 ja *Holmes* 2005, s. 175. Toisaalta löytyy myös kirjoittajia, jotka näkevät yhdenvertaisuuden ja syrjinnän suhteen yksiselitteisenä. Ks. esim. *Davies* 2003, s. 10 ja 13 ja *Bayefsky* 1990, s.1 (ensimmäinen alaviite).

¹⁴⁷ Ks. esim. asia C-148/02 *Carlos Carcia Avello v Belgian State* [2003] ECR I-11613, kohta 31.

¹⁴⁸ Asia C-13/94 *P v S and Cornwall County Council* [1996] ECR I-2143, kohdat 18 ja 22.

¹⁴⁹ Asia C-249/96 *Lisa Jaqueline Grant v South-West Trains Ltd.* [1998] ECR I-621, kohdat 35, 36 ja 42.

arvioinnin kohteeksi. Esimerkiksi Prechalin mukaan on kulttuurisidonnaista, mille seikoille vertailukelpoisuuden määrittelyssä annetaan painoarvoa. Hänen mukaansa olisikin perustellumpaa, että vertailukelpoisuuden sijasta arviointi keskittyisi siihen, onko syrjintäkiellon kohderyhmään kuuluva henkilö joutunut erilaisen kohtelun vuoksi epäedulliseen asemaan ja voidaanko kohtelua pitää siitä huolimatta objektiivisesti perusteltuna.¹⁵⁰ EY-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä on kuitenkin mielestäni otettu huomattava askel Prechalin ehdottamaan suuntaan sikäli, että välillisen syrjinnän tilanteissa tuomioistuin on hyväksynyt myös abstraktilla tasolla tapahtuvan ns. hypoteettisen vertailun.¹⁵¹

Kalanke-tapaus heijastaa EY-tuomioistuimen tapaa tulkita yhdenvertaisuusperiaatetta syrjintäkiellon soveltamistilanteissa. Ratkaisun perusteella vaikuttaa siltä, että yhdenvertaisten lähtökohtien takaaminen on hyväksyttävää, mutta yhdenvertaisen lopputuloksen takaaminen menee liian pitkälle.¹⁵² Toisaalta *Marschall*-tapauksessa EY-tuomioistuin lievensi kantaansa jonkin verran, mutta ehdottoman etusijan antaminen yhdenvertaisen lopputuloksen saavuttamiseksi näyttäisi edelleen olevan kiellettyä.¹⁵³ Molemmat edellä mainituista tapauksista koskevat sukupuolten välisen tasa-arvon toteuttamista työelämässä, eikä tapausten nojalla voida tehdä suoria johtopäätöksiä yhdenvertaisuusperiaatteen asemasta kansalaisuusperusteisen syrjinnän tilanteissa. Niiden valossa voidaan kuitenkin arvioida EY-tuomioistuimen yleistä suhtautumista yhdenvertaisuusperiaatteen formaaliseen ja materiaaliseen ulottuvuuteen. Yhdenvertaisten lähtökohtien käsitteelle on ominaista, että ihmisten välisen kanssakäymisen ajatellaan rakentuvan resurssien niukkuudesta johtuvien ristiriitojen varaan. Tällainen markkinakeskeinen käsitys yhdenvertaisuudesta näyttäisi olevan sopusoinnussa myös unionin oikeuden perinteisten, taloudellisten päämäärien kanssa.¹⁵⁴ Todennäköisesti unionin on tästä syystä ollut helpompaa omaksua juuri yhdenvertaisten lähtökohtien käsite osaksi syrjintäoikeudellista tulkintaansa.

Somekin mukaan yhdenvertaisuusperiaatetta ei kuitenkaan voida pitää ilmaisuna siitä, mihin yksilöillä oikeudenmukaisuuden nimissä olisi oikeus. Viimeksi mainittu kysymys kuuluu hänen mukaansa universaalien ja kaikille ilman vertailua kuuluvien ihmisoikeuksien piiriin, kun taas

¹⁵⁰ Prechal 2004, s. 543–544.

¹⁵¹ Ks. esim. asia C-237/94 John O’Flynn v Adjudication Officer [1996] ECR I-2617, kohta 20.

¹⁵² Asia C-450/93 Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen [1995] ECR I-3051, kohta 22.

¹⁵³ Asia C-409/95 Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen [1997] ECR I-6363, kohdat 31–32.

¹⁵⁴ Barnard 1998, s. 373.

yhdenvertaisuusperiaatteen yhteydessä oikeussuoja on vertailun vuoksi aina ehdollista.¹⁵⁵ Somekin mukaan vertailuun perustuvien ja siihen perustumattomien oikeuksien suhdetta voidaan selvittää erottamalla käyttäytymiseen perustuva syrjintä systemaattisen syrjinnän käsitteestä. Näiden kahden syrjintäkäsitteen välinen ristiriita heijastaa hänen mukaansa unionin oikeudessa ilmenevää perustavanlaatuisia konstitutionalistista valintaa, jonka yhteydessä joudutaan ottamaan kantaa jäsenvaltioiden ja unionin keskinäisiin suhteisiin.¹⁵⁶

Käyttäytymiseen perustuvan syrjinnän lähtökohtana on erillisten jäsenvaltioiden olemassaolo, ja ainoastaan selvästi syrjivään käyttäytymiseen pyritään puuttumaan. Systemaattisen syrjinnän yhteydessä puolestaan pyritään puuttumaan myös syrjinnän syihin. Toisin sanoen systemaattisen syrjinnän käsitteen yhteydessä jäsenvaltioiden suvereniteetti ei ole itsestäänselvyys, vaan sisämarkkinoiden esteettömyyden ja markkinoille pääsyn niin vaatiessa se voidaan asettaa kyseenalaiseksi.¹⁵⁷ Vastaavasti Van der Mein mukaan EY-tuomioistuimen alkuperäisessä lähestymistavassa liikkumisvapauden ja kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon soveltamisala riippui siitä, oliko materiaallinen toimivalta siirretty yhteisölle.¹⁵⁸ EY-tuomioistuimen uudemmassa oikeuskäytännössä puolestaan on hänen mukaansa havaittavissa ns. funktionaalinen lähestymistapa, jossa liikkumisvapauden ja kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon soveltamisala määritellään sen perusteella, mikä parhaiten edistää integraation ja sisämarkkinavapauksien täysimääräistä toteutumista.¹⁵⁹ Somekin mukaan EY-tuomioistuin ei kuitenkaan ole ollut valmis tekemään lopullista valintaa käyttäytymiseen perustuvan syrjinnän ja systemaattisen syrjinnän välillä. Sen sijaan välillisen syrjinnän käsitteen avulla tuomioistuin on pyrkinyt tuomaan käyttäytymiseen perustuvaan syrjintään liittyvän kielenkäytön myös systemaattisen syrjinnän alueelle.¹⁶⁰ Tämä kompromissi puolestaan on johtanut Somekin mukaan tilanteeseen, jossa ”eurooppalaisen konstitutionalismin perustavanlaatuinen paradoksi” heittää varjonsa koko unionin

¹⁵⁵ *Somek* 2001, s. 175–176.

¹⁵⁶ *Ibid.*, s. 180.

¹⁵⁷ *Ibid.*, s. 189 ja *Spaventa* 2004, s. 747.

¹⁵⁸ *Van der Mei* 2003, s. 48–49 ja asia 293/83 *Françoise Gravier v City of Liège* [1985] ECR 593, kohdat 19–25 ja asia 39/86 *Sylvie Lair v Universität Hannover* [1988] ECR 3161, kohdat 14 ja 15.

¹⁵⁹ *Van der Mei* 2003, s. 49 ja asia C-85/96 *Maria Martínez Sala v Freistaat Bayern* [1998] ECR I-2691, kohdat 57–61 ja asia C-184/99 *Rudy Grzelczyk v Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve* [2001] ECR I-6193, kohta 32.

¹⁶⁰ *Somek* 2001, s. 182 ja 187.

syrijntäoikeuden ylle: ”*The nation state is to be maintained and not to be maintained at the same time*”.¹⁶¹

Morson ja Jhanjan -tapauksessa EY-tuomioistuin kiteytti osuvasti unionin syrjäntäoikeuden taustalta löytyvän taloudellisen ideologian. Tuomioistuin nimittäin totesi, että perustamissopimuksen 12 ja 39 artikloita voidaan soveltaa ainoastaan yhteisön oikeuden soveltamisalaan kuuluvissa tilanteissa. Tämä puolestaan selviää tuomioistuimen mukaan kyseisten artikloiden sanamuodon ohella niiden syvemmästä tarkoituksesta, joka on yhteismarkkinoiden esteiden poistaminen ja henkilöiden vapaan liikkuvuuden edistäminen jäsenvaltioiden kansalaisten taloudellisen toiminnan tukemiseksi.¹⁶² Toisin sanoen kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon syvempi tarkoitus liittyy tuomioistuimen mukaan sisämarkkinavapauksien edistämiseen eikä niinkään kansalaisuusperusteisen syrjimättömyyden turvaamiseen perus- ja ihmisoikeutena. *Morson ja Jhanjan* -ratkaisu on annettu 1980-luvun alussa, mutta se muodostaa luontevan taustan myös tälle kirjoitukselle. Seuraavissa luvuissa esitettyjen esimerkkien avulla tarkoituksenani on havainnollistaa näitä unionin syrjäntäoikeuden keskeisiä ongelmakohtia ja kysymyksenasetteluja.

3.2.3 Esimerkki I: Käänteinen syrjäntä

Unionin oikeus kieltää sekä välittömän että välillisen syrjinnän, mutta käänteiseen syrjäntään se ei ota kantaa. EY-tuomioistuimen mukaan sen toimivalta ei ulotu jäsenvaltioiden sisäisiin tilanteisiin, jotka eivät sisällä yhteisöoikeudellista elementtiä.¹⁶³ Käänteisen syrjinnän tilanteet jäävät pääsääntöisesti kunkin jäsenvaltion kansallisen syrjäntäoikeuden varaan. Toisin sanoen käänteiseen syrjäntään ollaan valmiita puuttumaan vain tilanteissa, joissa yhteisön oikeuden *effect utile* vaarantuisi.¹⁶⁴

Morson ja Jhanjan -tapauksessa on pidetty klassisena esimerkkinä yhteisön oikeudessa esiintyvistä käänteisistä syrjinnästä. Tapauksessa jäsenvaltion kansalaisten perheenjäsenten oleskeluoikeutta koskenut vaatimus torjuttiin sillä perusteella, että riittävä yhteys yhteisön oikeuteen puuttui, koska

¹⁶¹ Ibid., s. 193.

¹⁶² Asiat 35 ja 36/82 Elestina Esselina Christina Morson v State of the Netherlands; Swe-radjie Jhanjan v State of the Netherlands [1982] ECR 3723, kohta 15.

¹⁶³ Ks. esim. asia 175/78 The Queen v Vera Ann Saunders [1979] ECR 1129, kohta 11 ja asia C-19/92 Dieter Kraus v Land Baden-Württemberg [1993] ECR I-1663, kohta 15.

¹⁶⁴ Käänteisen syrjinnän ongelma koskee ensisijaisesti liikkumisvapauden soveltamistilan-teita. Useimmissa muissa tilanteissa unionin oikeuden säännökset eivät erottele jäsenvaltion sisäisiä tilanteita soveltamisalan ulkopuolelle.

hakijat eivät olleet käyttäneet liikkumisvapauttaan.¹⁶⁵ Liikkumisvapauden merkitys on korostunut myös *Knoors*-tapauksessa, jossa EY-tuomioistuin kielsi käänteisen syrjinnän nimenomaan sillä perusteella, että se olisi haitannut liikkumisvapauden toteutumista.¹⁶⁶ *Uecker*-tapauksen valossa näyttäisi siltä, että perustamissopimuksen 17 artiklaan sisältyvä unionin kansalaisuuden käsite ei muuta käänteisen syrjinnän tilanteiden tulkintaa. EY-tuomioistuin totesi, että unionin kansalaisuuden käsitteen tarkoituksena ei ole laajentaa perustamissopimusten asiallista soveltamisalaa *ratione materiae* koskemaan jäsenvaltioiden sisäisiä tilanteita, joilta puuttuu yhtymäkohta yhteisön oikeuteen.¹⁶⁷

Toisaalta se, että yhteisön oikeus ei sovellu käänteisen syrjinnän tilanteisiin, ei kuitenkaan merkitse, että unionin kansalaiset eivät voisi missään tilanteessa vedota henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteeseen omaa jäsenvaltiotaan vastaan. Edellytyksenä kuitenkin on ns. ”*inter-State*” -elementin läsnäolo.¹⁶⁸ Jäsenvaltioiden sisäisten tilanteiden poissulkemiseen näyttäisi olevan kaksi poikkeusta.¹⁶⁹ Ensinnäkin *Avello*-tapauksessa EY-tuomioistuin on todennut, että kaksoiskansalaisuuden omaavalla henkilöllä on oikeus vedota toiseen kansalaisuuteensa saavuttaakseen yhteisön oikeuden piiriin kuuluvia oikeuksia oleskeluvaltioissaan, vaikka hän ei olisi käyttänyt liikkumisvapauttaan.¹⁷⁰ Toiseksi EY-tuomioistuin on todennut *Surinder Singh* -tapauksessa, että sisämarkkinavapauksien toteutuminen saattaisi estyä, jos liikkumisvapauttaan harjoittanut henkilö joutuisi omaan jäsenvaltioonsa palatessaan huonompaan asemaan, mihin hän olisi yhteisön oikeuden nojalla oikeutettu muissa jäsenvaltioissa.¹⁷¹

Carpenter-tapauksessa EY-tuomioistuin tarkensi tulkintaansa siitä, milloin tilanteen voidaan katsoa estävän sisämarkkinavapauksien harjoittamista. Tuomioistuimen mukaan liikkumisvapauden käyttäminen ei ole välttämätön edellytys, mutta yhtymäkohta yhteisön oikeuteen on

¹⁶⁵ Asiat 35 ja 36/82 Elestina Esselina Christina Morson v State of the Netherlands; Swedrajdje Jhanjan v State of the Netherlands [1982] ECR 3723, kohdat 16 ja 17.

¹⁶⁶ Asia 115/78 J.Knoors v Staatssecretaris van Economische Zaken [1979] ECR 399, kohta 20.

¹⁶⁷ Asiat C-64/96 ja C-65/96 Land Nordrhein-Westfalen v Kari Uecker ja Vera Jacquet v Land Nordrhein-Westfalen [1997] ECR I-3171, kohta 23 ja julkisasiamies Fennellyn mielipide, kohta 25.

¹⁶⁸ Asia C-370/90 The Queen v Immigration Appeal tribunal et Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department [1992] ECR I-4265, kohta 23.

¹⁶⁹ *Rogers – Scannell* 2005, s. 70.

¹⁷⁰ Asia C-148/02 Carlos Carcia Avello v Belgian State [2003] ECR I-11613, kohdat 27–28.

¹⁷¹ Asia C-370/90 The Queen v Immigration Appeal tribunal et Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department [1992] ECR I-4265, kohta 19.

silti löydyttävä.¹⁷² *Zhu and Chen-* ja *Schempp-*tapausten valossa vaikuttaa siltä, että EY-tuomioistuimien on valmis tulkitsemaan perustamissopimuksen soveltamisalaa *ratione materiae* kuulumisen kriteereitä hyvin laajasti. Tuomioistuimien toteaa, että unionin kansalaisuuden käsitteen avulla ei ole tarkoitus laajentaa perustamissopimuksen soveltamisalaa puhtaasti jäsenvaltioiden sisäisiin tilanteisiin. Lähes samaan hengenvetoon tuomioistuimien kuitenkin korostaa molemmissa tapauksissa, että tilannetta ei voida rinnastaa puhtaasti jäsenvaltion sisäiseen tilanteeseen yksinomaan sillä perusteella, että hakija itse ei ole harjoittanut liikkumisvapauttaan.¹⁷³

EY-tuomioistuimen ratkaisulinjaa on kritisoitu käänteisen syrjinnän alueella erityisesti suhteellisuusperiaatteen ja perus- ja ihmisoikeuksien valossa.¹⁷⁴ Nic Shuibhnen mukaan kyse ei niinkään ole siitä, että nykyinen, jäsenvaltion rajat ylittävää liikkumista koskeva kriteeri itsessään olisi haitallinen, vaan pikemminkin siitä, että kriteeri on yksinkertaisesti riittämättömän yksilölle perus- ja ihmisoikeuksien ja unionin kansalaisuuden nojalla myönnettävän oikeussuojan näkökulmasta.¹⁷⁵ Kirjallisuudessa on kuitenkin esitetty eriauvia mielipiteitä siitä, voidaanko käänteinen syrjintä määritellä kansalaisuuden perusteella tapahtuvaksi syrjinnäksi. Vaihtoehtoinen tulkinta keskittyy kansalaisuuden sijasta pelkästään liikkuvuuden käsitteeseen. Esimerkiksi Van der Mein mukaan käänteisen syrjinnän tilanteissa ei tulisi niinkään puhua kansalaisten ja ei-kansalaisten välisestä erottelusta, vaan ”*free movers*”- ja ”*non-movers*”-perusteisesta erottelusta.¹⁷⁶ Myös Rosas on todennut, että liikkumisvapauden rajoittamattomuuden käsite on syrjäyttänyt kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tilanteissa, joissa arvioidaan unionin kansalaisen suhdetta omaan jäsenvaltioon.¹⁷⁷ Davies puolestaan on sitä mieltä, että käänteisen syrjinnän tilanteissa ei itse asiassa lainkaan ole kyse kansalaisuuden perusteella tapahtuvasta syrjinnästä, sillä kaikkien jäsenvaltioiden kansalaiset ovat omissa jäsenvaltioissaan käänteisen syrjinnän uhan alla.¹⁷⁸ Toisin sanoen jälkimmäisen tulkinnan mukaan käänteisen syrjinnän uhrien ei katsota olevan varsinaisen kansalaisuusperusteisen syrjinnän uhreja sen vuoksi, että liikkumisvapauttaan käyttämällä heillä

¹⁷² Asia C-60/00 *Mary Carpenter v Secretary of State for the Home Department* [2002] ECR I-6279, kohdat 28, 39 ja 46.

¹⁷³ *Asiat C-200/02 Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v Secretary of State for the Home Department* [2004] ECR I-9925, kohdat 18-19 ja C-403/03 *Egon Schempp v Finanzamt München V.* [2005] ECR I-6421, kohta 22.

¹⁷⁴ Ks. esim. *Rogers – Scannell* 2005, s. 73–74.

¹⁷⁵ *Nic Shuibhne* 2002, s. 732–733.

¹⁷⁶ *Van der Mei* 2003, s. 82.

¹⁷⁷ *Rosas* 2007, s. 83–84.

¹⁷⁸ *Davies* 2003, s. 129.

olisi mahdollisuus päästä unionin oikeuden suojan piiriin myös suhteessa omaan jäsenvaltioonsa.¹⁷⁹

Bernardin mukaan on ymmärrettävää, että yhteisön alkuaikoina liikkumisvapauteen ajateltiin aina liittyvän jäsenvaltioiden rajat ylittävä elementti. Hänen mukaansa tilanne on kuitenkin monimutkaistunut integraation etenemisen myötä ja nykyisin yksilön liikkumisvapauteen saattaa kohdistua huomattaviakin rajoituksia myös hänen oman jäsenvaltionsa taholta.¹⁸⁰ Bellin mukaan se, että unionin oikeus ei estä kansalaisuusperusteista syrjintää jäsenvaltion omia kansalaisia kohtaan, osoittaa kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon riippuvuuden taloudellisista sisämarkkinavapauksista. Samalla voidaan hänen mukaansa päätellä, että perustamissopimuksen 12 artiklan taustalta löytyy ensisijaisesti ajatus henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen edistämisestä, eikä niinkään kansalaisuusperusteisen syrjimättömyyden turvaaminen perus- ja ihmisoikeutena.¹⁸¹ Vastaavasti Kadelbach on todennut, että käänteisen syrjinnän kieltäminen ainoastaan rajat ylittävän elementin sisältävissä tilanteissa on omiaan osoittamaan, että liikkumisvapauden oikeudellinen luonne on edelleen yksinomaan ”funktionaalinen” ja markkinakeskeinen.¹⁸²

Useimmat kirjoittajat pitävätkin käänteisen syrjinnän tilanteita syrjintäoikeudellisena ongelmana. Päinvastaisiakin kannanottoja on kuitenkin tuotu kirjallisuudessa esiin. Esimerkiksi Daviesin mukaan käänteisen syrjinnän mahdollisuus on ”johdonmukainen ja väistämätön” seuraus sisämarkkinavapauksien soveltamisesta ja unionin rajoitetusta toimivaldasta.¹⁸³ Käänteistä syrjintää vastustavat kirjoittajat näyttäisivät kuitenkin ajattelevan, että unionin tosiasiallinen toimivalta on jo niin laaja, että olisi perusteetonta jättää käänteisen syrjinnän uhreiksi joutuvat yksilöt vaille oikeussuojaa pelkästään toimivaltakysymykseen vetoamalla. Kirjallisuudessa vaihtoehdokseksi arviointikriteeriksi on tarjottu esimerkiksi *Nottebohm*-tapaukseen perustuvaa tosiasiallisen yhteyden vaatimusta, jonka täytyessä käänteinen syrjintä tulisi kielletyksi siitä riippumatta, liittyykö tapaukseen jäsenvaltioiden rajat ylittävää elementtiä.¹⁸⁴

¹⁷⁹ *Nic Shuibhne* 2002, s. 736–737 ja asia 115/78 J.Knoors v Staatssecretaris van Economische Zaken [1979] ECR 399, kohta 24.

¹⁸⁰ *Bernard* 1996b, s. 88.

¹⁸¹ *Bell* 2002, s. 37.

¹⁸² *Kadelbach* 2006, s. 464–465.

¹⁸³ *Davies* 2003, s. 117–118 ja 126–127.

¹⁸⁴ Haagin kansainvälinen tuomioistuin on *Nottebohm*-tapauksessa päättänyt seuraavanlaisen määrittelyyn: ”nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interest and sentiments, together with the existence of

3.2.4 Esimerkki II: Taloudellisesti ei-aktiiviset ja ei-omavaraiset unionin kansalaiset

Henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen henkilöllisessä soveltamisalassa on unionin kansalaisuuden käsitteen myötä tapahtunut huomattavaa yhdentymistä. Henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaate yhdistettiin unionin oikeudessa pitkään ainoastaan taloudellisesti aktiivisiin toimijoihin. Samalla myös kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tarjoaman suojan piiriin pääsivät ainoastaan ne jäsenvaltioiden kansalaiset, jotka toteuttivat aktiivisesti integraation taloudellisia päämääriä.

Tällöin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon soveltamistilanteissa ratkaisevaksi muodostui työntekijän käsitteen määrittäminen. *Levin*-tapauksessa EY-tuomioistuin totesi, että perustamissopimuksen 39 artiklan yhteydessä työntekijän käsitettä ei tule tulkita suppeasti, koska sen tarkoituksena on sisämarkkinavapauksien turvaaminen.¹⁸⁵ On kuitenkin selvää, että laajankin tulkinnan puitteissa työntekijän käsitteen ja henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen ulkopuolelle jäi useita merkittäviä ihmisryhmiä. Taloudellisesti ei-aktiivisten henkilöiden asema kuitenkin muuttui huomattavasti unionin kansalaisuuden käsitteen myötä. Perustamissopimuksen 18 artiklassa liikkumisvapaus ja oleskeluoikeus laajennettiin koskemaan kaikkia unionin kansalaisia. 1990-luvun alusta alkaen opiskelijoilla, eläkeläisillä ja työttömillä työnhakijoilla on ollut mahdollisuus hyödyntää liikkumisvapautta tietyissä tilanteissa.¹⁸⁶

Toisaalta taloudellisesti ei-aktiivisten unionin kansalaisten asemaa koskevat rajoitukset eivät kuitenkaan ole kokonaan poistuneet. Tarkemmat säännökset 18 artiklan soveltamisesta sisältyvät nykyisin direktiiviin 2004/38/EC, jonka 7(1)(b) artiklan mukaan liikkumisvapauden ja oleskeluoikeuden ehtona on, että unionin kansalainen on taloudellisesti riittävän omavarainen, jotta hän ei rasita kohdevaltion sosiaaliturvajärjestelmää. *Grzelczyk*-tapauksessa EY-tuomioistuin tosin totesi, että liikkumis- tai oleskeluoikeuteen perustuvia oikeuksia ei voida evätä, jos kohdevaltiolle aiheutuva taakka ei ole kohtuuton ja jos on kyse ainoastaan tilapäisistä taloudellisista vaikeuksista. Lisäksi jäsenvaltioilta voidaan tuomioistuimen mukaan edellyttää tietyssä määrin keskinäistä solidaarisuutta.¹⁸⁷

reciprocal rights and duties”. Tapaus *Nottebohm* (Liechtenstein v Guatemala) [1955] ICJ, s. 23. Ks. myös *O’Leary* 1996, s. 276.

¹⁸⁵ Asia 53/81 D.M. Levin v Staatssecretaris van Justitie [1982] ECR 1035, kohta 11 ja 13.

¹⁸⁶ Ks. esim. direktiivillä 2004/38/EC kumotut direktiivit 90/364/EEC, 90/365/EEC ja 93/96/EEC.

¹⁸⁷ Asia C-184/99 Rudy Grzelczyk v Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve [2001] ECR I-6193, kohdat 43–44. *Grzelczyk*-tapauksessa EY-tuomioistuin tosin

Martínez Sala- ja *Grzelczyk*-tapausten valossa vaikuttaa selvältä, että toisen jäsenvaltion alueella laillisesti oleskelevat, taloudellisesti ei-aktiiviset unionin kansalaiset voivat vedota perustamissopimuksen 12 artiklan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoon kaikissa unionin oikeuden soveltamisalaan *ratione materiae* kuuluvissa tilanteissa mukaan lukien tilanteet, joissa he ovat harjoittaneet liikkumisvapauttaan tai oleskeluoikeuttaan yksinomaan perustamissopimuksen 18 artiklan nojalla.¹⁸⁸ Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta ongelmalliseksi kuitenkin muodostuu kysymys perustamissopimuksen 18 artiklan liikkumis- ja oleskeluvapauden rajoituksista erityisesti direktiivin 2004/38/EC nojalla.

Edelleen on jossain määrin epäselvää, liittyykö perustamissopimuksen 18 artiklaan välitön oikeusvaikutus käsitteen perinteisessä merkityksessä. EY-tuomioistuin vältti pitkään ottamasta kantaa tähän kysymykseen.¹⁸⁹ *Bambaust-* ja *Zhu and Chen* -tapauksissa EY-tuomioistuin on vihdoin todennut, että unionin kansalaisilla on liikkumisvapaus ja oleskeluoikeus suoraan perustamissopimuksen 18 artiklan nojalla. Tuomioistuin kuitenkin muistutti nimenomaisesti, että liikkumisvapaus ja oleskeluoikeus ovat 18 artiklan mukaan riippuvaisia ”*sopimuksessa määrättyistä ja sen soveltamisesta annetuissa säännöksissä säädettyistä rajoituksista ja ehdoista*”. Näiden rajoitusten ja ehtojen piiriin kuuluu tuomioistuimen mukaan myös direktiivissä 90/364 [nyk. vastaava säännös löytyy direktiivistä 2004/38/EC] mainittu vaatimus riittävästä taloudellisista resursseista ja sairausvakuutuksesta. Toisaalta tuomioistuin jatkoi toteamalla, että mainittuja rajoituksia ja ehtoja sovellettaessa on otettava huomioon yhteisön oikeuden suhteellisuusperiaate ja että EY-tuomioistuimella on oikeus arvioida niiden soveltamista.¹⁹⁰

Suhteellisuusperiaatetta koskeva nimenomainen maininta saattaa osoittaa tärkeäksi taloudellisesti ei-aktiivisten ja ei-omavaraisten henkilöiden näkökulmasta. *Trojani*-tapauksessa EY-tuomioistuin kuitenkin jälleen muistutti, että perustamissopimuksen 18 artiklan liikkumisvapaus ja oleskeluoikeus eivät ole rajoittamattomia tai ehdottomia.¹⁹¹ *Bidar*-tapauk-

viittaa direktiiviä 2004/38/EC edeltäneeseen direktiiviin 93/96/EC, mutta ratkaisu soveltuu myös direktiivin 2004/38/EC aikana.

¹⁸⁸ *Asiat C-85/96 Maria Martínez Sala v Freistaat Bayern* [1998] ECR I-2691, kohta 63 ja *C-184/99 Rudy Grzelczyk v Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve* [2001] ECR I-6193, kohta 32.

¹⁸⁹ Ks. esim. asia *C-378/97 Criminal proceedings against Florus Ariël Wijnsenbeek* [1999] ECR I-6207, kohta 43.

¹⁹⁰ *Asiat C-413/99 Baumbast and R v Secretary of State for the Home Department* [2002] ECR I-7091, kohdat 84–86, 91 ja *C-200/02 Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v Secretary of State for the Home Department* [2004] ECR I-9925, kohdat 26–27 ja 32.

¹⁹¹ *Asia C-456/02 Michel Trojani v Centre public d’aide sociale de Bruxelles (CPAS)* [2004] ECR I-7573, kohdat 31–32.

sessä EY-tuomioistuin vahvisti, että jäsenvaltiolla on oikeus edellyttää, että etuuden piiriin kuuluva henkilö pystyy osoittamaan integroituneensa kyseiseen yhteiskuntaan.¹⁹² Toisaalta *Grzelczyk*- ja *Trojani*-tapauksissa tuomioistuin on korostanut, että oleskeluoikeuden menettäminen ei saa olla ”automaattinen” seuraus ei-omavaraisuudesta ja toimeentulotukeen turvautumisesta.¹⁹³ Tuoreessa *Belgium v Commission* -tapauksessa tuomioistuin lisäksi muistutti, että liikkumisvapautta on tulkittava laajasti taloudellisten resurssien riittävyttä arvioitaessa.¹⁹⁴ Vastaavasti *Orfanopoulos and Oliveri* -tapauksissa tuomioistuin totesi, että liikkumisvapauden rajoituksia on tulkittava erityisen ankarasti sen vuoksi, että kyseessä on unionin kansalaisuuteen perustuva oikeus.¹⁹⁵ Kysymys perustamissopimuksen 18 artiklan välittömästä oikeusvaikutuksesta on siis edelleen tulkinnanvarainen. Toiset kirjoittajat korostavat liikkumisvapauden ja oleskeluoikeuden ehdollista luonnetta, kun taas toiset kirjoittajat korostavat, että EY-tuomioistuimen ratkaisulinja puhuu selvästi välittömän oikeusvaikutuksen puolesta.¹⁹⁶

Kysymyksellä perustamissopimuksen 18 artiklan itsenäisestä asemasta on erityisen suuri merkitys niiden taloudellisesti ei-aktiivisten ja taloudellisesti ei-omavaraisten henkilöiden näkökulmasta, jotka eivät asemansa vuoksi kuulu direktiivin 2004/38/EC soveltamisalan piiriin.¹⁹⁷ *D’Hoop*-tapauksessa EY-tuomioistuin on todennut, että perustamissopimuksen 18 artiklan nojalla tapahtunut liikkumis- ja oleskeluoikeuden käyttäminen kuuluu kiistatta yhteisön oikeuden soveltamisalaan.¹⁹⁸ EY-tuomioistuimen *D’Hoop*-ratkaisussa omaksuma linja näyttäisi lisäävän näiden henkilöiden mahdollisuuksia päästä yhteisön oikeuden materiaalisen soveltamisalan piiriin ja sitä kautta myös perustamissopimuksen 12 artiklan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon piiriin. Tällaisissakin tilanteissa perustamissopimuksen 18 artiklan vaatimus primaari- ja sekundaarinormistoihin sisältyvien ”ehtoju

¹⁹² Asia C-209/03 *The Queen (on the application of Dany Bidar) v London Borough of Ealing and Secretary of State for Education and Skills* [2005] ECR I-2119, kohta 57.

¹⁹³ Asia C-184/99 *Rudy Grzelczyk v Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve* [2001] ECR I-6193, kohdat 42-43 ja asia C-456/02 *Michel Trojani v Centre public d’aide sociale de Bruxelles (CPAS)* [2004] ECR I-7573, kohta 45.

¹⁹⁴ Asia C-408/03 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [2006] ECR I-2647, kohta 40.

¹⁹⁵ Asia C-482/01 ja C-493/01 *Georgios Orfanopoulos and others and Raffaele Oliveri v Land Baden-Württemberg* [2004] ECR I-5257, kohta 65.

¹⁹⁶ Ks. jälkimmäisestä kannasta esim. *Kadelbach* 2006, s. 466 ja *Rogers – Scannell* 2005, s. 57.

¹⁹⁷ *Rogers – Scannell* 2005, s. 63.

¹⁹⁸ Asia C-224/98 *Marie-Nathalie D’Hoop v Office national de l’emploi* [2002] ECR I-6191, kohta 29.

rajoitusten” huomioon ottamisesta kuitenkin rajoittaa näiden henkilöiden mahdollisuuksia.

Esimerkiksi Carrera on kritisoinut henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen yhteydessä 2000-luvulla toteutettuja uudistuksia siitä, että periaate on edelleen vahvasti sidoksissa taloudellisten resurssien vaatimukseen.¹⁹⁹ Myös O’Learyn mukaan tilannetta voidaan pitää syrjivänä, eikä taloudellisten resurssien perusteella tapahtuva erottelu istu hänen mukaansa unionin kansalaisuuden käsitteen logiikkaan kovin uskottavalla tavalla.²⁰⁰ Valitettavasti direktiivin 2004/38/EC 7(1)(b) artiklassa on säilytetty tämä erottelu. Ratkaisu vaikuttaa erityisen ristiriitaiselta, kun otetaan huomioon, että Euroopan komissio on jo vuonna 1993 antamassaan tiedoksiannossa korostanut, että unionin kansalaisuuteen liittyvät liikkumis- ja oleskeluoikeudet ovat luonteeltaan konstitutionaalisia ja että unionin kansalaisten oikeudet perustuvat nimenomaan perustamissopimuksen 12 artiklan [ex 6 artikla] kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoon.²⁰¹ Whiten mukaan taloudellisesti ei-aktiivisten ja ei-omavaraisten unionin kansalaisten asemaa voidaan edelleen kuvailla seuraavasti: ”*more as privileged aliens than as persons sharing the rights of citizens of the host Member State by virtue of shared citizenship of the Union*”.²⁰²

3.2.5 Esimerkki III: Kolmansien maiden kansalaisten asema

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon unionin piirissä saama ”*sui generis*” -luonne korostuu entisestään, kun tarkastellaan unionin alueella laillisesti oleskelevien kolmansien maiden kansalaisten asemaa. Perustamissopimuksen 12 artiklan sanamuodon mukaan kaikki syrjintä kansalaisuuden perusteella on kielletty. Artikla ei siis nimenomaisesti rajoitu jäsenvaltioiden kansalaisiin, mutta käytännössä sitä tulkitaan perustamissopimuksen 39 artiklan valossa siten, että kolmansien maiden kansalaiset eivät pääsääntöisesti kuulu syrjintäkiellon piiriin. Tosin kirjallisuudessa on esitetty argumentteja myös sen puolesta, että 39 artiklankin olisi alun perin tarkoitettu soveltuvan kaikkiin yhteisön alueella oleviin työntekijöihin riippumatta siitä, olivatko he jäsenvaltioiden kansalaisia.²⁰³

¹⁹⁹ Carrera 2005, s. 716 ja 721.

²⁰⁰ O’Leary 1996, s. 121-122 ja 138.

²⁰¹ Report from the Commission on the Citizenship of the Union, COM(93) 702 final, s. 2 ja 3.

²⁰² White 2005, s. 890.

²⁰³ Ks. esim. Hoogenboom 1993, s. 504.

Esimerkiksi Van der Mein mukaan perustamissopimuksen 39 artiklasta puuttuva maininta ei kuitenkaan anna aiheutta olettaa, että kolmansien maiden kansalaiset olisi ollut tarkoitus sisällyttää artiklan soveltamisalaan. Päinvastoin kansalaisuutta koskevan maininnan puuttuminen merkitsee hänen mukaansa sitä, että jäsenvaltiot eivät halunneet ulottaa liikkumisvapautta koskemaan edes kaikkia omia kansalaisiaan etenkin merentakaisilla alueilla.²⁰⁴ Asetuksen 1612/68 7(1) artiklassa syrjäntäkielto on nimenomaisesti rajattu koskemaan ainoastaan jäsenvaltioiden kansalaisia. Bellin mukaan tämä kaikki tukee käänteisen syrjinnän kohdalla esitettyä väitettä siitä, että ulkomaalaisia koskevien, perusteettomien ennakkoluulojen vähentämisen sijasta kansalaisuusperusteisen syrjinnän kielto on unionin piirissä vain väline taloudellisten sisämarkkinavapauksien sujuvuuden varmistamiseksi.²⁰⁵

Rotuun ja etniseen alkuperään perustuvan syrjinnän kieltämistä koskevan direktiivin 2000/43/EC 3(1) artiklan mukaan ”- *this Directive shall apply to all persons* - -”. Direktiivin tarjoaman suojan universaalisuus paljastuu kuitenkin hyvin näennäiseksi, kun edetään 3(2) artiklaan, jonka mukaan direktiivi ei koske lainkaan kansalaisuusperusteisen syrjinnän tilanteita eikä kolmansien maiden kansalaisten oikeudelliseen asemaan liittyviä tilanteita. Vastaava säännös sisältyy myös tasa-arvoista kohtelua työelämässä koskevan puitedirektiivin 2000/78/EC 3 artiklaan.²⁰⁶ Tarkoituksena on ilmeisesti ollut estää kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoon liitettyjen rajoitusten kiertäminen rotusyrjintään vetoamalla. Samalla on kuitenkin vaarana, että rotusyrjintää pyritään peittelemään vetoamalla kansalaisuuteen. Artiklaa on kritisoitu siitä, että käytännössä se kieltää rotuun tai etniseen alkuperään perustuvan syrjinnän ainoastaan unionin kansalaisten välillä, kun taas unionin ja kolmansien maiden kansalaisten välisiin syrjintätilanteisiin ei puututa lainkaan. Useiden kirjoittajien mukaan tästä aiheutuu vakava ristiriita ihmisoikeussuojan kanssa.²⁰⁷ Esimerkiksi Hepplen mukaan kansalaisuuden nimenomainen sulkeminen direktiivin ulkopuolelle osoittaa havainnollisesti sen, miten riittämättömästi unionin oikeus tarjoaa suojaa kansalaisuusperusteisen syrjinnän alueella.²⁰⁸

1990-luvun alussa oli yleistä ajatella toiveikkaasti, että sisämarkkinoiden lopullinen toteutuminen johtaisi väistämättä myös kolmansien

²⁰⁴ Van der Mei 2003, s. 24.

²⁰⁵ Bell 2002, s. 38.

²⁰⁶ Council Directive 2000/43/EC (29 June 2000) artikla 3(1)-(2) ja Council Directive 2000/78/EC (27 November 2000) artikla 3(1)-(2).

²⁰⁷ Ks. esim. Ellis 2005, s. 289.

²⁰⁸ Hepple 2004, s. 7.

maiden kansalaisten aseman parantumiseen. Tosiasiassa tämä on kuitenkin osoittautunut toiveajatteluksi. Lisäksi on otettava huomioon, että sisämarkkinoihin siirtyminen ei olisi parhaimmillaankaan poistanut unionin kansalaisten ja kolmansien maiden kansalaisten välillä tapahtuvaa erottelua unionin ulkorajoilla. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ongelmat on siis tiedostettu pitkään, mutta esitetyt ratkaisut eivät toistaiseksi ole osoittautuneet kovinkaan toimiviksi. Hepple on tarkastellut unionin oikeuden ihmisoikeuslottuvuutta suhteessa kolmansien maiden kansalaisiin artikkelissaan ”*Race and Law in Fortress Europe*”. Hänen mukaansa ihmisoikeuksien edellyttämän moniarvoisuuden toteutumista vaikeuttaa se, että ihmisoikeuksien universaalisuuden periaatteelle ei anneta unionin oikeudessa riittävää painoarvoa.²⁰⁹ Weilerin mukaan kolmansien maiden kansalaisten kohtelu ei ole pelkästään unionin ulkosuhteisiin liittyvä kysymys, vaan se heijastaa olennaisella tavalla myös unionin poliittista identiteettiä ja integraatioprosessin luonnetta.²¹⁰ Hänen mukaansa kolmansien maiden kansalaisten kohteluun liittyy unionin sisäistä yhteenkuuluvuuden tunnetta koskeva paradoksi, joka vie uskottavuutta unionin perustavanlaatuisen arvopohjaan kuuluvalta yhteisöllisyyden idealta.²¹¹

Unionin piirissä yhteisöllisyyteen on luonnollisesti vedottu alusta alkaen, mutta Weilerin kuvaama paradoksi tukee mielestäni ajatusta siitä, että yhteisöllisyyden käsitettä on käytetty pitkään ainoastaan retorisena apukeinona. Itse näkisin asian niin, että etsittäessä ratkaisua Weilerin kuvaamaan paradoksiin katsetta ei tulisi kääntää alkuperäisiin, yhteisöllisiin arvoihin. Jäsenvaltioiden välinen yhdentymiskehitys ei ole tapahtunut niinkään yhteisöllisyyden arvon varassa, vaan pikemminkin siitä koituvan taloudellisen hyödyn perusteella. Vastaavaa taloudellista hyötyä ei ole saavutettavissa suhteessa kolmansien maiden kansalaisiin, ja tästä syystä erottelusta luopuminen on osoittautunut vaikeaksi. Perus- ja ihmisoikeuksien aseman korostumisen myötä koko unionin itseymmärrys on kuitenkin läpikäynyt voimakkaan muutosprosessin. Kolmansien maiden kansalaisten kohtelua koskevan kysymyksen tulevaisuus riippuukin nähdäkseni ensisijaisesti siitä, näkeekö unioni itsensä tulevaisuudessa alueellisena, eurooppalaisena toimijana vai laajempaa ihmisoikeudellista vastuuta kantavana kansainvälisenä toimijana.

Kolmansien maiden kansalaisten aseman parantamista on perus- ja ihmisoikeusnäkökulman ohella perusteltu myös taloudellisilla näkökulmilla. Esimerkiksi Hoogenboomin mukaan kolmansien maiden kansalaiset tarjoa-

²⁰⁹ Ibid., s. 3–4 ja 7.

²¹⁰ Weiler 1993, s. 248.

²¹¹ Ibid., s. 251.

vat unionille huomattavia taloudellisia mahdollisuuksia. Lisäksi kolmansien maiden kansalaisia koskevat rajoitukset saattavat hänen mukaansa johtaa kilpailun vääristymiseen myös sisämarkkinoilla.²¹² Nähdäkseni kolmansien maiden kansalaisten kohtelun parantamiselle ei kuitenkaan löydy riittävän vahvoja taloudellisia perusteita. Jos nimittäin sellaiset perustelut olisivat löydettävissä, olisi kolmansien maiden kansalaisten asema varmasti huomattavasti parempi tälläkin hetkellä. Olen jo edellä Weilerin näkemykseen viitatessani esittänyt oman kantani, jonka mukaan kolmansien maiden kansalaisten asema vaatii unionilta uudenlaista, vakavampaa suhtautumista rooliinsa kansainvälisoikeudellisena toimijana. Toisaalta myös Hoogenboom korostaa, että integraatioprosessissa on taloudellisten näkökulmien ohella kysymys myös yhdenvertaisuudesta ja sosiaalisesta oikeudenmukaisuudesta.²¹³ Itse näkisin asian niin, että kolmansien maiden kansalaisten aseman parantamista tai muitakaan muutoksia unionin syrjäntäoikeuden *sui generis*-luonteessa ei voida toteuttaa vetoamalla integraation taustalta löytyviin sosiaalisiin arvoihin. Tarkoitukseni ei ole kieltää tällaisten sosiaalisten arvojen olemassaoloa, mutta ne ovat tähän asti olleet liian heikkoja tarjotakseen uskottavan vaihtoehdon integraation taloudelliselle ulottuvuudelle. Mielestäni tällaista vaihtoehtoa tulisikin sen sijaan etsiä unionin roolista perus- ja ihmisoikeustoimijana. Tämä rooli voi luonnollisesti edistää myös alkuperäisten sosiaalisten tavoitteiden täysipainoisempaa toteutumista.

Unionin tasolla käytävässä maahanmuuttoa ja siirtolaisuutta koskevassa keskustelussa on myös havaittavissa muutos, jota on kirjallisuudessa kuvailtu: ”*a shift from restricting economic migration to managing it*”. Toisin sanoen unionin tavoitteena näyttäisi olevan aikaisempaa valikointivampi lähestymistapa suhteessa kolmansien maiden kansalaisiin.²¹⁴ Pitkään kolmansien maiden kansalaiset ovat kuuluneet henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen suojan piiriin ainoastaan nimenomaisen sopimuksen perusteella, sukulaisuussuhteen perusteella tai unionin piiriin kuuluvan palveluiden tarjoajan työntekijän asemassa. Perinteisesti kolmansien maiden kansalaisten asemaa on voitu kuvailla toteamalla, että henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaate on koskenut kolmansien maiden kansalaisia ainoastaan niissä tilanteissa, joissa se on samalla edistänyt myös unionin kansalaisten liikkumisvapauden toteutumista.²¹⁵ Kolmansien maiden kansalaisten asema on kuitenkin jossain määrin muuttunut pitkään oleskelleiden

²¹² Hoogenboom 1993, s. 500–501.

²¹³ Ibid., s. 502–503.

²¹⁴ Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins 2006, s. 607 ja COM (2004)811 Green Paper: On an EU Approach to Managing Economic Migration, s. 3.

²¹⁵ Van der Mei 2003, s. 55.

kolmansien maiden kansalaisten asemaa koskevan direktiivin 2003/109/EC voimaantulon jälkeen.

Kirjallisuudessa on kuitenkin kritisoitu direktiiviin 2003/109/EC ehdollista luonnetta, joka oikeuttaa jäsenvaltiot poikkeamaan direktiivin päämääristä useissa eri tilanteissa. Esimerkiksi Peersin mukaan direktiivin todellinen painoarvo tuleekin riippumaan siitä, tulkitseeko EY-tuomioistuin direktiiviä sen alkuperäisten päämäärien valossa.²¹⁶ Direktiivin johdannossa viitataan nimenomaisesti Tampereen erityiskokouksessa vuonna 1999 asetettuun tavoitteeseen, jonka mukaan ”kolmansien maiden kansalaisten oikeusasema olisi lähennettävä vastaamaan jäsenvaltioiden kansalaisten oikeusasemaa ja että henkilölle, joka on laillisesti oleskellut jäsenvaltiossa tietyin, myöhemmin määriteltävän ajan ja jolla on pitkäaikainen oleskelulupa, olisi annettava kyseisessä jäsenvaltiossa yhdenmukaiset, mahdollisimman lähellä Euroopan unionin kansalaisten nauttimia oikeuksia olevat oikeudet”.²¹⁷ Direktiivin asiallista ja henkilöllistä soveltamisalaa koskevat rajoitukset, pitkään oleskelleen henkilön statuksen saavuttamiseen liittyvät ehdot sekä jäsenvaltioiden välillä tapahtuvaa liikkumista koskevat ehdot asettavat Peersin mukaan huomattavia esteitä direktiivin johdannossa mainitun yhdenvertaisuustavoitteen saavuttamiselle.²¹⁸ Lisäksi direktiiviä on kritisoitu siitä, että sen piiriin kuuluvien henkilöiden todellinen jäsenyys yhteiskunnassa jää monessa suhteessa vajaaksi.²¹⁹

Direktiivin ja sen puutteiden yksityiskohtaisempi analyysi ei ole tässä kohden tarkoituksenmukaista. Edellä esitetyn valossa voidaan kuitenkin havaita, että pitkään oleskelleiden henkilöiden aseman vakiinnuttamista koskeva direktiivi 2003/109/EC ei ole onnistunut ratkaisemaan unionin alueella laillisesti oleskelevien kolmansien maiden kansalaisten asemaa tavalla, jota voitaisiin pitää perus- ja ihmisoikeuksien valossa hyväksyttävänä. Kolmansien maiden kansalaisten asema muodostaa siis edelleen keskeisen ongelmakentän myös kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta.

²¹⁶ Peers 2004b, s. 437 ja 442.

²¹⁷ Direktiivi 2003/109/EC, johdannon kohta 2.

²¹⁸ Direktiivin 3(2) artiklassa useita henkilöryhmiä on kokonaan rajattu direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle. Direktiivin 5 artiklassa on asetettu hakijan taloudellista asemaa koskevia ehtoja. Direktiivin 11(4) artiklassa puolestaan yhdenvertaisen kohtelun vaatimus on sosiaaliavun ja sosiaaliturvan alueella rajattu koskemaan ainoastaan ”perusetuuksia”. Ks. tarkemmin Peers 2004b, s. 441, 443 ja 451.

²¹⁹ Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins 2006, s. 626.

4 KANSALAIUUSSPERUSTEISEN SYRJINNÄN KIELLON KEHITYS EU-OIKEUDESSA

4.1 Yleistä

Tässä pääluvussa tarkastellaan yksityiskohtaisemmin edellisessä pääluvussa esiin tulleita unionin syrjäntäoikeuden ongelmia. Ensimmäisessä osassa pyritään osoittamaan, miten mainitut ongelmat ovat käytännössä ilmenneet henkilöiden vapaan liikkuvuuden kontekstissa. Jälkimmäisessä osassa puolestaan tarkastellaan sitä, millaisia ratkaisuja syrjäntäoikeuden ongelmiin on tarjottu unionin oikeuden tasolla. Pitkään kansalaisuusperusteisen syrjäntän kieltoon suhtauduttiin taloudellista integraatiota vauhdittavana ”itsestään-selvyytenä”. Jälkimmäisessä osiossa keskiöön kuitenkin nousevat perus- ja ihmisoikeuksien tiedostaminen ja unionin kansalaisuuden käsitteen aseman vahvistuminen. Kirjoituksen näkökulmasta keskeiseksi muodostuu kysymys unionin kansalaisuuden käsitteen suhteesta perus- ja ihmisoikeuksiin kansalaisuusperusteisen syrjäntän alueella. Unionin perus- ja ihmisoikeuslottuvuuden tarkastelu tapahtuu siis kansalaisuusperusteisen syrjäntän näkökulmasta, mutta samalla toivon, että tekemilläni johtopäätöksillä olisi jotakin annettavaa myös laajemmalle perus- ja ihmisoikeuskeskustelulle.

4.2 Kansalaisuusperusteinen syrjäntä sisämarkkinoiden näkökulmasta: henkilöiden vapaa liikkuvuus tarkastelun kohteena

4.2.1 Yleistä henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteesta

Henkilöiden vapaa liikkuvuus on tärkeä oikeudellinen periaate myös unionin oikeuden ulkopuolella. Oikeus vapaaseen liikkuvuuteen on mainittu mm. YK:n ihmisoikeusjulistuksen 13 artiklassa, KP-sopimuksen 12 artiklassa ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen neljännen lisäpöytäkirjan 2 artiklassa. Henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatetta tarkasteltaessa on tärkeää erottaa sen kaksi ulottuvuutta, nimittäin liikkumisvapaus valtioiden sisällä ja liikkumisvapaus valtioiden välillä.²²⁰ Yleisen kansainvälisen oikeuden piirissä henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatetta koskevat säännökset on yleensä rajoitettu koskemaan ainoastaan valtion rajojen sisällä tapahtuvaa liikkumista.²²¹

²²⁰ Beyani 2000, s. 2.

²²¹ Ks. esim. Hondius 1993, s. 154–155.

Molemmat ulottuvuudet on kuitenkin otettava huomioon tarkasteltaessa henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatetta unionin oikeudessa. Perinteisesti henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen on ymmärretty koskevan jäsenvaltioiden välillä tapahtuvaa liikkumista. Nykyisen tulkinnan valossa kansainvälisten ihmisoikeussopimusten liikkumisvapautta koskevat säännökset eivät siis sellaisenaan sovellu liikkumisvapauden harjoittamiseen unionin oikeuden piirissä. Vallitseva tulkinta on kuitenkin nähdäkseni mahdollista kyseenalaistaa, mikäli integraatiokehitys jatkuu ja henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaate saa yhä enemmän piirteitä, jotka on perinteisesti totuttu liittämään ainoastaan valtioiden sisäiseen liikkumisvapauteen.

Valtioiden rajat ylittävän liikkumisen on perinteisesti katsottu kuuluvan valtioiden ehdottoman suvereniteetin piiriin. Samanaikaisesti kansainvälinen oikeus kuitenkin asettaa rajat, joiden puitteissa valtiot voivat harjoittaa suvereniteettiaan.²²² Esimerkiksi kuuluisassa *National Decrees* -tapauksessa kansainvälinen tuomioistuin totesi nimenomaisesti, että se, kuuluuko jokin kysymys valtioiden yksinomaisen toimivallan piiriin, on suhteellinen kysymys, joka riippuu myös kansainvälisten suhteiden kehityksestä.²²³ Toisin sanoen unionin oikeudessa henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen soveltaminen saattaisi tulla kansainvälisen oikeuden piiriin siinäkin tapauksessa, että sen jäsenvaltioiden väliseen luonteeseen ei puututa. Liikkumisvapauden alueella kehitys on jäänyt puolitiehen muihin ihmisoikeuksiin verrattuna. Esimerkiksi Goodwin-Gillin mukaan syrjinnän kiellon voidaan kuitenkin ajatella muodostavan rajat valtioiden suvereenille oikeudelle päättää ei-kansalaisten kohtelusta. Erityisesti rotusyrjintään liittyvissä tilanteissa syrjintäkiellolla on normatiivinen *ius cogens* -asema. Muissa tilanteissa on puolestaan tapauskohtaisesti arvioitava, voidaanko valtion harjoittamaa erottelua pitää oikeutettuna ja perusteltuna kansainvälisen oikeuden näkökulmasta.²²⁴

Unionin oikeudessa henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen alueella tapahtunutta kehitystä on alusta alkaen leimannut sen huomattava taloudellinen merkitys yhteis- ja sisämarkkinoiden näkökulmasta. Klassinen yhteismarkkinateoria perusteli vapaata liikkuvuutta tuotannontekijöiden mahdollisimman taloudellisella sijoittumisella ja käytöllä. Unionin oikeuden piirissä on kuitenkin voimistunut näkökulma, jonka mukaan integraatiota tulisi tarkastella huomattavasti laajempänä kokonaisuutena.²²⁵ Kansalaisuus-

²²² *Goodwin-Gill* 1978, s. 3–4.

²²³ *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco (French Zone) on November 8th, 1921, PCIJ (1923) Series B-No. 4, s. 24.*

²²⁴ *Goodwin-Gill* 1978, s. 20 ja 85–86.

²²⁵ *Weiss – Wooldridge* 2002, s. 2.

perusteisen syrjinnän kieltö ja henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaate saavat merkitystä erityisesti tällaisen laajemman tarkastelun puitteissa. Esimerkiksi Van der Mein mukaan henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen kannalta huomattava askel otettiin siinä vaiheessa, kun liikkumisvapaus alettiin nähdä yksilöllisenä oikeutena sen sijaan, että työntekijöitä olisi tarkasteltu ainoastaan makrotaloustieteellisinä tuotannontekijöinä.²²⁶

4.2.2 Liikkumisvapauden syrjivät ja ei-syrjivät rajoitukset

Edellä on todettu, että henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaate on yksi kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tärkeimmistä soveltamisympäristöistä. Henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaate ei kuitenkaan tyhjenny kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltöön. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö muodostaa vain yhden, vaikkakin tärkeän, ulottuvuuden henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen tulkinnassa. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ja henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen keskinäissuhde ei siis ole yksiselitteinen.²²⁷

EY-tuomioistuimen oikeuskäytännöstä on löydetävissä useita esimerkkejä siitä, miten keskeinen asema kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellolla on henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen tulkinnassa. Esimerkiksi *Kraus*-tapauksessa EY-tuomioistuin on luetellut kriteerit, joiden täytyessä jäsenvaltiot voivat tehdä poikkeuksia henkilöiden vapaaseen liikkuvuuteen. Ensimmäisenä ja tärkeimpänä EY-tuomioistuin mainitsee sen, että toimenpidettä tai säännöstä ei saa soveltaa tavalla, joka johtaisi kansalaisuusperusteiseen syrjintään.²²⁸ Samalla on kuitenkin pääteltävissä, että luonteeltaan syrjimätönkin liikkumisvapauden rajoitus on kielletty, mikäli loput suhteellisuusperiaatteen yhteydessä mainituista kriteereistä eivät täyty. Toisin sanoen liikkumisvapauden turvaaminen ulottuu huomattavasti pidemmälle kuin pelkästään välittömästi tai välillisesti syrjivien toimenpiteiden kieltämiseen. Esimerkiksi perustamissopimuksen 39 artiklaa [ex 48 artikla] koskevassa *Terhoeve*-tapauksessa EY-tuomioistuin nimenomaisesti totesi, että kyseisessä tapauksessa oli tarpeetonta tutkia välillisen syrjinnän ilmentymistä, koska perustamissopimuksen 39 artiklaa oli jo rikottu muilla

²²⁶ Van der Mei 2003, s. 26–27.

²²⁷ Ks. esim. Bernard 1996a, s. 89.

²²⁸ Asia C-19/92 Dieter Kraus v Land Baden-Württemberg [1993] ECR I-1663, kohta 32.

”lievemmillä” perusteilla ja liikkumisvapauden harjoittamisesta oli tullut vähemmän houkuttelevaa.²²⁹

Henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatetta haittaava toimenpide tai säännös saattaa siis tulla unionin oikeuden nojalla kielletyksi silloinkin, kun se ei johda kumpaankaan välittömään tai välilliseen syrjintään. Tällainen ajattelu on ollut jo pidempään tyypillistä tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatteen yhteydessä *Dassonville-* ja *Cassis de Dijon* -ratkaisujen valossa.²³⁰ Toisaalta myöhempi *Keck v Mithourad* -tapaus on aiheuttanut hämmennystä tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatteen alueella. Kyseisessä tapauksessa EY-tuomioistuimien erotti suoraan tuotteeseen ja toisaalta sen myyntiin liittyvät ehdot. *Keck*-tapauksen valossa vaikuttaa siltä, että myyntijärjestelyihin liittyvien ehtojen kohdalla edellytetään syrjintäkriteerin täyttymistä, kun taas suoraan tuotteeseen liittyvien ehtojen kohdalla noudatetaan *Dassonville-* ja *Cassis de Dijon* -tapauksissa vahvistettua ankarampaa tulkintaa.²³¹ Tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevassa myöhemmässä *DocMorris*-tapauksessa EY-tuomioistuin kuitenkin vältti tekemästä *Keck*-tapaukselle tyypillistä erottelua suoraan tuotteeseen ja myyntijärjestelyihin liittyvien ehtojen välillä.²³²

Tavaroiden vapaan liikkuvuuden alueella *Dassonville-*, *Cassis de Dijon*- ja *Keck*-tapauksen myötä muodostunutta ratkaisulinjaa ei kuitenkaan voida automaattisesti soveltaa kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoon henkilöiden vapaan liikkuvuuden alueella. Henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen yhteydessä on ilmennyt huomattavasti vähemmän tapauksia, joissa toimenpiteen olisi katsottu rajoittavan liikkumisvapautta silloinkin, kun toimenpide ei ole luonteeltaan syrjivä. *Bosman*-tapaus on epäilemättä tunnetuin näistä tapauksista.²³³ Uudempi *Commission v Denmark (Danish Company Cars)* -tapaus puolestaan vahvistaa *Bosman*-tapauksessa valitun linjan.²³⁴ Toisaalta *Graf*-tapauksessa on asetettu rajat tällaiselle tulkinnalle. Tuomioistuimen mukaan liikkumisvapauden estettä ei ollut, koska ei-syr-

²²⁹ Asia C-18/95 F.C. Terhoeve v Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland [1999] ECR I-345, kohdat 39 ja 41.

²³⁰ Asia 8/74 Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville [1974] ECR 837, kohta 5 ja tapaus 120/78 Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [1979] ECR 649, kohta 14.

²³¹ Asiat C-267/91 ja C-268/91 Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithourad [1993] ECR I-6097, kohdat 14–16.

²³² Asia C-322/01 Deutscher Apothekerverband eV v 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval [2003] ECR I-14887, kohdat 66–68 ja 73.

²³³ Asia C-415/93 Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Boisman [1995] ECR I-4921, kohta 96.

²³⁴ Asia C-464/02 Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark (‘Danish Company Cars’) [2005] ECR I-7929, kohta 35.

jivän rajoituksen yhteys työmarkkinoille pääsyyn oli liian epävarma ja epäsuora.²³⁵ *Elsen*-tapauksessa EY-tuomioistuin on kuitenkin laajentanut henkilöiden vapaan liikkuvuuden esteitä koskevan tulkintansa koskemaan perustamissopimuksen 39 artiklan lisäksi myös perustamissopimuksen 18 artiklan nojalla harjoitettua ”ei-taloudellista liikkumista”.²³⁶ Vastaavasti *Kranemann*-tapauksessa EY-tuomioistuin on katsonut sinänsä ei-syrjivän toiminnan rajoittavan liikkumisvapautta kielletyllä tavalla pelkästään sillä perusteella, että se estäisi taloudellisesti vähävaraisia henkilöitä suorittamasta harjoittelua toisessa jäsenvaltiossa.²³⁷

Kriittisten arvioitsijoiden mukaan EY-tuomioistuin ei ole ollut valmis laajentamaan perustamissopimuksen 39 artiklan työntekijöiden vapaan liikkuvuuden periaatetta välittömän ja välillisen syrjinnän ulkopuolelle yhtä aktiivisesti kuin yrittäjiä ja palveluiden tarjoajia koskevissa tilanteissa tai tavaroiden vapaan liikkuvuuden alueella.²³⁸ Toisaalta kirjallisuudessa on esitetty myös aivan päinvastaisia kannanottoja, joiden mukaan henkilöiden vapaan liikkuvuuden alueella tuomioistuimen syrjintää koskeva tulkintakäytäntö on jatkuvasti laajentunut toisin kuin tavaroiden vapaan liikkuvuuden alueella, jossa on Keck-ratkaisun myötä omaksuttu aikaisempaa varovaisempi lähestymistapa.²³⁹ Näiden kirjoittajien mukaan *Bosman*-tapauksessa EY-tuomioistuin on nimenomaisesti viitannut markkinoille pääsyn käsitteeseen henkilöiden vapaan liikkuvuuden yhteydessä.²⁴⁰ Graf-tapausta he puolestaan tulkitsevat siten, että EY-tuomioistuin katsoi ei-syrjivän toimenpiteen jäävän perustamissopimuksen 39 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle, koska se ei vaikuttanut markkinoille pääsyyn.²⁴¹

Joillakin kirjoittajilla on tässä yhteydessä tapana erotella käsitteet oikeus aloittaa ammatti tai elinkeino ja oikeus harjoittaa ammattia tai elinkeinoa. Ensiksi mainitun yhteydessä viitataan markkinoille pääsyyn. Vertailuryhmän määrittäminen on siinä tilanteessa vaikeaa, ja sen vuoksi syrjinnän käsitteellä ei ole yhtä suurta merkitystä kuin jälkimmäisessä tilanteessa.

²³⁵ Asia C-190/98 Volker Graf v Filzmoser Maschinenbau GmbH [2000] ECR I-493, kohdat 23 ja 25.

²³⁶ Asia C-135/99 Ursula Elsen v Bundesversicherungsanstalt für Angestellte [2000] ECR I-409, kohta 34.

²³⁷ Asia C-109/04 Karl Robert Kranemann v Land Nordrhein-Westfalen [2005] ECR I-2421, kohdat 26–29.

²³⁸ Ks. esim. *Weiss – Wooldridge* 2002, s. 4 ja *Van der Mei* 2003, s. 79.

²³⁹ Ks. esim. *Spaventa* 2004, s. 743.

²⁴⁰ Asia C-415/93 Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Boisman [1995] ECR I-4921, kohta 103.

²⁴¹ Asia C-190/98 Volker Graf v Filzmoser Maschinenbau GmbH [2000] ECR I-493, kohta 23.

Ammatin tai elinkeinon harjoittamisen tilanteissa syrjintäkielto puolestaan on hyvin keskeisessä asemassa, sillä tarkoituksena on varmistaa, ettei toisesta jäsenvaltiosta tullut ammatin- tai elinkeinonharjoittaja joudu kilpailullisesti muita heikompaan asemaan.²⁴²

Ongelmalliseksi on kuitenkin muodostunut kysymys siitä, missä tilanteissa ei-syrjivien toimenpiteiden kieltä (ts. markkinoille pääsyn kriteeri) voidaan laajentaa koskemaan myös ammatin tai elinkeinon harjoittamisen tilanteita pelkästään markkinoille pääsyyn liittyvien tilanteiden lisäksi.²⁴³ Daviesin mukaan Bosman-tapauksessa on erityisen merkittävää se, että säännösten katsottiin rajoittavan henkilöiden vapaata liikkuvuutta kielletyllä tavalla, vaikka ne olivat formaalisesti syrjimättömiä, eikä niillä myöskään osoitettu olevan haitallisia vaikutuksia.²⁴⁴ Toisaalta kirjallisuudessa on kuitenkin esitetty, että Bosman-tapausta lukuun ottamatta EY-tuomioistuin on tosiasiaa edellyttänyt, että hakija on joutunut muita epäedullisempaan asemaan, vaikka näennäisesti olisikin nojautunut ei-syrjiviin rajoituksiin.²⁴⁵ Kansalaisuusperusteista syrjintää koskevan oikeuskäytännön valossa EY-tuomioistuinta voidaankin kritisoida epäloogisesta kielenkäytöstä syrjintäoikeuden alueella.

Kysymys syrjintäkiellon asemasta on muodostunut keskeiseksi sisämarkkinavapauksien tulkinnassa. Erilaisia näkemyksiä on esitetty siitä, onko EY-tuomioistuimen markkinoille pääsyä koskeva tulkinta omiaan syrjäyttämään perinteisen syrjintäkiellon kokonaan vai ainoastaan täydentämään sen soveltamista.²⁴⁶ Moren mukaan keskustelu voidaan tiivistää kysymykseen siitä, miten EY-tuomioistuin onnistuisi parhaiten siirtymään pelkästään syrjinnän torjumiseen tähtäävästä näkökulmasta markkinoiden integraatiota korostavaan näkökulmaan.²⁴⁷ Vastaavasti Kingreenin mukaan huomiota tulisi kiinnittää siihen, halutaanko sisämarkkinoita kehittää todellisten oikeuksien suuntaan, vai keskitytäänkö tulevaisuudessakin pelkästään syrjinnän estämiseen.²⁴⁸ Itse kuitenkin muotoilisin kysymyksen toisinpäin, sillä nähdäkseni EY-tuomioistuin on keskittynyt liiaksikin sisämarkkinavapauksien esteiden poistamiseen kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon muiden ulottuvuuksien kustannuksella. Mielestäni kyse ei siis ole niinkään perinteisen syrjintäkiellon ja ”todellisten oikeuksien”

²⁴² *Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins* 2006, s. 706.

²⁴³ *Ibid.*, s. 706–707.

²⁴⁴ *Davies* 2003, s. 73–74.

²⁴⁵ *Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins* 2006, s. 732.

²⁴⁶ Ks. esim. *de Búrca* 1997, s. 20–23 ja *More* 1999, s. 523–524.

²⁴⁷ *More* 1999, s. 525.

²⁴⁸ Ks. esim. *Kingreen* 2006, s. 569.

välisestä perustavanlaatuisesta ristiriidasta, vaan pikemminkin unionin syrjintäoikeuden tulkintaan liittyvistä ongelmista. Markkinoiden integraation ja markkinoille pääsyn käsitteiden sijasta näihin ongelmiin voitaisiin nähdäkseni puuttua myös syrjintäoikeuden tulkintaa kehittämällä.

Esimerkiksi Maduro on kritisoinut EY-tuomioistuimen *Cassis de Dijon*-tapauksessa valitsemaa linjaa sosiaalisten oikeuksien näkökulmasta. Hänen mukaansa sisämarkkinavapauksien tulkinnan laajentuminen myös muihin kuin välitöntä tai välillistä syrjintää sisältäviin tilanteisiin johtaa helposti siihen, että sosiaalisten oikeuksien avulla turvattujen arvojen katsotaan olevan ristiriidassa neljän taloudellisen perusvapauden kanssa, vaikka ne eivät sisältäisi syrjiviä tai protektionistisia elementtejä.²⁴⁹ Toisin sanoen Maduron ajatusmallia seurattaessa päädytään siihen, että sisämarkkinavapauksien lähentyminen perusoikeuksien kanssa onkin itse asiassa johtanut perusoikeuksien tai ainakin sosiaalisten oikeuksien aseman heikentymiseen.

Myös Davies suhtautuu hyvin kriittisesti EY-tuomioistuimen ratkaisulinjaan, jossa ei-syrjiviä toimenpiteitä on pidetty sisämarkkinavapauksien kiellettyinä rajoittamisena integraation päämääriin ja markkinoille pääsyn kriteeriin vedoten. Hänen mukaansa markkinoille pääsyn käsitteen juuret ovat kilpailuoikeudessa. Tällaista ajattelumallia ei sen vuoksi tulisi soveltaa liikkumisvapauteen, josta puuttuu kilpailuoikeudelle ominainen empiirinen elementti. Markkinoille pääsyn käsitteen mielekäs soveltaminen edellyttäisi Daviesin mukaan EY-tuomioistuimelta empiirisempää lähestymistapaa ja syvällisempää taloustieteellistä argumentointia.²⁵⁰ Toisaalta markkinoille pääsyn käsitteen määrittelyssä on nähty huomattavia eroja tavaroiden vapaan liikkuvuuden ja henkilöiden vapaan liikkuvuuden kesken. Esimerkiksi Spaventan mukaan henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen yhteydessä on omaksuttu pelkkien taloudellisten vaikutusten arviointia laajempi lähestymistapa, jossa toimenpiteitä arvioidaan yleisen suhteellisuusperiaatteen valossa. Markkinoille pääsyn käsitteeseen vedotessaan EY-tuomioistuin pyrkii hänen mukaansa peittelemään sitä, että henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen tulkinta ei tosiasiaassa enää rakennu yksinomaan sisämarkkinoiden varaan.²⁵¹

Edellä on käsitelty kysymystä siitä, tulisiko kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon soveltamisen perustua sisämarkkinavapauksien yhteydessä ensisijaisesti perinteiseen syrjintäkieltoon vai tulisiko sen kattaa myös ei-syrjivät tilanteet ja nojautua markkinoille pääsyn käsitteeseen. Tällä kysymyksellä on huomattava merkitys myös kansalaisuusperusteisen

²⁴⁹ *Maduro* 1999, s. 451 ja 453.

²⁵⁰ *Davies* 2003, s. 93 ja 96–98.

²⁵¹ *Spaventa* 2004, s. 757–759 ja 763–764.

syrynnän kiellon ja perus- ja ihmisoikeuksien keskinäissuhteen näkökulmasta. Ei-syryvien toimenpiteiden asemaa ja markkinoille pääsyn käsitettä koskeva syryntäoikeudellinen keskustelu heijastaa nähdäkseni sisämarkkinavapauksien alueella tapahtunutta laajempaa kehitystä. Kirjallisuudessa on esitetty, että markkinoille pääsyn käsitteen myötä sisämarkkinavapauksien painopiste on siirtynyt markkinaintegraatiosta yksilöiden toimintavapauden suuntaan.²⁵² Samanaikaisesti on havaittavissa kehitys, joka korostaa sisämarkkinavapauksien luonnetta perustavanlaatuisina oikeuksina. Ensi näkemältä vaikuttaisi siltä, että sisämarkkinavapauksien kehittyminen (perus)oikeuksien suuntaan olisi edistysaskel myös perinteisten perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta. Nähdäkseni olisi kuitenkin tärkeää kiinnittää huomiota siihen, miten sisämarkkinavapauksien aseman vahvistuminen on vaikuttanut kansalaisuusperusteisen syrynnän kiellon tulkintaan. Mikäli tällainen kehitys nojautuu yksipuolisesti markkinoille pääsyn käsitteeseen ja taloudellisen integraation päämääriin, kehitys saattaa tosiasiaassa heikentää perus- ja ihmisoikeuksien asemaa.

EY-tuomioistuimen sisämarkkinoita ja niistä poikkeamista koskevan arvioinnin ei tulisi keskittyä pelkästään siihen, onko syryntä riittävä käsite taloudellisen integraation ja markkinoille pääsyn näkökulmasta, vaan myös siihen, onko syrynnälle nykytilanteessa annettu tulkinta yhdenmukainen unionin perus- ja ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa. Toisaalta nämä kaksi näkökulmaa eivät automaattisesti ole keskenään ristiriidassa, eikä syryntäoikeuden perus- ja ihmisoikeusulottuvuuden huomioon ottaminen välttämättä sulje pois markkinoille pääsyn käsitteeseen nojautumista. Oma kantani onkin, että itsetarkoitukselliseen vastakkainasetteluun ei tulisi sortua, vaikka kansalaisuusperusteisen syrynnän kieltoa tarkasteltaisiin perus- ja ihmisoikeusnäkökulmasta.

Esimerkiksi *Carpenter*- ja *Akrich*-tapausten valossa vaikuttaa siltä, että EY-tuomioistuin on tuomassa perus- ja ihmisoikeuksiin nojautuvan arvioinnin yksilön taloudellisen toimintavapauden rinnalle myös liikkumisvapauden soveltamisalan määrittelyä koskevissa tilanteissa.²⁵³ Kirjallisuudessa on usein optimistisesti arveltu perus- ja ihmisoikeuksien aseman vahvistuvan automaattisesti, kun sisämarkkinavapauksista tulee aikaisempaa riippumattomampia suhteessa rajat ylittävän elementin vaatimukseen.²⁵⁴ Toisaalta uhkana kuitenkin on, että sisämarkkinavapauksien ”perusoikeudellistuminen” johtaa haitallisiin kompromisseihin perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta.

²⁵² Ks. esim. *Maduro* 1999, s. 450 ja *Spaventa* 2004, s. 750 ja 764–765.

²⁵³ Asia C-60/00 *Mary Carpenter v Secretary of State for the Home Department* [2002] ECR I-6279, kohta 41 ja asia C-109/01 *Secretary of State for the Home Department v Hacene Akrich* [2003] ECR I-9607, kohta 58.

²⁵⁴ Ks. esim. *Kühling* 2006, s. 544 ja *Reich* 2003, s. 66.

Nähdäkseni ei ole lainkaan automaattista, että sisämarkkinavapauksia ja perusoikeuksia yhdistävä tulkinta johtaisi perus- ja ihmisoikeusulottuvuuden vahvistumiseen. Toinen, huolestuttavampi vaihtoehto nimittäin on, että sisämarkkinavapauksien yhdenmukaisen ja näennäisesti perusoikeuksien mukaisen tulkinnan turvaamiseksi joudutaan tinkimään perusoikeuksien alkuperäisestä luonteesta ja sisällöstä. Tällaiset haitalliset kompromissit eivät luonnollisestikaan tule esiin yksittäisiä ratkaisuja tarkastelemalla, vaan ne ovat aina seurausta pidemmästä kehityksestä.

4.2.3 ”Markkinakansalaisten”²⁵⁵ syrjimättömyys

Eversonin mukaan unionin piirissä esiintyvä ”markkinakansalaisuus” eroaa tavallisesta kansalaisuudesta siten, että ”markkinakansalaisen” oikeudet ovat riippuvaisia sekä henkilökohtaisista resursseista että markkinoilla vallitsevasta tilanteesta. Eurooppalaisessa kontekstissa ”markkinakansalaisuus” on Eversonin mukaan valjastettu palvelemaan yhteis- ja sisämarkkinoiden toteutumista.²⁵⁶ Craig ja de Búrca ovat muotoilleet saman jännitteen toteamalla, että vastakkain ovat käsitykset työntekijästä yhtäältä taloudellista hyvinvointia edistävänä tuotannon tekijänä ja toisaalta ihmisyksilönä, jolla on oikeus ilman syrjintää etsiä työtä myös muista jäsenvaltioista oman taloudellisen hyvinvointinsa lisäämiseksi.²⁵⁷

Edellisessä luvussa on kuvailtu liikkumisvapauden ja kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon suhdetta ns. ”markkinakansalaisuuteen”, vaikka samanaikaisesti on annettu ymmärtää, että sisämarkkinavapauksien ja taloudellisen integraation varaan rakentuvan ”markkinakansalaisuuden” käsitteen rinnalle on jo omaksuttu uusi unionin kansalaisuuden käsite. Miksi siis tarkastella näin yksityiskohtaisesti mennyttä tilannetta? ”Markkinakansalaisuuden” käsitteestä runsaasti kirjoittanut Everson vastaa artikkelissaan ”*The Legacy of Market Citizen*” myös tähän kysymykseen. Hänen mukaansa unionin kansalaisen oikeuksissa ei ole pelkästään kyse ”markkinakansalaiselta” perityistä oikeuksista, vaan ”markkinakansalaisuus” on myös vaikuttanut huomattavasti siihen, millaiseksi unionin kansalaisuuden käsitteen tärkein ydin on muodostunut.²⁵⁸ Everson on nähdäkseni oikeassa. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkintaan liittyviä ongelmia olisi hyvin vaikea ymmärtää ilman unionin kansalaisuuden markkinoihin nojautuvan historian ymmärtämistä.

²⁵⁵ Käsite lainattu Eversonilta, ks. *Everson* 1995, alk. s. 84.

²⁵⁶ *Ibid.*, s. 84–85.

²⁵⁷ *Craig – de Búrca* 2003, s. 701.

²⁵⁸ *Everson* 1995, s. 79.

Unionin oikeutta on usein kritisoitu siitä, että suhtautuminen kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoon ja henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteeseen on keskittynyt yksipuolisesti taloudellisiin näkökulmiin. EY-tuomioistuimen aikaisempi oikeuskäytäntö on epäilemättä ollut omiaan lisäämään tällaista kritiikkiä. Nähdäkseni unionin oikeuden avulla voidaan kuitenkin perustella myös täysin vastakkainen lähestymistapa kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoon ja henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteeseen. Esimerkkinä voidaan mainita unionin kansalaisten ja heidän perheenjäsentensä liikkumisvapautta koskevan direktiivin 2004/38/EC 27(1) artikla, joka täsmentää perustamissopimuksen 39(3) artiklaan sisältyvää oikeutta poiketa henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteesta yleisen edun perusteella. Direktiivin 27(1) artiklassa korostetaan, että yleistä etua ei voida perustella yksinomaan taloudellisilla perusteilla. Vastaavasti *Commission v Italy* -tapauksessa EY-tuomioistuin totesi, että jäsenvaltiot eivät voi tehdä sisämarkkinavapauksiin poikkeuksia pelkästään taloudellisten syiden perusteella.²⁵⁹

Mikäli kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ja henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen taustalla olisi yksinomaan taloudellinen markkinaideologia, olisi luontevampaa, että jäsenvaltioilla olisi oikeus poiketa näistä unionin oikeuden periaatteista nimenomaan silloin, jos poikkeamisen voitaisiin perustella johtavan suurempaan taloudelliseen hyvinvointiin. Toisin sanoen markkinalogiikka näyttäisi puhuvan sen puolesta, että sisämarkkinavapauksista voitaisiin poiketa nimenomaan taloudelliseen hyötyyn vetoamalla. Direktiivin 27(1) artikla kuitenkin kieltää yksinomaan taloudellisilla perusteilla tapahtuvan poikkeamisen siitä riippumatta, olisiko saavutettu taloudellinen hyvinvointi vähäisempää vai suurempaa kuin noudatettaessa henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatetta ja kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoa.

Mielestäni tällä perusteella voidaan päätellä, että henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen ajatellaan olevan jotain tärkeämpää ja arvokkaampaa kuin pelkät vapaan kilpailun taustalta löytyvät, taloudellisen hyvinvoinnin maksimointiin tähtäävät pyrkimykset. Päätely ei tietenkään itsessään paljasta, mitä nuo taloudellisen hyvinvoinnin maksimointia tärkeämmät päämäärät tai arvot ovat. Olennaista on kuitenkin sen toteaminen, että unionin oikeuden piirissä on havaittavissa taipumus liittää henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteeseen ja kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoon muitakin kuin pelkästään taloudellisia päämääriä. Tätä taustaa vasten tulevaisuudessa on todennäköisesti helpompaa lisätä myös perus- ja

²⁵⁹ Asia C-388/01 Commission of the European Communities v Italian Republic [2003] ECR I-721, kohdat 22 ja 27.

ihmisoikeuksien osuutta henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen ja kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkinnassa.

4.3 Kansalaisuusperusteinen syrjintä perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta: unionin kansalaisuus tarkastelun kohteena

4.3.1 Kansalaisuuden käsite unionin oikeudessa

Unionin kansalaisuuden käsite omaksuttiin yhteisön oikeuteen lopullisesti Maastrichtin sopimuksella vuonna 1992. Käsitteeseen ladattiin alusta alkaen suuria toiveita, kuten unionin demokraattisen legitimitetin lisääminen, päätöksentekojärjestelmien tuominen lähemmäksi kansalaisia, avoimuuden ja läpinäkyvyyden lisääminen, kansalaisten oikeudellisen suojan vahvistaminen erityisesti liikkumisvapauten ja oleskeluoikeuteen liittyvissä kysymyksissä sekä yhteisen eurooppalaisen identiteetin vahvistaminen. Unionin kansalaisuuden on ajateltu tuovan unionin oikeuteen sellaisia päämääriä, jotka edellyttävät yksilön oikeuksien huomioon ottamista eri tavalla kuin pelkästään taloudelliset päämäärät ovat tehneet.²⁶⁰ Esimerkiksi komissio korosti unionin kansalaisuuden merkitystä unionin ei-taloudellisen ulottuvuuden vahvistamisessa jo vuonna 1993 antamassaan raportissa, jonka mukaan unionin kansalaisuuden käsite merkitsee välittömän poliittisen yhteyden muodostumista jäsenvaltioiden kansalaisten ja unionin välille.²⁶¹ Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta erityisen merkittävä on juuri ajatus yksilön oikeussuojan vahvistumisesta.

Unionin kansalaisuus määritellään perustamissopimuksen 17(1) artiklassa, jonka mukaan: ”*Unionin kansalainen on jokainen, jolla on jonkin jäsenvaltion kansalaisuus. Unionin kansalaisuus täydentää, mutta ei korvaa jäsenvaltion kansalaisuutta.*” Unionin kansalaisuuden käsitteen sitominen jäsenvaltion kansalaisuuteen on ongelmallista kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta. Unionin kansalaisuuden tarjoaman suojan piiriin pääseminen saattaa vaihdella paljonkin eri jäsenvaltioiden välillä, sillä jokainen jäsenvaltio päättää itsenäisesti siitä, kenelle se on valmis myöntämään kansalaisuuden. Tilannetta vaikeuttaa entisestään se, että kyseessä ei ole pelkästään oikeudellinen, vaan myös poliittinen käsite. Esimerkiksi *Micheletti-*, *Kaur-* ja *Zhu and Chen* -tapauksissa EY-tuomioistuimien on nimenomaisesti todennut, että kansalaisuudesta päättäminen kuuluu

²⁶⁰ *O’Leary* 1996, s. 30-31 ja 128. Ks. myös asia C-274/96 Criminal proceedings against Horst Otto Bickel and Ulrich Franz [1998] ECR I-7637, Opinion of Mr Advocate General Jacobs (19 March 1998), kohta 23.

²⁶¹ Report from the Commission on the Citizenship of the Union, COM(93) 702 final, s. 2.

jäsenvaltioiden yksinomaisen toimivallan piiriin.²⁶² Toisaalta *Micheletti*-tapauksessa EY-tuomioistuin muistutti, että jäsenvaltioiden oikeus päättää kansalaisuuteen liittyvistä kysymyksistä ei ole täysin rajoittamaton, jos toisten jäsenvaltioiden kansalaisten mahdollisuus harjoittaa liikkumisvapauttaan vaikeutuisi sen johdosta.²⁶³

Airola-tapauksessa EY-tuomioistuin kuitenkin valitsi linjan, jossa se ei puuttunut jäsenvaltion tapaan määritellä kansalaisuus, vaan ainoastaan sen vaikutuksiin yhteisön oikeuden näkökulmasta.²⁶⁴ O’Learyn mukaan EY-tuomioistuimen ratkaisulinja on ongelmallinen siitä syystä, että se ei puutu ongelman varsinaisiin syihin. Toisin sanoen jäsenvaltion kansalaisuudelle antamasta määritelmästä aiheutuvat seuraukset voivat jossakin yksittäisessä tilanteessa osoittaa yhteisön oikeuden päämäärien vastaisiksi, mutta EY-tuomioistuin ei kuitenkaan ole puuttunut siihen, että jäsenvaltiot voivat kansalaisuussäännösten avulla kokonaan estää tiettyjen henkilöiden pääsyn yhteisön oikeuden piiriin.²⁶⁵ Esimerkiksi Euroopan parlamentti on puuttunut tähän ongelmaan kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta jo vuonna 1993 todetessaan: ” - *that obstacles to the acquisition of nationality are a source of discrimination which is unjustified in present-day Europe* ”.²⁶⁶ Toisaalta täysin päinvastaista kantaa edustaa Maastrichtin sopimuksen liitteistä löytyvä lausuma, jonka mukaan henkilön kansalaisuuteen liittyvät kysymykset tulee ratkaista yksinomaan kunkin jäsenvaltion kansallisen oikeuden varassa.²⁶⁷

Unionin kansalaisuuden riippuvuus jäsenvaltioiden kansalaisuudesta on herättänyt laajaa vastustusta. Kriitikoiden mukaan on mahdoton puhua unionin ja yksilöiden välisestä välittömästä poliittisesta ja oikeudellisesta suhteesta niin kauan, kuin unionin kansalaisuus on täysin riippuvainen jäsenvaltioiden kansalaisuudesta.²⁶⁸ Esimerkiksi Habermas suhtautuu

²⁶² Asiat C-369/90 Mario Vicente Micheletti and others v Delegación del Gobierno en Cantabria [1992] ECR I-4239, kohta 10; C-192/99 The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Manjit Kaur [2001] ECR I-1237, kohta 19 ja C-200/02 Kunqian Catherine Zhu v Man Lavette Chen v Secretary of State for the Home Department [2004] ECR I-9925, kohdat 37 ja 39.

²⁶³ Asia C-369/90 Mario Vicente Micheletti and others v Delegación del Gobierno en Cantabria [1992] ECR I-4239, kohta 10.

²⁶⁴ Asia 21/74 Jeanne Airola v Commission of the European Community [1975] ECR 221, kohta 10.

²⁶⁵ O’Leary 1996, s. 44.

²⁶⁶ European Parliament Resolution on Respect for Human Rights in the European Community, OJ C 115/178 (26.4.1993), kohta 94.

²⁶⁷ Declaration No 2 on nationality of a Member State appended to the Maastricht Treaty.

²⁶⁸ Ks. esim. *Nascimbene* 1998, s. 70-71 ja O’Leary 1998, s. 82-83.

epäillen unionin kansalaisuuden käsitteen mahdollisuuksiin saada aikaan suuria muutoksia unionin ”teknokraattisessa” luonteessa. Habermas kritisoi erityisesti sitä, että kansalaisuuden käsitteestä on unionin oikeudessa tehty taloudelliselle integraatiolle alisteinen käsite. Samalla on hänen mukaansa kadotettu poliittisen ulottuvuuden vahvistamiseen liittyvät mahdollisuudet.²⁶⁹ Vastaavasti Dahrendorfin mukaan kansalaisuuden käsitteeseen liittyvästä oikeuksien ja velvollisuuksien rajoittamattomuudesta ei voida tinkiä ilman että samalla kadotetaan koko käsitteen idea.²⁷⁰

Useat kirjoittajat ovatkin ehdottaneet, että unionin kansalaisuuden saamisen ei pitäisi riippua yksinomaan jäsenvaltioiden kansalaisuudesta. Asumisen tai oleskelun (”*residence*”) käsitettä on tarjottu vaihtoehdoksi.²⁷¹ Esimerkiksi Davies on todennut, että asumisen käsite tarjoaisi realistisen tavan yksilön ja julkisen vallan suhteen määrittelemiseksi niin kauan kuin unioni muodostuu useista maantieteellisistä valtioista.²⁷² Daviesin mukaan on kuitenkin tärkeää ymmärtää, että oleskelun ja asumisen käsitteiden omaksumisella ei kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta ole vaikutusta ainoastaan ei-kansalaisten oikeuksiin, vaan myös kansalaisten oikeuksiin. Jos ”*residence*”-ehtoa halutaan soveltaa unionin oikeuden kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon mukaisesti, merkitsee se sitä, että oleskelun tai asumisen ehto on sovellettava yhtäläisesti myös kohdevaltion omiin kansalaisiin.²⁷³

Universaali, yksinomaan oleskelun tai asumisen käsitteen ympärille rakentuva ehto on yleensä katsottu sallituksi myös EY-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä. Kiellettyinä on kuitenkin pidetty ehtoja, jotka asettavat jäsenvaltion omat kansalaiset ja muut unionin kansalaiset erilaiseen asemaan siten, että ensiksi mainitut pääsevät suojan piiriin yksinomaan kansalaisuutensa perusteella, mutta jälkimmäisiltä edellytetään oleskelua tai asumista. Museoiden pääsymaksuja koskevassa *Commission v Italy* -tapauksessa EY-tuomioistuin otti kantaa oleskelun ja asumisen käsitteiden varaan rakentuvaan erotteluun. Tuomioistuin päätyi toteamaan, että kyseessä oli välillinen syrjintä sen vuoksi, että oleskelua ja asumista edellyttävän ehdon nojalla suurin osa suojan tai etuuden ulkopuolelle jäävistä olisi toisten jäsenvaltioiden kansalaisia. Lisäksi tuomioistuin korosti, että tätä johtopäätöstä ei

²⁶⁹ Habermas 1994, s. 28 ja 30.

²⁷⁰ Dahrendorf 1994, s. 13.

²⁷¹ Ks. esim. Reich 2003, s. 86 ja Nascimbene 1998, s. 72 ja 78.

²⁷² Davies 2005, s. 43.

²⁷³ Ibid., s. 52–53.

horjuta se, että ehto rajaisi joissakin tapauksissa myös jäsenvaltion omia kansalaisia suojan tai etuuden ulkopuolelle.²⁷⁴

Collins-tapauksessa EY-tuomioistuin täsmensi kantaansa. Tuomioistuimen mukaan jäsenvaltiolla on oikeus pyrkiä varmistamaan, että hakijalla on tosiasiallinen yhteys (”*a genuine link*”) kyseisiin maantieteellisiin työmarkkinoihin. Tässä arvioinnissa puolestaan voidaan hyödyntää myös oleskelun ja asumisen käsitteiden varaan rakentuvia ehtoja sillä edellytyksellä, että ne ovat objektiivisesti perusteltavissa, kansalaisuudesta riippumattomia ja suhteellisuusperiaatteen mukaisia.²⁷⁵ Opintotuen kaltaista etuutta koskevassa *Bidar*-tapauksessa EY-tuomioistuin vahvisti, että jäsenvaltiolla on oikeus rajoittaa etuus koskemaan ainoastaan sellaisia henkilöitä, jotka pystyvät osoittamaan integroituneensa ainakin tietyssä määrin kyseiseen yhteiskuntaan. Tuomioistuimen mukaan tässä voidaan käyttää apuna esimerkiksi vaatimusta, että hakija on oleskellut kohdevaltiossa tietyn ajan. Toisaalta tuomioistuin korosti, että opiskelijoita koskevassa tilanteessa jäsenvaltiolla ei ole oikeutta edellyttää yhteyttä maantieteellisiin työmarkkinoihin.²⁷⁶ Asumista koskevaa ehtoa pidettiin kohtuullisena myös tuoreessa *De Cuyper* -tapauksessa. Tuomioistuin kuitenkin korosti suhteellisuusperiaatteen merkitystä asumista koskevan ehdon arvioinnissa.²⁷⁷ *Ioannidis*-tapauksessa tuomioistuin täsmensi ehdon sisältöä todetessaan, että ehto ei saa olla liian yleisluontoinen, vaan sen on oltava tyypillinen juuri tosiasiallisen yhteyden kuvaamiselle.²⁷⁸

Kirjallisuudessa onkin tämän johdosta arveltu, että taloudellisen aktiivisuuden ja taloudellisen omavaraisuuden ohella myös integroituminen toisen jäsenvaltion yhteiskuntaan saattaisi riittää perusteeksi yhdenvertaisen suojan piiriin pääsemiseksi tilanteissa, joissa henkilö ei kuulu suojan piiriin suoraan direktiivin 2004/38/EC nojalla.²⁷⁹ Toisaalta tosiasiallisen yhteyden vaatimusta voidaan tarkastella myös sen rajoittavan luonteen näkökulmasta. Esimerkiksi Rosas on huomauttanut, että mainitun ehdon nojalla muista jäsenvaltioista tuleville henkilöille ei kaikissa tilanteissa

²⁷⁴ Asia C-388/01 Commission of the European Communities v Italian Republic [2003] ECR I-721, kohdat 14 ja 28.

²⁷⁵ Asia C-138/02 Brian Francis Collins v Secretary of State for Work and Pensions [2004] ECR I-2703, kohdat 67 ja 72–73.

²⁷⁶ Asia C-209/03 The Queen (on the application of Dany Bidar) v London Borough of Ealing and Secretary of State for Education and Skills [2005] ECR I-2119, kohdat 56–59.

²⁷⁷ Asia C-406/04 Gérald De Cuyper v Office national de l’emploi [2006] ECR I-6947, kohdat 40 ja 47–48.

²⁷⁸ Asia C-258/04 Office national de l’emploi v Ioannis Ioannidis [2005] ECR I-8275, kohdat 30–31.

²⁷⁹ Ks. esim. *White* 2005, s. 895, 900 ja 904.

tarvitsisi automaattisesti myöntää samoja etuuksia silloinkaan, kun etuudet periaatteessa kuuluisivat perustamissopimuksen 12 artiklan syrjäntäkiellon soveltamisalaan.²⁸⁰

Myös kysymys unionin kansalaisuuden vaikutuksista on jakanut mieliteet. Toiset kirjoittajat ovat valmiita näkemään unionin kansalaisuuden dynaamisena käsitteenä, jonka kehitykselle perustamissopimuksen 17(2) ja 22 artiklat tarjoavat hyvät lähtökohdat.²⁸¹ Toiset puolestaan kritisoivat unionin kansalaisuuden käsitettä siitä, että se ei oikeastaan ole tuonut mukanaan mitään uutta ja että sen dynaamisuus on yksinomaan näennäistä.²⁸² EY-tuomioistuimen viimeaikainen oikeuskäytäntö kuitenkin osoittaa kiistatta, ettei unionin kansalaisuus ole jäänyt vaille merkitystä. Kyseessä on nähdäkseni huomattava käsitteellinen ero, jos aikaisemmin direktiivien nojalla oikeussuojaa nauttinut henkilö pääsee nyt vastaavan suojan piiriin suoraan unionin kansalaisuuden perusteella. Samanaikaisesti on kuitenkin oleellista kysyä, onko unionin kansalaisuuden käsite *riittävän* dynaaminen kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta. Toisin sanoen vaikka unionin kansalaisuus on EY-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä saanut dynaamisia elementtejä ja parantanut taloudellisesti ei-aktiivisten jäsenvaltioiden kansalaisten asemaa, riittääkö se kuitenkin takaamaan perus- ja ihmisoikeuslottuvuuden täysimääräistä toteutumista syrjäntä-oikeuden näkökulmasta? Oma kantani on, että unionin kansalaisuuden käsite on tässä suhteessa riittämätön.

O’Learyn mukaan unionin oikeudessa havaittava yksilön oikeusaseman parantuminen perustuu ensisijaisesti yhdenvertaisuusperiaatteen aseman vahvistumiseen eikä niinkään unionin kansalaisuuden käsitteeseen.²⁸³ Itse olen samaa mieltä siitä, että yhdenvertaisuusperiaatteen avulla on mahdollisuus päästä pelkkää unionin kansalaisuutta laajempaan lopputulokseen. Samalla on kuitenkin mielestäni tärkeää ottaa huomioon, että unionin kansalaisuuttakin voidaan pitää yhtenä, joskin osittain vääristyneenä, osoituksena yhdenvertaisuusperiaatteen vahvistuneesta asemasta unionin oikeudessa. EY-tuomioistuimen pyrkimys korostaa unionin kansalaisuuden käsitteen itsenäistä asemaa jää kuitenkin vaille merkitystä niin kauan kuin unionin kansalaisuus on perustamissopimuksen 17 artiklan nojalla ainoastaan jäsenvaltioiden kansalaisuutta täydentävä käsite.

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta olisi ensiarvoisen tärkeää, että unionin kansalaisuuden käsite ei jättäisi unionin ja yksilön

²⁸⁰ Rosas 2007, s. 78.

²⁸¹ Ks. esim. Rosas 2005, s. 1264–1265.

²⁸² Ks. esim. Weiss – Wooldrge 2002, s. 160.

²⁸³ O’Leary 1998, s. 90–91 ja 99.

suhdetta niin puolinaiseksi kuin se nyt tekee. Voidaankin kysyä, onko näissä olosuhteissa perusteltua sitoa kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö unionin kansalaisuuteen. Mikäli kysymykseen vastataan myöntävästi, palataan takaisin ns. federalistisen kilpailun ideaan, jonka yhteydessä kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö nähdään ainoastaan sisämarkkinoita vahvistavana formaalisena tasapuolisen kohtelun vaatimuksena. Toisin sanoen jäsenvaltioiden sisäiseen sääntelyyn ei puututa lainkaan niin kauan kuin se ei johda erilaiseen kohteluun koti- ja ulkomaisten oikeussubjektien välillä.²⁸⁴

Van Gunsterenin mukaan nykyaikaisessa oikeusvaltiossa julkinen valta pyrkii avustamaan ihmisiä kansalaisuuden myöntämisestä koskevien esteiden voittamisessa, eikä valtion rooli sen vuoksi rajoitu enää pelkästään kansalaisuuden myöntämisen kontrollointiin.²⁸⁵ Tässä kohden on kuitenkin vaikea välttyä ajatukselta, että unionin oikeuden piirissä on tietyllä tavalla palattu takaisin vanhakantaisempaan ajatteluun. Unionin kansalaisuuden sitominen yksinomaan jäsenvaltioiden kansalaisuuteen on johtanut tilanteeseen, jossa osa unionin alueella laillisesti asuvista henkilöistä jää monissa tilanteissa unionin oikeuden tarjoaman suojan ulkopuolelle.

Unionin kansalaisuuden oikeusvaikutuksiin on sisältynyt alusta alkaen lukuisia ristiriitaisuuksia ja EY-tuomioistuimen oikeuskäytännöllä onkin ollut keskeinen asema unionin kansalaisuuden käsitteen selkiyttämisessä. Tuomioistuin on liittänyt unionin kansalaisuuden käsitteen hyvin läheisesti kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoon. Esimerkiksi tuoreessa *Bidar*-tapauksessa EY-tuomioistuin muistutti, että perustamissopimuksen 12 artiklan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltöä tulee tarkastella yhdessä unionin kansalaisuutta koskevien säännösten kanssa.²⁸⁶ Tästä puolestaan on aiheutunut monenlaisia jännitteitä, sillä toisin kuin unionin kansalaisuus, kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö on ollut läsnä yhteisön oikeudessa alusta alkaen integraation taloudellista ulottuvuutta vahvasti painottaen.

4.3.2 Unionin kansalaisten syrjimättömyys

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ja unionin kansalaisuuden suhteen näkökulmasta ratkaisevia ovat olleet EY-tuomioistuimen 1990-luvun lopulla antamat *Martínez Sala*- ja *Grzelczyk*-ratkaisut, joissa kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö liitettiin suoraan unionin kansalaisuuteen.

²⁸⁴ Ks. tarkemmin federalistisen kilpailun käsitteestä esim. *Barnard* 2004, s. 20–21.

²⁸⁵ *van Gunsteren* 1994, s. 37.

²⁸⁶ *Asia C-209/03 The Queen (on the application of Dany Bidar) v London Borough of Ealing and Secretary of State for Education and Skills* [2005] ECR I-2119.

Martínez Sala -tapauksessa EY-tuomioistuin omaksui kannan, jonka mukaan jäsenvaltion alueella laillisesti oleskelevat unionin kansalaiset voivat vedota kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoon kaikissa tilanteissa, jotka kuuluvat *ratione materiae* yhteisön oikeuden soveltamisalaan.²⁸⁷ Toisin sanoen kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon henkilölliseen soveltamisalaan *ratione personae* liittyvä arviointi tapahtui pelkästään unionin kansalaisuuden perusteella.

Perustamissopimuksen 12 artiklan soveltaminen edellyttää siis edelleen, että tilanne kuuluu yhteisön oikeuden soveltamisalaan sekä henkilöllisesti että asiallisesti, mutta henkilöllisen soveltamisalan arviointi rakentuu nyt unionin kansalaisuuden käsitteen varaan, kun se aiemmin perustui taloudelliseen aktiivisuuteen. *Grzelczyk*-tapauksessa EY-tuomioistuin jatkoi tämän ajatuksen kehittämistä. Tuomioistuimen mukaan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoa on luettava yhdessä unionin kansalaisuutta koskevien säännösten kanssa sen todellisen soveltamisalan selvittämiseksi. Toisin sanoen toisen jäsenvaltion alueella laillisesti oleskeleva unionin kansalainen kuuluu tuomioistuimen mukaan yhteisön oikeuden henkilölliseen soveltamisalaan *ratione personae* suoraan unionin kansalaisuuden nojalla. Lisäksi tuomioistuin selvensi *Martínez Sala* -tapauksessa käyttämäänsä ilmausta yhteisön oikeuden asiallisesta soveltamisalasta. Tuomioistuimen mukaan ilmauksella tarkoitetaan sisämarkkinavapauksien piiriin kuuluvaa toimintaa ja perustamissopimuksen 18 artiklan [ex 8a artikla] liikkumisvapauden ja oleskeluoikeuden käyttämistä.²⁸⁸

EY-tuomioistuin on ottanut kantaa *ratione materiae* -vaatimukseen myös aikaisemmassa *Bickel & Franz* -tapauksessa, jonka nojalla vaikuttaa siltä, että melko löyhäkin yhteys liikkumisvapauden ja oleskeluoikeuden käyttöön riittää tuomaan asian yhteisön oikeuden asiallisen soveltamisalan piiriin.²⁸⁹ *D’Hoop*-tapauksessa EY-tuomioistuin laajensi ilmauksen koskemaan myös tilanteita, joissa jäsenvaltio asettaisi omat kansalaisensa muita epäedullisempaan asemaan sillä perusteella, että nämä ovat harjoittaneet liikkumisvapauttaan. Samalla tuomioistuin jälleen korosti, että unionin kansalaisuuden käsitteen taustalta löytyy nimenomaan ajatus kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellosta.²⁹⁰ Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta merkittävänä voidaan pitää tapaa, jolla EY-tuomioistuin määritteli ensin

²⁸⁷ Asia C-85/96 *María Martínez Sala v Freistaat Bayern* [1998] ECR I-2691, kohta 63.

²⁸⁸ Asia C-184/99 *Rudy Grzelczyk v Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve* [2001] ECR I-6193, kohdat 30 ja 33.

²⁸⁹ Asia C-274/96 *Criminal proceedings against Horst Otto Bickel and Ulrich Franz* [1998] ECR I-7637, kohta 18.

²⁹⁰ Asia C-224/98 *Marie-Nathalie D’Hoop v Office national de l’emploi* [2002] ECR I-6191, kohdat 30 ja 35.

kansalaisuusperusteisen syrjinnän unionin kansalaisuuden käsitteen avulla ja sen jälkeen unionin kansalaisuuden kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ja yhdenvertaisen kohtelun vaatimuksen avulla.²⁹¹

Toisaalta *Martínez Sala*-, *Grzelczyk*- ja *D’Hoop*-tapauksista huolimatta kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon soveltamisala on edelleen monin tavoin rajoitettu. Ensinnäkin perustamissopimuksen 12 ja 18 artikloiden yhteistulkinta johtaa siihen, että suoja ulotetaan koskemaan ainoastaan jäsenvaltioiden kansalaisia. Toiseksi asian pitää kuulua unionin oikeuden materiaaliseen soveltamisalaan, joten jäsenvaltioiden sisäiset tilanteet jäävät pääsääntöisesti ulkopuolelle. Kolmanneksi perustamissopimuksen 18 artiklaan liittyvät rajoitukset heikentävät taloudellisesti ei-aktiivisten ja ei-omavaraisten unionin kansalaisten suojaa.²⁹²

Tämän kirjoituksen näkökulmasta on keskeistä kysyä, miten unionin kansalaisuus on muuttanut perustamissopimuksen 12 artiklan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon soveltamista aikaisempaan verrattuna. Näkyvin muutos on epäilemättä tapahtunut edellä kuvatulla tavalla kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon henkilöllisessä soveltamisalassa *ratione personae*, jonka piiriin pääsemiseksi riittää nykyisin pelkkä unionin kansalaisuus. Usein huomiota onkin kiinnitetty pelkästään tähän muutokseen. Kirjallisuudessa on kuitenkin esitetty, että tosiasiaassa huomattavin muutos liittyy kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon asialliseen soveltamisalaan *ratione materiae*, vaikka näennäisesti tällä alueella ei ole tapahtunut suuria muutoksia. Käytännössä tämä merkitsee sitä, että unionin kansalaisen voidaan nykyään tietyissä tilanteissa katsoa kuuluvan perustamissopimuksen 12 artiklan asialliseen soveltamisalaan, vaikka hän ei olisi harjoittanut liikkumisvapauttaan.²⁹³

Esimerkiksi *Avello*-tapauksessa EY-tuomioistuin muistutti, että unionin kansalaisuutta koskeva perustamissopimuksen 17 artikla ei sinänsä laajenna yhteisön oikeuden materiaalista soveltamisalaa jäsenvaltioiden sisäisiin tilanteisiin. Tuomioistuin päätyi kuitenkin toteamaan, että pelkkä oleskelu toisen jäsenvaltion alueella riittää tietyissä tilanteissa tuomaan asian yhteisön oikeuden materiaaliseen soveltamisalaan, vaikka hakija ei olisi harjoittanut liikkumisvapauttaan. *Avello*-tapauksessa hakijalla tosin oli kahden eri jäsenvaltion kansalaisuus.²⁹⁴ Myös *Trojani*-tapauksessa tuomioistuin on korostanut laillisen oleskelun (*”lawfully residence”*) merkitystä

²⁹¹ Asia C-184/99 Rudy Grzelczyk v Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve [2001] ECR I-6193, kohdat 30 ja 31.

²⁹² *Verhoeven* 2002, s. 180.

²⁹³ Ks. esim. *Rogers – Scannell* 2005, s. 48–49.

²⁹⁴ Asia C-148/02 Carlos Carcia Avello v Belgian State [2003] ECR I-11613, kohdat 25–27.

perustamissopimuksen 12 artiklan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon soveltamisessa.²⁹⁵ Unionin kansalainen saattaa siis joissakin tilanteissa kuulua perustamissopimuksen 12 artiklan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon asialliseen soveltamisalaan jo pelkästään oleskelemalla laillisesti toisen jäsenvaltion alueella.

Toisin sanoen vaikuttaa siltä, että unionin kansalaisuuden käsite on kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon henkilöllisen soveltamisalan näkyvien muutosten lisäksi aiheuttanut vähittäistä lieventymistä myös asiallisen soveltamisalan tulkintaan. Jälkimmäinen muutos on kuitenkin huomattavasti hienovaraisempi kuin ensiksi mainittu, ja tästä syystä se on myös saanut kirjallisuudessa vähemmän huomiota osakseen. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ja perus- ja ihmisoikeuksien suhteen näkökulmasta tämä asiallisessa soveltamisalassa tapahtunut muutos saattaa kuitenkin osoittautua merkittävämmäksi kuin henkilöllisessä soveltamisalassa tapahtunut muutos. Asiallisessa soveltamisalassa tapahtuneen muutoksen voidaan nimittäin ajatella viittaavan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon itsenäistymiseen sisämarkkinavapauksista. On kuitenkin selvää, että unionin kansalaisella on edelleen huomattavasti paremmat mahdollisuudet täyttää *ratione materiae*-vaatimus, mikäli hän on harjoittanut liikkumisvapauttaan.²⁹⁶

Yhteenvedona voidaan todeta, että saattaisi olla perusteltua suunnata huomio kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon henkilöllisen soveltamisalan eli unionin kansalaisuuden sijasta sen asialliseen soveltamisalaan. Nähdäkseni perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta olisi johdonmukaisempaa irrottaa kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkinta unionin kansalaisuuden käsitteestä sen sijaan, että koko unionin kansalaisuuden käsite pyrittäisiin tuomaan universaalisuusperiaatteen piiriin.

4.3.3 Unionin kansalaisuus perus- ja ihmisoikeuksien valossa

Unionin kansalaisuuden käsite näyttäisi olevan EY-tuomioistuimen tarjoama ratkaisu kansalaisuusperusteisen syrjinnän ongelmiin. Tukea tällaiselle lähestymistavalle on löydettävissä esimerkiksi Euroopan komission kolmannesta unionin kansalaisuutta koskevasta raportista, jossa todetaan, että syrjinnän vastustaminen ja perusoikeuksien turvaaminen ovat läheisessä yhteydessä unionin kansalaisuuden käsitteeseen.²⁹⁷ Komissio toteaa

²⁹⁵ Asia C-456/02 Michel Trojani v Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS) [2004] ECR I-7573, kohdat 37 ja 39–40.

²⁹⁶ Rogers – Scannell 2005, s. 54.

²⁹⁷ Third Report from the Commission on Citizenship of the Union, COM(2001) 506 final, s. 6.

nimenomaisesti, että perustamissopimus takaa unionin kansalaisille muitakin oikeuksia kuin 18–22 artikloissa luetellaan. Esimerkkinä mainitaan perustamissopimuksen 12 artiklan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö.²⁹⁸ Kannanotto saa kuitenkin huolestuttavia piirteitä, jos komission ajatellaan tarkoittavan, että perustamissopimuksen 12 artikla koskisi *ainoastaan* unionin kansalaisia.

Evans osuu nähdäkseni ongelman ytimeen todetessaan: ”- *the limited equality once secured for ‘economically active’ nationals of Member States by provisions such as Article 7 [nyk. 12] of the EEC Treaty has been ‘constitutionalized’ in favour of Union Citizens.*”²⁹⁹ Vastaavanlaisia kannanottoja on usein esitetty esimerkkinä yhdenvertaisuusperiaatteen alueella tapahtuneesta positiivisesta kehityksestä. Tässä kohden haluaisin kuitenkin korostaa, että Evansin toteamus paljastaa havainnollisesti myös ne ongelmat, joita kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon kehitykseen unionin oikeudessa liittyy. Perus- ja ihmisoikeuksiin liittyvä universaalisuusperiaate ei toteudu, jos kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö ulotetaan koskemaan ainoastaan unionin kansalaisia. Lisäksi on kysyttävä, tulisiko kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon sisältää positiivinen elementti, joka edellyttäisi, että taloudellisesti ei-aktiivisilla ja ei-omavaraisilla unionin kansalaisilla olisi myös tosiasiallisesti yhdenvertainen mahdollisuus harjoittaa liikkumisvapauttaan ja oleskeluoikeuttaan.

Kysymys on luonnollisesti poliittisesti arkaluontoinen, sillä samalla astutaan jäsenvaltioiden sosiaalipoliittikan keskeisille alueille. Direktiivin 2004/38/EC 7(1)(b) artiklan rajoitusten taustalta löytyy nimenomaan ajatus siitä, että taloudellisesti ei-aktiivisista unionin kansalaisista ei koituisi kohtuutonta taakkaa kohdevaltion sosiaaliturvajärjestelmälle. Tällä hetkellä unionin oikeus on kansalaisuusperusteisen syrjinnän osalta ikään kuin puolitiessä. Aikaisempi tilanne koettiin epätydyttäväksi taloudellisten seikkojen korostuneen aseman vuoksi. Vaikuttaa siltä, että lopulta ei kuitenkaan ole löytynyt riittävää poliittista tahtoa viedä aloitettua kehitystä loppuun. Toisin sanoen unionin oikeuden imagoa ollaan valmiita pehmentämään sosiaalisen ulottuvuuden ja perus- ja ihmisoikeuksien suuntaan, mutta samanaikaisesti käytännössä halutaan edelleen noudattaa vanhoja ja hyväksi havaittuja taloudellisia arvoja. Tämän kirjoituksen puitteissa ei ole tarkoitus ottaa kantaa siihen, miten unionin tulisi ratkaista nämä poliittiset kysymykset. Sen sijaan olen pyrkinyt tuomaan esiin ne ongelmat ja epäloogisuudet, joita nykyinen tilanne väistämättä sisältää syrjintäoikeuden ja yhdenvertaisuusperiaatteen näkökulmasta. Vaikka tarkastelu keskittyy

²⁹⁸ Loc.Cit

²⁹⁹ Evans 1998, s. 267–268.

hyvin rajattuun teemaan syrjintäoikeuden sisällä, tehdyt havainnot soveltuvat unionin oikeuteen myös laajemmin.

Unionin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon perus- ja ihmisoikeusulottuvuudesta puhuttaessa tulisi kiinnittää huomiota myös siihen, että perus- ja ihmisoikeuksia ja niiden soveltamiseen liittyvää universaalisuusperiaatetta ei voida pitää itsestään selvänä tai ristiriidattomina käsitteinä. Esimerkiksi de Búrca on lähestynyt oikeuksiin liittyvää kriittistä keskustelua nimenomaan integraation näkökulmasta. Hänen mukaansa perus- ja ihmisoikeuksien aseman vahvistuminen on usein nähty unionin oikeudessa yksinomaan positiivisena ja tervetulleena ilmiönä. Samalla oikeuksiin liittyvä kriittinen keskustelu ja tutkimus ovat kuitenkin jääneet vähemmälle huomiolle.³⁰⁰ Tosin poikkeaviakin mielipiteitä on esitetty. Esimerkiksi Weilerin mukaan perusoikeuksien tuominen yhteisön oikeuden tasolle saattaa yhteenkuuluvuuden sijasta lisätä erimielisyyksiä eri jäsenvaltioiden välillä.³⁰¹ De Búrcan mukaan olisi tärkeää kiinnittää huomiota siihen, toteutuvatko perus- ja ihmisoikeusulottuvuuden vahvistumiseen liittyvät lupaukset myös käytännön tasolla vai jääkö ihmisoikeuskeskustelu pelkästään retoriseksi. Perus- ja ihmisoikeuksien yhteiskunnallisiin vaikutuksiin liittyviä riskejä ovat hänen mukaansa kansallisten ja kulttuuristen erojen peittäminen, taloudellisten päämäärien naamioiminen moraaliseksi päämääräksi sekä katteettomat lupaukset yksilön oikeussuojan parantamisesta.³⁰²

Toinen perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta keskeinen kysymys liittyy universaalisuusperiaatteen asemaan. Universaalisuusperiaatteen ajatellaan usein kiteytyvän YK:n yleismaailmallisen ihmisoikeusjulistuksen 1 artiklan toteamukseen kaikkien ihmisten vapaudesta ja tasavertaisuudesta. Universaalisuusperiaate vahvistettiin YK:n maailmankonferenssissa vuonna 1993. Samassa yhteydessä muotoiltu ”*Vienna Declaration and Programme of Action*” toteaa: ”*The universal nature of these rights and freedoms is beyond question*”.³⁰³ Universaalisuusperiaatteen kriitikot ovat kuitenkin kyseenalaistaneet sen, onko koko ihmiskuntaa määritteleviä yhteisiä standardeja ensinnäkään mahdollista muodostaa. Ongelman ytimessä on ihmisoikeuksien käsitteen määrittely, joka nojautuu vahvasti länsimaiseen oikeuskulttuuriin.³⁰⁴ Tässä kirjoituksessa kansalaisuusperusteista syrjintää

³⁰⁰ de Búrca 1995, s. 29–30.

³⁰¹ Weiler perustelee kantansa sillä, että perusoikeudet ovat ilmausta yksilön ja yhteiskunnan välisestä suhdetta määrittelevistä ”perustavanlaatuisista yhteiskunnallisista valinnoista” (”*basic societal choices*”), jotka eroavat eri yhteiskuntien välillä. Ks. tarkemmin Weiler 1999, s. 102–103 ja 106.

³⁰² de Búrca 1995, s. 45, 50 ja 52–53.

³⁰³ Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF. 157/24 (1993), s. 2.

³⁰⁴ Tomuschat 2003, s. 59–60 ja 72.

lähestytään nimenomaan Euroopan unionin oikeuden näkökulmasta. Länsimaisten arvojen, mitä niillä sitten tarkoitetaankin, voidaan tuskin väittää olevan vieras elementti Euroopan unionin tai sen jäsenvaltioiden piirissä. Tästä syystä universaalisuusperiaatetta koskeva kritiikki ei muodostu oleelliseksi tämän kirjoituksen kysymyksenasettelun näkökulmasta.

Viittaa kirjoituksessani useasti myös unionin oikeuden perus- ja ihmisoikeusulottuvuuteen. Samalla tulisi kuitenkin kiinnittää huomiota siihen, että unionin oikeuden perus- ja ihmisoikeusulottuvuus ei ole millään tavoin yksiselitteinen käsite. Kirjallisuudessa on esitetty hyvin erilaisia näkemyksiä unionin oikeuden perus- ja ihmisoikeusulottuvuuden oikeutuksesta, siihen liittyvistä ongelmista sekä toivotusta kehityksestä tulevaisuudessa. Havainnollisen esimerkin tarjoavat yhtäältä Alstonin ja Weilerin puheenvuoro unionin yhdenmukaisen ihmisoikeuspolitiikan puolesta ja toisaalta von Bogdandyn esittämä eriävä mielipide.³⁰⁵ Nähdäkseni kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta keskeisimmäksi osoittautuu kuitenkin Andrew Williamsin teoksessaan ”*EU Human Rights Policies: A Study in Irony*” esittämä analyysi unionin perus- ja ihmisoikeusulottuvuudesta.

Williams kritisoi erityisesti tapaa, jolla perus- ja ihmisoikeudet on kytketty yhteisen identiteetin ja integraation vahvistamiseen. Unionin kansalaisuuden käsite voidaan hänen mukaansa nähdä tämän kehityksen huipentumana.³⁰⁶ Identiteetin muodostamiseen liittyvä prosessi on Williamsin mukaan saanut syrjiviä piirteitä, jotka heijastuvat väistämättä myös unionin sisäiseen ja ulkoiseen perus- ja ihmisoikeusulottuvuuteen.³⁰⁷ Itse asiassa Williams päätyy toteamaan, että syrjintä esiintyy piilevänä jo niissä rakenteissa, joiden avulla unioni pyrkii edistämään ihmisoikeuksien toteutumista. ”*Mainstreaming*”-käsitteen ympärille kietoutuva perus- ja ihmisoikeuskeskustelu jää sen vuoksi vaille merkitystä siihen asti, kunnes unionin piirissä ollaan valmiita tunnustamaan eurooppalaisen identiteetin käsitteeseen liittyvät rakenteelliset ongelmat ja syrjivät käytännöt.³⁰⁸ Williamsin esittämän kritiikin valossa on selvää, että kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon suhdetta unionin kansalaisuuteen on arvioitava yksityiskohtaisemmin.

Kansalaisuuden käsite rakentuu unionin tasolla hyvin erilaisista aineksista kuin yksittäisen (jäsen)valtion tasolla. MacCormickin mukaan käsitteellä ”*nation*” on kolme ulottuvuutta: ”*ethnic*”, ”*cultural*” ja ”*civic*”.³⁰⁹ Tämä käsitteellinen ero on tärkeä hahmottaa myös tarkasteltaessa unionin kan-

³⁰⁵ Ks. Alston – Weiler 1999, s. 6–7, 9 ja 18 ja von Bogdandy 2000, s. 1312 ja 1317.

³⁰⁶ Williams 2004, s. 181–182.

³⁰⁷ Ibid., s. 189–190.

³⁰⁸ Ibid., s. 200 ja 202–203.

³⁰⁹ MacCormick 1999, s. 169.

salaisuutta ja kansalaisuusperusteista syrjintää. Kaarlo Tuorin mukaan on tärkeää kysyä, riittääkö kansalaisuuden käsitteen poliittinen ulottuvuus itsessään eurooppalaisen *demoksen* muodostumiseen, kun tukea ei voida hakea nationalistisia elementtejä sisältävästä kulttuurisesta tai etnisestä ulottuvuudesta.³¹⁰ Vastaavasti Preuß on pohtinut unionin kansalaisuuden käsitteen mahdollisuuksia kehittyä perinteisten kansallisvaltioiden rajat ylittäväksi ja samanaikaisesti niiden puitteissa operoivaksi ”*societas civilis sive politica*” -käsitteeksi. Tämä kuitenkin edellyttäisi hänen mukaansa sen ratkaisemista, miten demokratian käsite voidaan määritellä kansallisvaltioiden rajat ylittävissä puitteissa.³¹¹ Tuorin mukaan *demoksen* taustalta löytyvän ”*nation*”-käsitteen normatiivisen tarkastelun välineenä voidaan käyttää kansainvälisiä ihmisoikeusinstrumentteja. Ihmisoikeuksien valossa on hänen mukaansa pääteltävissä, että MacCormickin kolmas, eli poliittinen ulottuvuus (”*civic*”), on suositeltavin kansalaisuuden ja siihen liittyvän *demoksen* taustavoimana.³¹²

Tuorin näkemys on merkittävä myös kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta. Sen valossa unionin kansalaisuuden käsite vaikuttaisi käyttökelpoiselta myös unionin perus- ja ihmisoikeusulottuvuuden näkökulmasta. Ongelmalliseksi muodostuu kuitenkin mielestäni se, että vaikka unionin kansalaisuuden käsite teoriassa rakentuu nimenomaan kolmannen, eli poliittisen (”*civic*”), ulottuvuuden varaan, ei se tosiasiasa ole vapautunut etnisen ja kulttuurisen ulottuvuuden painolastista. Tilannetta vaikeuttaa entisestään se, että toisin kuin perinteisessä kansallisvaltiossa, unionissa etninen ja kulttuurinen ulottuvuus eivät ole millään tavoin yksiselitteisiä käsitteitä, vaan jokaisella jäsenvaltiolla on niistä omanlaisensa käsitys. Tämä ongelma on selvästi havaittavissa perustamissopimuksen 17 artiklassa, jonka mukaan unionin kansalaisuus ainoastaan täydentää jäsenvaltioiden kansalaisuutta.

Vallitsevassa tilanteessa unionin kansalaisuuden käsite on siis näennäisesti huomattava edistysaskel perus- ja ihmisoikeusulottuvuuden näkökulmasta. Lähempi tarkastelu kuitenkin osoittaa, että tosiasiallisesti unionin kansalaisuuden käsitteeseen on liitetty jäsenvaltioiden *demosten* etnistä ja kulttuurista painolastia tavalla, joka lamaannuttaa unionin kansalaisuuden käsitteen perus- ja ihmisoikeusnäkökulmasta katsottuna. Tämä puolestaan on merkityksellistä myös kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon kannalta. Unionin syrjintäoikeuden ongelmat on tiedostettu laajasti, mutta

³¹⁰ Tuori 2004, s. 69.

³¹¹ Preuß 1995, s. 280.

³¹² Tuori 2004, s. 68–69 ja 81.

aivan liian usein unionin kansalaisuuden käsitettä on sellaisenaan tarjottu näiden ongelmien ratkaisuksi.

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ongelmat eivät ensisijaisesti liity siihen, että tietyt poliittiset osallistumisoikeudet on rajattu pelkästään jäsenvaltioiden kansalaisille. Perus- ja ihmisoikeuksiin liittyvästä universaalisuusperiaatteesta poikkeaminen on tyyppillisesti hyväksytty kansalaisuuteen liittyvien poliittisten oikeuksien yhteydessä. Sekä KP-sopimuksen 25 artikla että Euroopan ihmisoikeussopimuksen 16 artikla sisältävät tällaisen säännöksen. Nämä ns. kansalaisuus-oikeudet (*”citizenship rights”*) eivät ole ihmisoikeuksia siinä mielessä, että niiden ajateltaisiin kuuluvan ”jokaiselle”. Unionin kansalaisuuden käsitteen eksklusiivista luonnetta ei kuitenkaan mielestäni voida perustella näihin säännöksiin vetoamalla. Unionin kansalaisuuden käsitteelle on nimittäin annettu tärkeä asema myös poliittisten osallistumisoikeuksien ulkopuolella.

Kansalaisuuden perusteella tapahtuva eriarvoiseen asemaan asettaminen on ihmisoikeuksien soveltamistilanteissa pääsääntöisesti kielletty, ja edellä mainitut poliittiset kansalaisoikeudet muodostavat ainoastaan poikkeuksen tähän pääsääntöön. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta tilanne on ongelmallinen sen vuoksi, että unionin oikeus on laajentanut poliittisten kansalaisoikeuksien alueella sallitut rajoitukset koskemaan myös monia muita tilanteita. Unionin perus- ja ihmisoikeusvelvoitteiden valossa ei voida pitää perusteltuna, että kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tarjoama suoja on rajoitettu koskemaan ainoastaan jäsenvaltioiden kansalaisia myös monissa poliittisten osallistumisoikeuksien ulkopuolelle jäävissä tilanteissa.

Unionin oikeudessa valittua linjaa on pyritty perustelemaan sillä, että esimerkiksi sisämarkkinavapauksien toteuttamiseen liittyvillä ongelmilla ei ole suoraa vertailukohdetta yleisessä kansainvälisessä oikeudessa, ja sen vuoksi kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoa olisi tulkittava unionin oikeuden valossa eri tavalla kuin yleisen kansainvälisen oikeuden valossa. Nähdäkseni unioni ei kuitenkaan voi tässä kohden vetäytyä *”sui generis”* -käsitteen suojiin etenkään, kun otetaan huomioon unionin tasolla, erityisesti perusoikeuskirjassa, tapahtunut sitoutuminen perus- ja ihmisoikeusvelvoitteiden noudattamiseen. Toisaalta poliittisia oikeuksia ei voida erottaa unionin kansalaisuuden käsitteestä, koska koko käsitteen idea on juuri eurooppalaisen *demoksen* luominen ja demokraattiseen osallistumiseen nojautuvan unionin legitimitietin vahvistaminen.

Kirjallisuudessa on tosin esitetty myös päinvastaisia kannanottoja TSS-oikeuksien ja poliittisten osallistumisoikeuksien suhteesta unionin oikeudessa. Esimerkiksi Kingreenin mukaan unionin oikeudessa on taloudellisten ja sosiaalisten osallistumisoikeuksien avulla pyritty kompensoimaan poliitti-

seen yhdenvertaisuuteen ja osallistumiseen sisältyviä puutteita ja aukkoja.³¹³ Nähdäkseni ongelmat ovat kuitenkin juuri päinvastaisia, eli taloudellisten ja sosiaalisten oikeuksien alueella on sovellettu rajoituksia, jotka voidaan kansainvälisen oikeuden näkökulmasta perustella ainoastaan poliittisten oikeuksien yhteydessä. Yhdyn sen vuoksi Verhoevenin näkemykseen siitä, että unionin kansalaisuuteen liittyvät poliittiset oikeudet tulisi määrittellä suppeasti ja varsinainen perus- ja ihmisoikeuksien määrittely tulisi tehdä universaalisuusperiaatteen valossa.³¹⁴ Toisin sanoen unionin kansalaisuus rajattaisiin nimenomaan poliittisen osallistumisen ja poliittisten oikeuksien alueelle. Samanaikaisesti olisi tärkeää luopua kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon määrittelemisestä yksinomaan unionin kansalaisuuden avulla.

Oikeuksien rajaamista koskeva kysymys on keskeinen myös kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ja unionin kansalaisuuden käsitteen näkökulmasta. Tilanne ei kuitenkaan ole yksiselitteinen, sillä kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon kohdalla ei niinkään ole kysymys materiaalisesta oikeudesta, vaan oikeudesta, joka voi lopulta tulla sovellettavaksi sekä KP- että TSS-oikeuksien yhteydessä. Omasta mielestäni perustellulta vaikuttaa ehdotus, jossa unionin kansalaisuuden käsite rajattaisiin koskemaan nimenomaan poliittisia oikeuksia. Sosiaalisten ja taloudellisten oikeuksien alueella sovellettaisiin sen sijaan edellä alaluvussa 4.3.1 kuvattua ns. tosiasiallisen yhteyden vaatimusta, jolloin unionin oikeuden sosiaalisten ja taloudellisten oikeuksien piiriä ei rajattaisi koskemaan ainoastaan taloudellisesti aktiivisia ja omavaraisia jäsenvaltioiden kansalaisia, vaan myös muita unionin alueella laillisesti oleskelevia henkilöitä, joiden kohdalla tosiasiallisen yhteyden vaatimus täytyisi.³¹⁵ Vastaavasti käännteinen syrjintä tulisi kielletyksi, sillä sisämarkkinavapauksien, erityisesti henkilöiden liikkumisvapauden, tarjoama suoja ei olisi riippuvainen jäsenvaltioiden rajat ylittävistä elementistä.

Luonnollisesti myös tosiasiallisen yhteyden vaatimusta olisi tulkittava perus- ja ihmisoikeuksien valossa. Tällä hetkellä pääsääntönä on suojan rajaaminen taloudellisesti aktiivisten tai omavaraisten unionin kansalaisten piiriin ja ainoastaan nimenomaisilla säädöksillä suojaa on laajennettu koskemaan myös taloudellisesti ei-omavaraisten unionin kansalaisten ja unionin alueella laillisesti oleskelevien kolmansien maiden kansalaisten. Vaihtoehtoisessa tulkinnassa pääsääntönä olisi kansalaisuusperusteisen syr-

³¹³ Kingreen 2006, s. 561–562.

³¹⁴ Verhoeven 2002, s. 188–189.

³¹⁵ Ks. edellä s. 60. Ks. myös samasta aiheesta yksityiskohtaisemmin esim. Davis 2002, s. 136–137.

jinnän kiellon laajentaminen koskemaan kaikkia unionin alueella laillisesti oleskelevia henkilöitä. Tällöin suojan rajaaminen koskemaan ainoastaan unionin kansalaisia olisi mahdollista vain nimenomaisen ja perustellun unionin tasolla tehdyn päätöksen nojalla.

*Demirel-, Cinétheque-, Wachauf-, ERT- ja Familiapress-*ratkaisuisaan EY-tuomioistuin on todennut arvioivansa perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista ainoastaan perustamissopimusten soveltamisalaan kuuluvissa tilanteissa.³¹⁶ Useat perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta relevantit tilanteet jäävät kokonaan unionin toimivallan ulkopuolelle. Tämän on puolestaan argumentoitu johtavan yksilöiden välillä kasvavaan eriarvoisuuteen siitä riippuen, kuuluuko heidän asiansa EY-tuomioistuimen mukaan unionin oikeuden soveltamisalaan vai ei.³¹⁷ Esimerkiksi *Grant*-tapauksessa EY-tuomioistuin otti kantaa yhdenvertaisuusperiaatteen ja kansainväliseen oikeuteen perustuvien ihmisoikeusvelvoitteiden suhteeseen. Tuomioistuimen mukaan ihmisoikeusvelvoitteet on otettava huomioon yleisiä oikeusperiaatteita tulkittaessa, mutta niiden perusteella ei kuitenkaan voida laajentaa perustamissopimuksen tulkintaa yhteisön olemassaolevan toimivallan ulkopuolelle.³¹⁸

Kirjallisuudessa on todettu, että toimivaltaa luovan ja muuttavan vaikutuksen puuttumisen vuoksi perusoikeuksien merkitys jää toiminnan rajoittamisen asteelle sen sijaan, että perusoikeuksien toteutumista edistettäisiin aktiivisin toimenpitein.³¹⁹ Viimeksi mainittu näkökulma on merkityksellinen myös kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon kannalta. Syrjintäoikeuden positiivisen ulottuvuuden toteutuminen jää nimittäin haaveeksi, mikäli perus- ja ihmisoikeuksien ja toimivallan suhdetta ei kyetä määrittelemään uudella tavalla. Tilanne ei kuitenkaan ole muuttunut perusoikeuskirjan myötä, sillä 51(2) artiklan mukaan unioni ei saa perusoikeuskirjan nojalla uusia tehtäviä tai toimivaltuuksia. Prechal osuikin epäilemättä ongelman ytimeen todetessaan: ”- - *by its very nature, the EU as an international*

³¹⁶ Asia 12/86 Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd [1987] ECR 3719, kohta 28; asiat 60 ja 61/84 Cinétheque SA and others v Fédération nationale des cinémas français [1985] ECR 2605, kohta 26; asia 5/88 Hubert Wachauf v Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft [1989] ECR 2609, kohta 19; asia C-260/89 Ellinki Radiophonia Tileorassi AE v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas [1991] ECR I-2925, kohta 43 ja asia C-368/95 Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags und Vertriebs GmbH v Heinrich Bauer Verlag [1997] ECR I-3689, kohta 24.

³¹⁷ Ks. esim. *Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins* 2006, s. 268–269 ja *Toth* 2000, s. 84.

³¹⁸ Asia C-249/96 Lisa Jaqueline Grant v South-West Trains Ltd. [1998] ECR I-621, kohdat 43–45.

³¹⁹ Ks. esim. *Ojanen* 2006, s. 179.

*organization with broad but still conferred and therefore intrinsically limited powers, can not enforce equality in every possible respect”.*³²⁰

Tässä kirjoituksessa olen pyrkinyt osoittamaan, että kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellolle unionin oikeudessa annettuun tulkintaan liittyy useita ongelmia perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta. Mikäli näitä ongelmia ei unionin piirissä oteta vakavasti, vaarantuu unionin uskottavuus sekä sisäisesti että ulkoisesti. Syrjintäoikeuden alueella esiintyvät ongelmat eivät kuitenkaan ole irrallaan unionin muusta kehityksestä. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tarkastelu osoittaa, että unioni on poliittinen ja oikeudellinen rakennelma, jossa kaikki riippuu kaikesta. Toisin sanoen kyse ei ole pelkästään unionin haluttomuudesta suhtautua vakavasti perus- ja ihmisoikeusvelvoitteisiin, vaan artikkelissa esiin nostetut kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ongelmat juontavat juurensa unionin konstitutionaaliseen kehitykseen ja toimivallanjakoon liittyvistä perustavanlaatuisista kysymyksenasetteluista.

5 YHTEENVETO

5.1 Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon keskeiset ongelmat perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta

Unionin kansalaisuuden käsitteeseen nojautuva kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkinta on sidoksissa kolmannessa pääluvussa esitellyyn unionin syrjintäoikeuden ”*sui generis*” -luonteeseen. Niin kauan kuin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltä on sidottu jäsenvaltioiden rajat ylittävään elementtiin, unionin kansalaisuuteen ja taloudelliseen aktiivisuuteen ja omavaraisuuteen, on ristiriitaista puhua perus- tai ihmisoikeusulottuvuuden toteutumisesta.

Kyse ei ole yksinomaan Euroopan unionin piirissä ilmenevästä ongelmasta, mutta unionin kohdalla on otettava huomioon myös sen rooli mahdollisena esikuvana perus- ja ihmisoikeuksien noudattamiseen liittyvissä kysymyksissä. Erikseen on tietenkin arvioitava, voidaanko perus- ja ihmisoikeuksien kokonaisvaltaista toteutumista ensinnäkään pitää unionin oikeuden päämääränä. Mikäli vastaus kuitenkin on myönteinen, tulisi edellä mainitut kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkintaan liittyvät ongelmat ottaa vakavasti. De Búrca on osuvasti todennut: ”*The international status of human rights had become such that no state and no developed*

³²⁰ Prechal 2004, s. 551.

political entity, especially not such an ambitious emerging supranational order, could afford to eschew its language or its values".³²¹ On myös tärkeää huomata, että Euroopan parlamentti on korostanut ihmisoikeuksiin liittyvän universaalisuusperiaatteen absoluuttista luonnetta jo vuonna 1993 antamassaan päätöslauselmassa.³²²

Erityisen ongelmalliseksi tilanteen tekee se, että kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon rajoitukset eivät perustu suoraan perustamissopimuksen 12 artiklaan, vaan perustamissopimuksen 18 ja 39 artikloiden nojalla annettuihin myöhempiin sekundaarinormeihin ja oikeuskäytäntöön. Niille voidaan hakea tukea ainoastaan sitä kautta, että perustamissopimuksen 12 artiklan perusteella kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ei tulisi estää ”*tämän sopimuksen erityismääräysten soveltamista*”. Voidaankin asettaa kyseenalaiseksi, ovatko tällaiset rajoitukset perustamissopimuksen 12 artiklan alkuperäisten tavoitteiden mukaisia. Ongelman ytimessä on kysymys siitä, tulisiko perustamissopimuksen 12 artiklan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkinnan viitekehystä etsiä perinteisistä KP-oikeuksista vai *sui generis*-tyyppisistä sisämarkkinavapauksista. Kumpi lähestymistapa sitten on oikea ja kumpaa lähestymistapaa unionin oikeusjärjestyksen tulisi soveltaa kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon yhteydessä? Vastausta ei mielestäni voida perustella yksinomaan unionin oikeuden avulla, vaan perustelu on löydettävä sen ulkopuolelta ja siitä riippumatta. Tässä kirjoituksessa vastausta on etsitty kansainvälisestä oikeudesta ja erityisesti unionin perus- ja ihmisoikeusvelvoitteista.

Esimerkiksi Whiten mukaan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkintaan unionin kansalaisuuden perusteella tehdyt laajennukset eivät merkitse, että kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon yhteydessä voitaisiin puhua perus- ja ihmisoikeuksista universaalissa merkityksessä.³²³ Vastaavasti Ulrich Preuß on osuvasti todennut: ”*The distinction between rights of man and rights of citizen remains significant*.”³²⁴ Unionin kansalaisten oikeudet ja perus- ja ihmisoikeudet ovat siis kaksi eri asiaa, vaikka unionin oikeuden perusteella tämä ero saattaa valitettavasti hämärtyä. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon nykyinen tulkinta on johtanut tilanteeseen, jossa näiden kahden ryhmän välinen raja on asetettu kansainvälisen oikeuden näkökulmasta väärään paikkaan. Toisin sanoen pelkästään unionin kansalaisille kuuluvien oikeuksien ryhmään on sisällytetty myös sellaisia oikeuksia,

³²¹ *de Búrca* 1995, s. 40–41.

³²² European Parliament Resolution on Respect for Human Rights in the European Community, OJ C 115/178 (26.4.1993), kohta 4.

³²³ *White* 2005, s. 902.

³²⁴ *Preuß* 1995, s. 275.

jotka yleisen kansainvälisen oikeuden valossa kuuluisivat kaikille ihmisille universaalisti kuuluvien perus- ja ihmisoikeuksien ryhmään.

5.2 Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulevaisuus

Unionin suhdetta perus- ja ihmisoikeuksiin on perinteisesti kuvailtu ns. ”autonomisen logiikan” käsitteen avulla.³²⁵ Esimerkiksi Hilsonin mukaan useiden oikeuksien kohdalla voidaan puhua vain osittaisesta toteutumisesta (”*partial right*”), koska unionin oikeudessa taatun oikeuden ja vastaavan yleisen perus- tai ihmisoikeuden soveltamisalat eivät ole yhtenevät.³²⁶ Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon alueellakaan ei siis voida automaattisesti olettaa, että EY-tuomioistuimen tulkinta seuraisi alkuperäisten lähteiden, kuten kansainvälisten ihmisoikeussopimusten, mukaista tulkintaa. Unionin oman itseymmärryksen näkökulmasta pelkkä erojen esiin tuominen ei luultavasti ole riittävä perustelu tulkinnan muuttamiseksi. Unionin perus- ja ihmisoikeuksien alueella soveltama ”autonominen logiikka” näyttäisi edellyttävän, että erikseen on perusteltava, *miksi* unionin tulisi kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon alueella omaksua yhdenmukaisempi, tai vähintään johdonmukaisempi, tulkinta suhteessa kansainvälisiin perus- ja ihmisoikeusinstrumentteihin. Tätä kysymystä puolestaan voidaan lähestyä vähintään kahdesta eri näkökulmasta. Ensinnäkin voidaan käyttää kieltä, joka on unionille tuttu sen omaa historiallista taustaa vasten. Tällöin perus- ja ihmisoikeuksien kanssa yhdenmukaisen tulkinnan arvo välineellistetään, ja unioni pyritään vakuuttamaan esimerkiksi sen ulkoiseen uskottavuuteen liittyvillä argumenteilla. Toisaalta kysymystä on nähdäkseni mahdollista lähestyä myös syvällisemmällä tasolla. Tällöin yhdenmukaisen tulkinnan välineellisen arvon sijasta keskitytään siihen, miten tulkinnassa ilmenevät ristiriidat vaikuttavat unionin sisäiseen tasapainoon. Kysymystä voidaan analysoida esimerkiksi unionin sisäisen johdonmukaisuuden, legitimitietin, identiteetin ja arvopohjan näkökulmasta.

Tässä kohden on tärkeää pysähtyä arvioimaan, kuinka pitkälle EY-tuomioistuin on tarvittaessa valmis tinkimään perus- ja ihmisoikeuksien suojasta unionin päämäärien hyväksi. Konfliktin mahdollisuutta ei tule sivuuttaa. Yhtä tärkeää on kuitenkin kiinnittää huomiota siihen, että monissa tilanteissa perus- ja ihmisoikeuksien suoja voidaan määritellä suoraan unionin oikeuden päämääriin sisältyväksi. Tällöin tulkintatilanteessa ei enää ole kysymys jonkin ”ulkoisen” ihmisoikeusvelvoitteen ja unionin oikeuden

³²⁵ Ks. esim. *Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins* 2006, s. 237.

³²⁶ *Hilson* 2004, s. 649–650.

päämäärien välisestä ristiriidasta, vaan unionin oikeuden omien päämäärien sisällä tapahtuvasta punninnasta. Tällaisessa punninnassa on luonnollisesti omat, unionin funktionaaliseen ja markkinakeskeiseen luonteeseen liittyvät riskinsä. Itse näkisin asian kuitenkin niin, että vasta unionin oikeuden sisäisinä päämäärinä perus- ja ihmisoikeuksilla on mahdollisuus tosiasiallisesti muokata unionin oikeuden suhtautumista esimerkiksi kansalaisuuden perusteella tapahtuvaan syrjintään. Useat kirjoittajat ovat käyttäneet käsitettä ”*mainstreaming*” tässä yhteydessä.³²⁷ Usein perus- ja ihmisoikeuksiin liittyvää kehitystä on kuitenkin arvosteltu sen retorisesta luonteesta. Kriittikkiin on epäilemättä syytä suhtautua vakavasti. Samanaikaisesti tulisi kuitenkin muistaa, että perus- ja ihmisoikeuksien retorinen omaksuminen on välttämätön välivaihe niiden tosiasiallisen omaksumisen tiellä.

Mikä sitten on tehokkain tapa huolehtia siitä, että unionin oikeuden perus- ja ihmisoikeuslottuvuus siirtyisi retorisesta kehitysvaiheesta oikeuksien tosiasialliseen toteuttamiseen? Uskoakseni lopputulos on perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta edullisempi, jos punninta tapahtuu aidosti unionin oikeuden kaanonin sisällä sen sijaan, että perus- ja ihmisoikeudet nähtäisiin ikään kuin ulkoapäin, unionin kansainvälisistä velvoitteista tai jäsenvaltioiden kansallisista oikeusjärjestyksistä, tulevana standardina, joka rajoittaa unionin ”aitojen” päämäärien toteutumista. Tämä ei luonnollisestikaan ole mikään uusi ajatus. Erilaiset toimijat ovat pyrkineet vakiinnuttamaan perus- ja ihmisoikeuksien asemaa unionin oikeudessa koko sen historian ajan. Nähdäkseni perus- ja ihmisoikeuslottuvuuden kehityksen välttämättömiin välivaiheisiin kuuluva retorinen elementti johtaa kuitenkin usein reaktioihin, jotka eivät itse asiassa lainkaan edistä perus- ja ihmisoikeuksien lopullista toteutumista unionin oikeuden piirissä.

Tässä kohden tukea voidaan hakea esimerkiksi Tuorin oikeuden eri kerrostumia koskevasta ajattelumallista.³²⁸ Tuorin mukaan oikeuden kerrostumien vuorovaikutusta voidaan tarkastella oikeusjärjestelmän ”kypsymisen” näkökulmasta (*”process of maturation”*). Kypsä oikeusjärjestelmä voidaan tunnistaa siitä, että perus- ja ihmisoikeudet kuuluvat oikeuden syvärakenteen ytimeen.³²⁹ Ojanen puolestaan on korostanut, että eri kerrosten välinen vuorovaikutus ei ole ”mekaanista”, mutta toisaalta kehitys rakentuu aina jo olemassa olevan aineksen varaan, eikä oikotietä ylemmälle tasolle sen vuoksi ole.³³⁰ Lisäksi hänen mukaansa on tärkeätä havaita, että ylemmälle

³²⁷ Ks. esim. *Bell* 2002, s. 207 ja *Ellis* 2005, s. 115.

³²⁸ Ks. esim. *Tuori* 1998, s. 233–235.

³²⁹ *Ibid.*, s. 244 ja 247.

³³⁰ *Ojanen* 1998, s. 45 ja 54.

tasolle edetessään kehitys samalla myös hidastuu.³³¹ Perus- ja ihmisoikeuksien aseman vahvistuminen unionin oikeudessa voidaan ymmärtää prosessina, jossa jokainen välivaihe on välttämätön lopullisen oikeuden syvätason saavuttamiseksi. Sen vuoksi onkin kysyttävä, nähdäänkö perus- ja ihmisoikeuksien nykyinen, sinänsä riittämätön, kehitys välivaiheena vai lopullisena epäonnistumisena, josta voidaan edetä ainoastaan keskittymällä vastakkainasetteluun unionin päämäärien ja kansainvälisten tai kansallisten ihmisoikeusvelvoitteiden välillä.

Perinteisesti sisämarkkinavapauksien ja perus- ja ihmisoikeuksien keskinäissuhde on yhteisön oikeuden piirissä nähty eräänlaisena jatkumona, johon viitataan usein Saksan valtiosääntötuomioistuimen antamien ns. Solange I ja Solange II -ratkaisujen kautta.³³² Perinteistä ajattelumallia on kuitenkin arvosteltu siitä, että sisämarkkinavapaudet nähdään integraatiota luovina ja perus- ja ihmisoikeudet ainoastaan integraatiota legitimoivina.³³³ Tämä näkemys tukee edellä konfliktihakuisuutta vastaan esittämäni kritiikkiä. Vastakkainasettelun sijasta hedelmällisempää olisi kiinnittää huomiota perus- ja ihmisoikeuksien integraatiota luoviin piirteisiin sen sijaan, että niille jätetään ainoastaan legitimoiva rooli. Nähdäkseni kysymys perus- ja ihmisoikeuksien sijoittumisesta akselilla integraatiota luova – integraatiota legitimoiva sivuaa hyvin läheisesti keskustelua negatiivisesta ja positiivisesta integraatiosta. Esimerkiksi Alston ja Weiler ovat korostaneet, että perus- ja ihmisoikeuksien alueella positiivisen integraation hyväksyminen on osoittautunut huomattavasti vaikeammaksi kuin muilla yhteisön oikeuden alueilla.³³⁴ Itse olisin valmis ajattelemaan, että tässä on ollut pitkälti kyse juuri siitä, että perus- ja ihmisoikeudet on nähty ainoastaan integraatiota legitimoivina. Todennäköisesti positiivinen integraatio on täysipainoisesti mahdollista perus- ja ihmisoikeuksien alueella vasta siinä vaiheessa, kun ne ymmärretään myös integraatiota luoviksi tekijöiksi. Toisaalta vaarana on perus- ja ihmisoikeuksien välineellistyminen. Vain omilla ehdoillaan toimiessaan perus- ja ihmisoikeudet voivat tuoda jotakin lisää yhtäältä kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkintaan ja toisaalta laajemmin unionin oikeuteen ja integraatioprosessiin.

Lissabonin sopimuksessa³³⁵ yhdenvertaisuus esiintyy useissa eri rooleissa. Sopimuksen 1a artiklassa lueteltujen unionin arvojen joukossa

³³¹ Ibid., s. 58.

³³² Solange I, Bundesverfassungsgericht 29.5.1974 ja Solange II, Bundesverfassungsgericht 22.10.1986.

³³³ Ks. esim. Kingreen 2006, s. 567.

³³⁴ Alston – Weiler 1999, s. 10.

³³⁵ Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, Conference of the representatives of the governments of the

mainitaan nimenomaisesti myös yhdenvertaisuus ja syrjimättömyys. Sopimuksen 2 artiklassa puolestaan unionin päämäärien joukossa mainitaan yleisellä tasolla syrjinnän torjuminen ja sosiaalinen oikeudenmukaisuus. Lissabonin sopimus ei kuitenkaan pyri yhdenmukaistamaan unionin syrjintäoikeudellista sääntelyä. Perustamissopimuksen kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltä on siirretty sellaisenaan erilliseen 16 D artiklaan samalla, kun muista syrjintäperusteista säädetään 16 E artiklassa. Unionin perus- ja ihmisoikeusulottuvuuden näkökulmasta erityisen mielenkiintoinen on unionin ulkosuhteita käsittelevä 10 A artikla. Artiklan mukaan unionin tulisi edistää omien periaatteittensa toteutumista myös globaalissa kontekstissa. Näistä periaatteista mainitaan nimenomaisesti mm. universaalisuus, perus- ja ihmisoikeuksien jakamattomuus, yhdenvertaisuusperiaate sekä YK:n peruskirjan ja kansainvälisen oikeuden kunnioittaminen. Voidaankin kysyä, merkitseekö artiklan yksiselitteinen sanamuoto muutoksia unionin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon nykyiseen tulkintaan ja onko unioni vihdoin valmis tunnustamaan perus- ja ihmisoikeuksien universaalien luonteen myös sisäisessä ulottuvuudessaan.

Member States, OJ C 306/01 (17.12.2007). Lissabonin sopimuksen tulevaisuus on kuitenkin artikkelin kirjoittamishetkellä epävarma Irlannissa 12.6.2008 järjestetyn kansanäänestyksen kielteisen tuloksen vuoksi.

LÄHTEET

Kirjallisuus

- Ahmed, Tawhida – Butler, Israel de Jesús*: The European Union and Human Rights: An International Law Perspective. *The European Journal of International Law*, Vol. 17, 4/2006. Sivut 771-801. (*Ahmed – Butler 2006*)
- Alston, Philip – Weiler, J. H. H.*: An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights, teoksessa Alston, Philip (ed.): *The EU and Human Rights*. Oxford University Press, Oxford. 1999. (*Alston – Weiler 1999*)
- Arnardóttir, Oddný Mjöll*: Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights. Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, the Hague. 2003. (*Arnardóttir 2003*)
- Barnard, Catherine*: The Principle of Equality in the Community Context: P. Grant, Kalanke and Marshall: Four Uneasy Bedfellows? *Cambridge Law Journal*, Vol. 57, 2/1998. Sivut 352-373. (*Barnard 1998*)
- Barnard, Catherine*: The Substantive Law of the EU: the Four Freedoms. Oxford University Press, Oxford. (*Barnard 2004*)
- Bayefsky, Anne F.*: The Principle of Equality or Non-discrimination in International Law. *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, 1-2/1990. Sivut 1-34. (*Bayefsky 1990*)
- Bell, Mark*: Anti-Discrimination Law and the European Union. Oxford University Press. 2002. (*Bell 2002*)
- Bernard, Nicolas*: What are the Purposes of EC Discrimination Law?, teoksessa Dine, Janet – Watt, Bob (eds.): *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications*. Longman. 1996. (*Bernard 1996 a*)
- Bernard, Nicolas*: Discrimination and Free Movement in EC Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.45, 1/1996. Sivut 82-108. (*Bernard 1996 b*)
- Beyani, Chaloka*: Human Rights Standards and the Free Movement of People Within States. Oxford University Press, New York. 2000. (*Beyani 2000*)
- von Bogdandy, Armin*: The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the core of the European Union. *Common Market Law Review*, Vol. 37, ?/2000. Sivut 1307-1338. (*von Bogdandy 2000*)
- de Búrca, Gráinne*: The Language of Rights and European Integration, teoksessa Shaw, Jo – More, Gillian (eds.): *New Legal Dynamics of European Union*. Clarendon Press, Oxford. 1995. (*de Búrca 1995*)
- de Búrca, Gráinne*: The Role of Equality in European Community Law, teoksessa Dashwood, Alan – O'Leary, Síofra (eds.): *The Principle of Equal Treatment in E.C. Law*. Sweet & Maxwell. 1997. (*de Búrca 1997*)
- Carrera, Sergio*: What Does Free Movement Mean in Theory and Practice in an Enlarged EU? *European Law Journal*, Vol. 11, 6/2005. Sivut 699-721. (*Carrera 2005*)
- Chalmers, Damian – Hadjiemmanuil, Christos – Monti, Giorgio – Tomkins, Adam*: *European Union Law: text and materials*. Cambridge University Press, Cambridge. 2006. (*Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins 2006*)

- Collins, Hugh*: Discrimination, Equality and Social Inclusion. *Modern Law Review*, Vol. 66, 1/2003. Sivut 16-43. (*Collins 2003*)
- Craig, Paul – de Búrca, Gráinne*: EU Law: text, cases and materials. Oxford University Press, Oxford. 2003. (*Craig – de Búrca 2003*)
- Dahrendorf, Ralf*: The Changing Quality of Citizenship, teoksessa van Steenberg, Bart (ed.): The Condition of Citizenship. SAGE Publications. 1994. (*Dahrendorf 1994*)
- Davies, Gareth*: Nationality Discrimination in the European Internal Market. Kluwer Law International, the Hague. 2003. (*Davies 2003*)
- Davies, Gareth*: ‘Any Place I Hang My Hat?’ or: Residence is the New Nationality. *European Law Journal*, Vol. 11, 1/2005. Sivut 43-56. (*Davies 2005*)
- Davis, Roy W*: Citizenship of the Union ... rights for all? *European Law Review*, Vol. 27, April/2002. Sivut 121-137. (*Davis 2002*)
- Ellis, Evelyn*: EU Anti-Discrimination Law. Oxford University Press, Oxford. 2005. (*Ellis 2005*)
- Evans, Andrew*: Union Citizenship and the Constitutionalization of Equality in EU Law, teoksessa La Torre, Massimo (ed.): European Citizenship, An Institutional Challenge. Kluwer Law International, the Hague. 1998. (*Evans 1998*)
- Everson, Michelle*: The Legacy of the Market Citizen, teoksessa Shaw, Jo – More, Gillian (eds.): New Legal Dynamics of European Union. Clarendon Press, Oxford. 1995. (*Everson 1995*)
- Fredman, Sandra*: Discrimination Law. Oxford University Press. 2002. (*Fredman 2002*)
- Gardner, John*: Private Activities and Personal Autonomy: At the Margins of Anti-discrimination Law, teoksessa Hepple, Bob – Szyszczak, Erika (eds.): Discrimination: The Limits of Law. Mansell Publishing Limited. 1992. (*Gardner 1992*)
- Gardner, John*: Discrimination as Injustice. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 16, 3/1996. Sivut 353-367. (*Gardner 1996*)
- Goodwin-Gill, Guy S.*: International Law and the Movement of Persons between States. Clarendon Press, Oxford. 1978. (*Goodwin-Gill 1978*)
- van Gunsteren, Herman*: Four Conceptions of Citizenship, teoksessa van Steenberg, Bart (ed.): The Condition of Citizenship. SAGE Publications. 1994. (*van Gunsteren 1994*)
- Habermas, Jürgen*: Citizenship and National Identity, teoksessa van Steenberg, Bart (ed.): The Condition of Citizenship. SAGE Publications. 1994. (*Habermas 1994*)
- Hepple, Bob*: Race and Law in Fortress Europe. *Modern Law Review*, Vol. 67, 1/2004. Sivut 1-15. (*Hepple 2004*)
- Hilson, Chris*: What’s in a right? The relationship between Community, fundamental and citizenship rights in EU law. *European Law Review*, Vol. 29, 5/2004. Sivut 636-651. (*Hilson 2004*)
- Holmes, Elisa*: Anti-Discrimination Rights Without Equality. *Modern Law Review*, Vol. 68, 2/2005. Sivut 175-194. (*Holmes 2005*)
- Hondius, Frits W*: The Last Frontier: Free Movement of Persons in Greater Europe: The role of the Council of Europe, teoksessa Schermers, Henry G. – Flinterman, Cees – Kellermann, Alfred E. – van Haersolte, Johan C. – van de Meent, Gert-Wim A. (eds.): Free Movement of Persons in Europe. Martinus Nijhoff Publishers. 1993. (*Hondius 1993*)

- Hoogenboom, T.*: Free Movement and Integration of Non-EC Nationals and the Logic of the Internal Market, teoksessa Schermers, Henry G. – Flinterman, Cees – Kellermann, Alfred E. – van Haersolte, Johan C. – van de Meent, Gert-Wim A. (eds.): Free Movement of Persons in Europe. Martinus Nijhoff Publishers. 1993. (*Hoogenboom 1993*)
- Jaeckel, Liv.*: The duty to protect fundamental rights in the European Community. European Law Review, Vol. 28, 4/2003. Sivut 508-527. (*Jaeckel 2003*)
- Kadelbach, Stefan.*: Union Citizenship, teoksessa von Bogdandy, Armin – Bast, Jürgen (eds.): Principles of European Constitutional Law. Hart Publishing, Portland, Oregon. 2006. (*Kadelbach 2006*)
- Kingreen, Thorsten.*: Fundamental Freedoms, teoksessa von Bogdandy, Armin – Bast, Jürgen (eds.): Principles of European Constitutional Law. Hart Publishing, Portland, Oregon. 2006. (*Kingreen 2006*)
- Kühling, Jürgen.*: Fundamental Rights, teoksessa von Bogdandy, Armin – Bast, Jürgen (eds.): Principles of European Constitutional Law. Hart Publishing, Portland, Oregon. 2006. (*Kühling 2006*)
- Leader, Sheldon.*: Proportionality and the Justification of Discrimination, teoksessa Dine, Janet – Watt, Bob (eds.): Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications. Longman. 1996. (*Leader 1996*)
- MacCormick, Neil.*: Questioning Sovereignty. Oxford University Press, Oxford. 1999. (*MacCormick 1999*)
- Maduro, Miguel Póaires.*: Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU, teoksessa Alston, Philip (ed.): The EU and Human Rights. Oxford University Press, Oxford. 1999. (*Maduro 1999*)
- Van der Mei, A. P.*: Free Movement of Persons Within the European Community, Cross-Border Access to Public Benefits. Hart Publishing. 2003. (*Van der Mei 2003*)
- More, Gillian.*: The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?, teoksessa Craig, Paul – de Búrca, Gráinne (eds.): The Evolution of EU Law. Oxford University Press. 1999. (*More 1999*)
- Morris, Andrew J.*: On The Normative Foundations of Indirect Discrimination Law: Understanding the Competing Models of Discrimination Law as Aristotelian Forms of Justice. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 15, 2/1995. Sivut 199-228. (*Morris 1995*)
- Nascimbene, Bruno.*: Towards a European Law on Citizenship and Nationality?, teoksessa O’Leary, Síofra – Tiilikainen, Teija (eds.): Citizenship and Nationality Status in the New Europe. The Institute for Public Policy Research, Sweet & Maxwell, London. 1998. (*Nascimbene 1998*)
- Nic Shuibhne, Niamh.*: Free movement of persons and the wholly internal rule: time to move on? Common Market Law Review, Vol. 39, ?/2002. Sivut 731-771. (*Nic Shuibhne 2002*)
- Nielsen, Henrik Karl.*: The Concept of Discrimination in ILO Convention No. 111. The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 43, 4/1994. Sivut 827-856. (*Nielsen 1994*)
- Nowak, Manfred.*: U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary. N.P. Engel Publisher, Kehl. 2005. (*Nowak 2005*)
- Ojanen, Tuomas.*: The European Way: The Structure of National Court Obligation under EC Law. Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi. 1998. (*Ojanen 1998*)
- Ojanen, Tuomas.*: Perusoikeudet ja ihmisoikeudet Suomessa. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut. 2003. (*Ojanen 2003*)

- Ojanen, Tuomas*: EU-oikeuden perusteita. Edita Publishing Oy, Helsinki. 2006. (*Ojanen 2006*)
- O'Leary, Siofra*: The Evolving Concept of Community Citizenship: From the Free Movement of Persons to Union Citizenship. Kluwer Law International, London. 1996. (*O'Leary 1996*)
- O'Leary, Siofra*: The Options for the Reform of European Union Citizenship, teoksessa O'Leary, Siofra – Tiilikainen, Teija (eds.): Citizenship and Nationality Status in the New Europe. The Institute for Public Policy Research, Sweet & Maxwell, London. 1998. (*O'Leary 1998*)
- Ovey, Clare – White, Robin*: Jacobs and White, The European Convention on Human Rights. Oxford University Press. 2006. (*Ovey – White 2006*)
- Peers, Steve*: Taking Rights Away? Limitations and Derogations, teoksessa Peers, Steve – Ward, Angela (eds.): The European Union Charter of Fundamental Rights. Hart Publishing, Portland Oregon. 2004. (*Peers 2004 a*)
- Peers, Steve*: Implementing equality? The Directive on long-term resident third-country nationals. European Law Review, Vol. 29, 4/2004. Sivut 437-460. (*Peers 2004 b*)
- Prechal, Sacha*: Equality of treatment, non-discrimination and social policy: achievements in three themes. Common Market Law Review, Vol. 41, 2/2004. Sivut 533-551. (*Prechal 2004*)
- Preuß, Ulrich K.*: Problems of a Concept of European Citizenship. European Law Journal, Vol. 1, 3/1995. Sivut 267-281. (*Preuß 1995*)
- Reich, Norbert with Goddard, Christopher and Vasiljeva, Ksenija*: Understanding EU Law: Objectives, Principles and Methods of Community Law. Intersentia Publishers. 2003. (*Reich 2003*)
- Rogers, Nicola – Scannell, Rick*: Free Movement of Persons in the Enlarged European Union. London: Sweet and Maxwell. 2005. (*Rogers – Scannell 2005*)
- Rosas, Allan*: Euroopan unionin kansalaisuus – paljon melua vähästä tai vähän melua paljosta? Lakimies, 7-8/2005. Sivut 1251-1266. (*Rosas 2005*)
- Rosas, Allan*: Henkilöiden vapaa liikkuvuus, teoksessa Ojanen, Tuomas – Haapea, Arto (toim.): EU-oikeuden perusteita II – aineellisen EU-oikeuden aloja ja ulottuvuuksia. Edita Publishing Oy, Helsinki. 2007. (*Rosas 2007*)
- Scheinin, Martin*: Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltö (PL 6 §), teoksessa Hallberg, Pekka (toim.): Perusoikeudet. Werner Söderström Lakitieto Oy, Juva. 1999. (*Scheinin 1999*)
- Schokkenbroek, Jeroen*: The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation. Human Rights Law Journal, Vol. 19, 1/1998. Sivut 20-23. (*Schokkenbroek 1998*)
- Somek, Alexander*: Equality and Constitutional Indeterminacy: An Interpretative Perspective on the European Economic Constitution. European Law Journal, Vol. 7, 2/2001. Sivut 171-195. (*Somek 2001*)
- Spaventa, Eleanor*: From Gebhard to Carpenter: towards a (non-)economic European Constitution. Common Market Law Review, Vol. 41, 3/2004. Sivut 743-773. (*Spaventa 2004*)
- Tomuschat, Christian*: Human Rights Between Idealism and Realism. Oxford University Press, Oxford. 2003. (*Tomuschat 2003*)
- Tuori, Kaarlo*: EC Law: An Independent Legal Order or a Post-Modern Jack-in-the-Box?, teoksessa Cameron, Iain – Simoni, Alessandro (eds.): Dealing with Integration Volume 2 Perspectives from seminars on European Law 1996-1998. Iustus Förlag, Uppsala. 1998. (*Tuori 1998*)

- Tuori, Kaarlo*: The Many Senses of European Citizenship, teoksessa Nuotio, Kimmo (ed.): Europe in Search of 'Meaning and Purpose'. Publications of the Faculty of Law, University of Helsinki. 2004. (*Tuori 2004*)
- Verhoeven, Amaryllis*: The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory. Kluwer Law International, the Hague. 2002. (*Verhoeven 2002*)
- Weiler, J. H. H.*: Thou Shalt Not Oppress a Stranger (Ex. 23:9): On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC Nationals- A critique, teoksessa Schermers, Henry G. – Flinterman, Cees – Kellermann, Alfred E. – van Haersolte, Johan C. – van de Meent, Gert-Wim A. (eds.): Free Movement of Persons in Europe. Martinus Nijhoff Publishers. 1993. (*Weiler 1993*)
- Weiler, J. H. H.*: The Constitution of Europe. Cambridge University Press, Cambridge. 1999. (*Weiler 1999*)
- Weiss, Friedl – Wooldridge, Frank*: Free Movement of Persons Within the European Community. Kluwer Law International, Hague. 2002. (*Weiss – Woolbridge 2002*)
- Westen, Peter*: The Empty Idea of Equality. Harvard Law Review, Vol. 95, 3/1982. Sivut 537-596. (*Westen 1982*)
- White, Robin C. A.*: Free Movement, Equal Treatment, and Citizenship of the Union. The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 54, 4/2005. Sivut 885-905. (*White 2005*)
- Williams, Andrew*: EU Human Rights Policies: A Study in Irony. Oxford University Press, Oxford. 2004. (*Williams 2004*)
- de Witte, Bruno*: The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights, teoksessa Alston, Philip (ed.): The EU and Human Rights. Oxford University Press, Oxford. 1999. (*de Witte 1999*)

Sähköiset lähteet

- EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights: Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. 20 June 2006.
http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm [27.11.2007]
- EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights: Thematic comment No 3: The Protection of Minorities in the European Union. 25 April 2005.
http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm [27.11.2007]
- Makkonen, Timo (International Organization for Migration): ”Syrjinnän vastainen käsikirja”,
http://iom.fi/files/legal_training/finnish/finnish_anti-discrimination_handbook_full.pdf
[4.9.2007]
- Roth, Kenneth: Filling the Leadership Void: Where is the European Union? in Human Rights Watch World Report 2007, <http://hrw.org/wr2k7/> [4.11.2007]

Virallisaineisto

Euroopan unioni

Perustamissopimukset

The Treaty establishing the European Community (consolidated version), OJ C 321 E/5-36 (29.12.2006).

The Treaty on European Union (consolidated version), OJ C 321 E/37-330 (29.12.2006).

Ehdotus uudistusopimukseksi

Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, Conference of the representatives of the governments of the Member States, OJ C 306/01 (17.12.2007).

Asetukset

Council Regulation (EEC) No 1612/68 (15 October 1968) on freedom of movement for workers within the Community. OJ L 257 (19.10.1968)

Council Regulation (EC) No 1408/71 (14 June 1971) on the application of social security schemes to employed persons, to self-employed persons and to members of their families moving within the Community. OJ L 149 (5.7.1971)

Direktiivit

Directive 76/207/EC (9 February 1976) on the implementation of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion and working conditions. OJ L 39 (14.2.1979)

Directive 2000/43/EC (29 June 2000) implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin. OJ L 180/22 (19.7.2000).

Directive 2000/78/EC (27 November 2000) establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. OJ L 303/16 (2.12.2000).

Directive 2003/109/EC (25 November 2003) concerning the status of third-country nationals who are long-term residents. OJ L 16/44 (23.1.2004).

Directive 2004/38/EC (29 April 2004) on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States. OJ L 158 (30.4.2004)

Muut

European Parliament Resolution on Respect for Human Rights in the European Community (annual report of the European Parliament), OJ C 115/178 (26.4.1993).

Report from the Commission on the Citizenship of the Union, COM(93) 702 final, 21.12.1993.

Council Decision 2000/750/EC (27 November 2000) establishing a Community action programme to combat discrimination (2001 to 2006), OJ L 303/23 (2.12.2000).

Charter of fundamental rights of the European Union, OJ C 364/1 (18.12.2000).

Report from the Commission: ”Third Report on Citizenship of the Union, COM(2001) 506 final, 7.9.2001.

Green Paper on an EU Approach to Managing Economic Migration, COM(2004) 811 final, 11.1.2005.

Green Paper: Equality and non-discrimination in an enlarged European Union, COM(2004) 379 final, 28.5.2004.

European neuvosto

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol No.11 (CETS No. 155), Rome, 4.XI.1950

Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.XI.2000

Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report (CETS No. 177).

Yhdistyneet kansakunnat

Charter of the United Nations signed at San Francisco on 26 June 1945.

Universal Declaration of Human Rights. General Assembly resolution 217 A (III) of 10 December 1948.

ILO Convention (No. 111) concerning Discrimination in respect of Employment and Occupation (1958). Adopted by the General Conference of the ILO on 25 June 1958.

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965). General Assembly resolution 2106 (XX) of 21 December 1965.

Convention against Discrimination in Education. Adopted by the General Conference of the UNESCO on 14 December 1960.

International Covenant on Civil and Political Rights (1966). General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966.

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. General Assembly resolution 34/180 of 18 December 1979.

Vienna Declaration and Programme of Action adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993, A/CONF. 157/24 (1993).

Oikeustapaukset

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotukset

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus Jacobs 30 päivänä kesäkuuta 1993. Asiat C-92/92 ja C-326/92 *Phil Collins v Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH and Leif Emanuel Kraul v EMI Electrola GmbH* [1993] ECR I-5145.

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus Fennelly 6 päivänä helmikuuta 1997. Asiat C-64/96 ja C-65/96 *Land Nordrhein-Westfalen v Kari Uecker ja Vera Jacquet v Land Nordrhein-Westfalen* [1997] ECR I-3171.

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus Jacobs 19 päivänä maaliskuuta 1998. Asia C-274/96 *Criminal proceedings against Horst Otto Bickel and Ulrich Franz* [1998] ECR I-7637.

Euroopan yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

- T-315/01 Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities [2005] ECR II-3649.
 T-306/01 Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and the Commission of the European Communities [2005] ECR II-3533.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin

- 15/69 Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG v Salvatore Ugliola [1969] ECR 363.
 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel [1970] ECR 1125.
 21-24/72 International Fruit Company NV and others v Produktschap voor Groenten en Fruit [1972] ECR 1219.
 4/73 J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities [1974] ECR 491.
 152/73 Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost [1974] ECR 153.
 8/74 Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville [1974] ECR 837.
 21/74 Jeanne Airola v Commission of the European Community [1975] ECR 221.
 41/74 Yvonne van Duyn v Home Office [1974] ECR 1337.
 36/75 Roland Rutili v Ministre de l'intérieur [1975] ECR 1219.
 30/77 Régina v Pierre Bouchereau [1977] ECR 1999.
 115/78 J.Knoors v Staatssecretaris van Economische Zaken [1979] ECR 399.
 175/78 The Queen v Vera Ann Saunders [1979] ECR 1129.
 53/81 D.M. Levin v Staatssecretaris van Justitie [1982] ECR 1035.
 115 ja 116/81 Rezguaia Adoui v Belgian State and City of Liège; Dominique Cornuaille v Belgian State [1982] ECR 1665.
 35 ja 36/82 Elestina Esselina Christina Morson v State of the Netherlands; Sweradje Jhanjan v State of the Netherlands [1982] ECR 3723.
 293/83 Françoise Gravier v City of Liège [1985] ECR 593.
 60 ja 61/84 Cinéthèque SA and others v Fédération nationale des cinémas français [1985] ECR 2605.
 170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz [1986] ECR 1607.
 12/86 Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd [1987] ECR 3719.
 39/86 Sylvie Lair v Universität Hannover [1988] ECR 3161.
 186/87 Ian William Cowan v Trésor public [1989] ECR 195.
 374/87 Orkem v Commission of the European Communities [1989] ECR 3283.
 C-379/87 Anita Groener v Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee [1989] ECR 3967.
 5/88 Hubert Wachauf v Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft [1989] ECR 2609.
 C-260/89 Ellinki Radiophonia Tileorassi AE v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas [1991] ECR I-2925.
 C-369/90 Mario Vicente Micheletti and others v Delegación del Gobierno en Cantabria [1992] ECR I-4239.
 C-370/90 The Queen v Immigration Appeal tribunal et Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department [1992] ECR I-4265.
 C-168/91 Christos Konstantinidis v Stadt Altensteig [1993] ECR I-1191.

- C-209/91 Ettien Koua Poirrez v Caisse d'allocations familiales de la région parisienne [1992] ECR I-6685.
- C-267/91 ja C-268/91 Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithourad [1993] ECR I-6097.
- C-19/92 Dieter Kraus v Land Baden-Württemberg [1993] ECR I-1663.
- C-92/92 ja C-326/92 Phil Collins v Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH and Leif Emanuel Kraul v EMI Electrola GmbH [1993] ECR I-5145.
- C-132/92 Birds Eye Walls Ltd. v Friedel M. Roberts [1993] ECR I-5579.
- C-398/92 Mund & Fester v Hatrex Internationaal Transport [1994] ECR I-467.
- C-415/93 Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman [1995] ECR I-4921.
- C-450/93 Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen [1995] ECR I-3051.
- C-13/94 P v S and Cornwall County Council [1996] ECR I-2143.
- C-55/94 Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano [1995] ECR I-4165.
- C-237/94 John O'Flynn v Adjudication Officer [1996] ECR I-2617.
- C-278/94 Commission of the European Community v Kingdom of Belgium [1996] ECR I-4307.
- C-18/95 F.C. Terhoeve v Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland [1999] ECR I-345.
- C-29/95 Eckehard Pastoors ans Trans-Cap GmbH v Belgian State [1997] ECR I-285.
- C-368/95 Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags und Vertriebs GmbH v Heinrich Bauer Verlag [1997] ECR I-3689.
- C-409/95 Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen [1997] ECR I-6363.
- C-64/96 ja C-65/96 Land Nordrhein-Westfalen v Kari Uecker ja Vera Jacquet v Land Nordrhein-Westfalen [1997] ECR I-3171.
- C-85/96 Maria Martínez Sala v Freistaat Bayern [1998] ECR I-2691.
- C-249/96 Lisa Jaqueline Grant v South-West Trains Ltd. [1998] ECR I-621.
- C-274/96 Criminal proceedings against Horst Otto Bickel and Ulrich Franz [1998] ECR I-7637.
- C-378/97 Criminal proceedings against Florus Ariël Wijsenbeek [1999] ECR I-6207.
- C-190/98 Volker Graf v Filzmoser Maschinenbau GmbH [2000] ECR I-493.
- C-224/98 Marie-Nathalie D'Hoop v Office national de l'emploi [2002] ECR I-6191.
- C-281/98 Roman Angonese v Cassa di Risparmio di Bolzano SpA [2000] ECR I-4139.
- C-135/99 Ursula Elsen v Bundesversicherungsanstalt für Angestellte [2000] ECR I-409.
- C-184/99 Rudy Grzelczyk v Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve [2001] ECR I-6193.
- C-192/99 The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Manjit Kaur [2001] ECR I-1237.
- C-413/99 Baumbast and R v Secretary of State for the Home Department [2002] ECR I-7091.
- C-60/00 Mary Carpenter v Secretary of State for the Home Department [2002] ECR I-6279.
- C-112/00 Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich [2003] ECR I-5659.
- C-109/01 Secretary of State for the Home Department v Hacene Akrich [2003] ECR I-9607.

- C-322/01 Deutscher Apothekerverband eV v 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval [2003] ECR I-14887.
- C-388/01 Commission of the European Communities v Italian Republic [2003] ECR I-721.
- C-482/01 ja C-493/01 Georgios Orfanopoulos and others and Raffaele Oliveri v Land Baden-Württemberg [2004] ECR I-5257.
- C-138/02 Brian Francis Collins v Secretary of State for Work and Pensions [2004] ECR I-2703.
- C-148/02 Carlos Carcia Avello v Belgian State [2003] ECR I-11613.
- C-200/02 Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v Secretary of State for the Home Department [2004] ECR I-9925.
- C-456/02 Michel Trojani v Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS) [2004] ECR I-7573.
- C-464/02 Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark ('Danish Company Cars') [2005] ECR I-7929.
- C-147/03 Commission of the European Communities v Republic of Austria [2005] ECR I-5969.
- C-209/03 The Queen (on the application of Dany Bidar) v London Borough of Ealing and Secretary of State for Education and Skills [2005] ECR I-2119.
- C-403/03 Egon Schempp v Finanzamt München V. [2005] ECR I-6421.
- C-408/03 Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium [2006] ECR I-2647.
- C-540/03 European Parliament v Council of the European Union [2006] ECR I-5769.
- C-109/04 Karl Robert Kranemann v Land Nordrhein-Westfalen [2005] ECR I-2421.
- C-258/04 Office national de l'emploi v Ioannis Ioannidis [2005] ECR I-8275.
- C-406/04 Gérald De Cuyper v Office national de l'emploi [2006] ECR I-6947.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

- Belgian Linguistics case, 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23 July 1968 Series A No. 6.
- National Union of Belgian Police v Belgium, 4464/70, 27 October 1975 Series A No. 19.
- Rasmussen v Denmark, 8777/79, 28 November 1984 Series A No. 87.
- Abdulaziz, Cabales and Balkandali v The United Kingdom, 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28 May 1985 Series A No. 94.
- Moustaquim v Begium, 12313/89, 18 February 1991 Series A No. 193.
- C v Belgium, 21794/93, ECHR 1996-III.
- Gaygusuz v Austria, 17371/90, ECHR 1996-IV.
- Matthews v The United Kingdom, 24833/94 ECHR 1999-I.
- Thlimmenos v Greece, 34369/97, ECHR 2000-IV.
- Hugh Jordan v The United Kingdom, 24746/94, 4 May 2001.
- Beard v The United Kingdom, 24882/94, 18 January 2001, Grand Chamber.
- Chapman v The United Kingdom, 27238/95, 18 January 2001, Grand Chamber.
- Coster v The United Kingdom, 24876/94, 18 January 2001, Grand Chamber.
- Jane Smith v The United Kingdom, 25154/94, 18 January 2001, Grand Chamber.
- Lee v The United Kingdom, 25289/94, 18 January 2001, Grand Chamber.
- Koua Poirrez v France, 40892/98, ECHR 2003-X.
- Bosphorus Airways v Ireland, 45036/98, 30 June 2005, Grand Chamber.

YK:n ihmisoikeuskomitea

S.W.M. Broeks, CCPR/C/OP/2, No. 172/1984 (9 April 1987)

F.H. Zwaan-de Vries v the Netherlands, CCPR/C/OP/2, No. 182/1984 (9 April 1989)

Gueye et al v France, CCPR/C/35/D, No. 196/1985 (6 April 1989)

Simunek et al v the Czech Republic, CCPR/C/OP/5, No. 516/1992 (31 July 1995)

Jacob and Jantina Hendrika van Oord v the Netherlands, CCPR/C/60/D, No. 658/1995

(14 August 1997)

Mümtaz Karakurt v Austria, CCPR/C/74/D, No. 965/2000 (29 April 2002)

CCPR General Comment No. 15/27: The position of aliens under the Covenant (11.4.1986)

CCPR General Comment No. 18/37: Non-discrimination (9.11.1989)

CCPR General Comment No. 27/67: Freedom of movement (Art. 12) (18.10.1999)

Kansainvälinen tuomioistuin ja sen edeltäjät

Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco (French Zone) on November 8th, 1921,

PCIJ (1923) Series B-No. 4, Collection of Advisory Opinions.

Minority Schools in Albania, PCIJ (1935) Series A./B., No. 64.

Nottebohm (Liechtenstein v Guatemala) [1955] ICJ (6 April 1955).

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v Spain) [1970] ICJ (5 February 1970).

Käytetyt lyhenteet

EU	Euroopan unioni
EY	Euroopan yhteisö(t)
ILO	The International Labour Organization
KP-oikeudet	Kansalais- ja poliittiset oikeudet
TSS-oikeudet	Taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet
YK	Yhdistyneet kansakunnat

Päivi Neuvonen

PROHIBITION OF DISCRIMINATION ON THE GROUNDS OF NATIONALITY IN EU LAW

The prohibition of discrimination on the grounds of nationality is often adopted as an unquestioned basis for an analysis of European Union law while, at the same time, the principle itself escapes a more detailed examination. This study deals with the problematic relationship between the restrictive interpretation of Article 12 of the EC Treaty and the fundamental and human rights obligations of the European Union. The evolution of nationality-based discrimination is examined from the point of view of free movement of persons, on the one hand, and citizenship of the Union, on the other. The focus of this article lies in the following two questions: (1) What will be the future relationship between the prohibition of discrimination on the grounds of nationality and the principle of free movement of persons? and (2) What have been the effects of the concept of Union citizenship on the interpretation of nationality-based discrimination?

The launching of the European Union citizenship by Maastricht Treaty (1992) is often referred to as a considerable watershed in the field of nationality-based discrimination. Undoubtedly, the Union citizenship has changed the interpretation of the prohibition of discrimination on the grounds of nationality in many senses. At the same time, however, it is important to take account of many problems still related to the interpretation of nationality-based discrimination in EU law. These problems seem particularly clear if the case law of the European Court of Justice is measured against the standards of international human rights law.

In this article, it is argued that the formal interpretation based on the concept of Union citizenship is discriminatory in the light of the international fundamental and human rights obligations of the European Union, and the concept of “genuine connection” is discussed as an alternative criterion. Furthermore, the *sui generis* feature of EU discrimination law is critically evaluated in the light of the principle of universality of human rights. Against this background, it is argued that the prohibition of discrimination on the grounds of nationality offers an illustrative example of the current questions and problems of human rights law in the European Union.

Janne Salminen

**OIKEUSSUOJA JA
EUROOPAN UNIONIN
KOLMAS PILARI**

SISÄLLYS

1	JOHDANTO.....	367
2	KOLMANNEN PILARIN OIKEUSSUOJAA KOSKEVAT EU-SOPIMUKSEN MÄÄRÄYKSET.....	371
3	PERUSJÄNNITE.....	375
3.1	Täysivaltaisuusvaatimuksia ja hallitustenvälisyyttä	375
3.2	Oikeusyhteisöllisyys?.....	379
3.3	Uuden oikeuskäytännön silmät aukaiseva merkitys.....	383
4	EU:N KOLMANNEN PILARIN OIKEUSSUOJAMEKANISMIEN ERITTELY.....	385
4.1	Ennakkoratkaisumenettely.....	385
4.2	Suorien kanteiden järjestelmän ja muut oikeussuoja- järjestelmän rajoitteet yksityisen kannalta.....	393
5	KANSALLISTEN TUOMIOISTUINTEN OSUUS?.....	397
6	TÄYDENTÄVÄ EKSURSSI: ERI PILARIEN YHTEYKSIÄ OIKEUSSUOJAKYSYMYSISSÄ.....	400
7	KOLMANNEN PILARIN OIKEUSSUOJA SEKÄ PERUSTUSLAINEN SOPIMUS JA LISSABONIN SOPIMUS.....	403
8	LOPUKSI.....	408
	KIRJALLISUUS.....	411
	JURIDICIAL PROTECTION IN THE EU THIRD PILLAR.....	415

Oikeussuoja ja Euroopan unionin kolmas pilari

1 JOHDANTO

Euroopan yhteisössä oikeussuojamenettelyt ovat alkuajoista lähtien tarjonneet merkittävän välineen yhteisön oikeuden tehokkaaseen toteuttamiseen ja tehokkaan toteutumisen valvontaan. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimella on niiden myötä ollut huomattavan keskeinen rooli EY:n oikeusjärjestyksen konstitutionalisoinimisessa. Kun yhteisön oikeutta voidaan rikkoa sekä yhteisön omissa toimielimissä että jäsenvaltioissa, kysymys oikeussuojasta yhteisössä on verraten laaja ja monitahoinen. Oikeussuoja ja sitä koskevat menettelyt ovatkin perustamissopimusten ja niitä koskevan käytännön perusteella rakentuneet siten, että osallisina näissä menettelyissä ovat niin yhteisötoimielimet ja jäsenvaltiot ja niiden toimielimet kuin yksityiset oikeussubjektit. Kaiken kaikkiaan oikeussuojamenettelyillä sekä niitä koskevilla tulkinnoilla on ollut tärkeä osuus prosessissa, joka on muuttanut koko yhteisön luonnetta ja merkinnyt sen etääntymistä tavanomaisista kansainvälisoikeudellisista järjestelyistä ja transformaatiota EY-oikeusjärjestykseksi.¹ EY-oikeudellisen oikeussuojan kehittyminen on myös osa sitä prosessia, joka on merkinnyt perusoikeuksien vahvistumista. Tähän liittyy se, että nyttemmin EY-tuomioistuin on omissa oikeussuojaa koskeneissa ratkaisuisaan lähes säännönmukaisesti viitannut Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja myös sen tulkintakäytäntöön Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa.

EY-tuomioistuimessa on EY:n aineellisen oikeuden tulkintaa ja pätevyyttä koskevan ratkaisukäytännön ohella kehittynyt huomattava EY:n oikeussuojamenettelyjä koskeva käytäntö.² Se on myös tutkimuskirjallisuudessa laajasti kuvattu. Tämä koskee siis erityisesti perinteisen EY:n alaa. Muun

¹ Weiler 1999, erit. s. 16–38.

² Ks. EY:n tarjoaman oikeussuojan ja sitä koskevien menettelyjen ongelmista ja kehittämishaasteista esim. *Búrca* 2003.

Euroopan unionin oikeuden alalla kirjallisuudessa ei ole kiinnitetty oikeussuojamenettelyihin vastaavaa huomiota. Tärkeissäkin yhteyksissä ne on voitu ohittaa viittaamalla alaspesifeihin näkökohtiin, alan oikeussuojan rikkonaisuuteen ja kehittymättömyyteen.

Muun kuin yhteisöpilarin eli perinteisen EY-oikeusjärjestyksen piirissä oikeussuojamenettelyt on sopimusmääräyksissä rajattu kapeammiksi. Myös tähän nähden EY-tuomioistuimen toimivallan kapeutta muun EU:n alalla on eri näkökulmista kritisoitu ankarasti. Nyttemmin EY-tuomioistuin on antanut muutamia sellaisia kolmatta pilaria eli EU-sopimuksen VI osaston määräyksiä poliisiyhteistyöstä ja oikeudellisesta yhteistyöstä rikosasioissa koskevia ratkaisuja, joiden perusteella oikeussuoja unionin kolmannessa pilarissa nousee jälleen uuteen valoon. Kolmatta pilaria koskeva oikeuskäytäntö on, paitsi uutta, selvästi kehittyvää. Voitanee sanoa, että sopimusmääräyksissä kerran säädetyt oikeussuojamenettelyt nyt muotoutuvat uudelleen EY-tuomioistuimen yhä aktiivisemmaksi tulleen kolmatta pilaria koskevan oikeudellisen tulkintatoiminnan johdosta. Yhteisöjen tuomioistuimen uusi oikeuskäytäntö tarjoaakin tässä mielessä mielenkiintoisen aineiston tutkimukselle.

Tämän kirjoituksen aiheena on *oikeussuojajärjestelmä EU:n niin sanotun kolmannen pilarin alalla*. Kirjoituksessa tarkastellaan, missä määrin EY-oikeusjärjestyksen läpitunkeva piirre EY:n määräysten soveltamisen alistamisesta EY-tuomioistuimen valvontaan ja sen oikeuskäytännössään esillä pitämä johtoajatus yksityisten tehokkaasta oikeussuojasta ulottuu myös EU:n kolmanteen pilariin. Oikeudelliset tarkastelut koskevat siten yhtäältä niitä oikeudellisia keinoja, joita yksityisillä tahoilla on asettaa kysymyksenalaiseksi EU:n kolmannen pilarin alalla nykyisen EU-sopimuksen VI osaston määräysten mukaan tehtyjen oikeudellisten instrumenttien unionioikeudenmukaisuus. Toisaalta kysymys on niistä EU:n oikeusjärjestyksessä keskeisistä oikeudellisista mekanismeista, joita yksityisillä on EU-oikeuden perusteella käytössään sen varalta, että nämä voivat saattaa oikeudelliseen arviointiin jäsenvaltioiden tätä alaa koskevien toimien EU-säädösten mukaisuuden. Kirjoitus on tältäkin kannalta arvioituna puheenvuoro keskustelussa, joka koskee EU:n EY:ä edemmäs etenevää konstitutionalisoitumista.³ Kirjoituksessa on vertaileva vire sikäli, että kolmannen pilarin oikeussuojajärjestelyjä verrataan perinteisen yhteisöpilarin alaiseen oikeussuojajärjestelmään.

Selvyyden vuoksi on tarpeen todeta, että kolmannen pilarin oikeussuojajärjestelmän vertaaminen EY:n oikeussuojajärjestelmään ei tarkoita

³ Ks. laajemmin eurooppalaisen konstitutionalismin tilasta, elementeistä ja mahdollisuuksista, esim. *Nieminen* 2004, s. 25–34.

sitä, että EY:n oikeussuojajärjestelmä olisi ongelmaton itsessään. Kuten myös jäljempänä tulee ilmi, se voisi niin ikään olla nykyistä kattavampi ja tehokkaampi. Vertailukohdaksi se on valittu lähinnä sen vuoksi, että EY:n piirissä omaksutut oikeussuojajärjestelyt ja niiden tulkinnat osoittavat ainakin sen, mihin unioni-integraation puitteissa joka tapauksessa voidaan päästä. Kolmannen pilarin oikeussuojajärjestelmässä puolestaan on vajavaisuuksia jo pelkästään siihen nähden, mitä EY:n oikeussuojajärjestelmä omassa piirissään kykenee tarjoamaan.⁴

Kysymyksenasetteluittensa perusteella kirjoitus koskee unionin oikeuden yleisiä oikeusperiaatteita ja myös jäsenvaltioiden yhteistä valtiosääntöperinnettä, sillä yksilöiden tehokas oikeussuoja kuuluu niihin.⁵ EU-sopimuksen 6.2 artiklan mukaan unioni kunnioittaa perusoikeuksia, sellaisina kuin ne taataan Euroopan ihmisoikeussopimuksessa ja sellaisina kuin ne ilmenevät jäsenvaltioiden valtiosääntöperinteessä. EU-sopimuksen 6.1 artiklan mukaan unioni perustuu muun ohella oikeusvaltioperiaatteelle. Lisäksi tehokkaan oikeussuojan konstitutionaalista perustaa vahvistaa Euroopan unionin perusoikeuskirjan 47 artikla. Perusoikeuksien merkitystä puolestaan yleisemminkin konkretisoi EY-tuomioistuimen käytäntö perusoikeuksista EU:n yleisinä oikeusperiaatteina, joiden kannalta Euroopan ihmisoikeussopimuksella on erityinen merkitys.⁶ Tehokasta oikeussuojaa Euroopan ihmisoikeussopimuksessa koskevat 6 ja 13 artikla.

Myös kolmatta pilaria koskevan EU-sopimuksen 29 artiklan mukaan unionin ”tavoitteena on antaa kansalaisille korkeatasoinen suoja vapautteen, turvallisuuteen ja oikeuteen perustuvalla alueella kehittämällä jäsenvaltioiden yhteistä toimintaa” poliisiyhteistyössä ja oikeudellisessa yhteistyössä rikosasioissa. Jos ja kun tällaiseen korkeatasoiseen suojaan kuuluu oikeusyhteisössä myös tehokas ja samalla kattava oikeussuoja, tarkastelujen perusteella käy ilmi, että unionilla on paljon tehtävää juuri tämän tavoitteen toteutumisen suhteen. Lisäksi käy ilmeiseksi, että ainakin osittain tavoitteiden toteuttaminen yksityisten käytettävissä olevia oikeussuojakeinoja täydentämällä on perustamissopimusmuutosten takana. Näyttää siltä, että jäsenvaltiolla ei alan integraation kehityttyä nykyiselle

⁴ Ks. yleisesti EY:n oikeussuojajärjestelmän puitteista ongelmineen *Birca* 2003 ja lisäksi erit. *Ward* 2004, jossa nimenomaisesti tarkastellaan kysymystä tehokkaasta oikeussuojasta.

⁵ EY:n piirissä erit. asia 222/84, *Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (Johnston)* [1986] Kok. 1651, kohta 18. – Ks. oikeussuojajärjestelmän unionioikeudellisen rakentumisen peruslähtökohtien vastaavaa tyypittelyä *Ojanen* 2006, s. 215–217.

⁶ Ks. esim. asia C-94/00, *Roquette Frères SA v Directeur général de la concurrence jne.* [2002] Kok. I-9011, 23 kohta ja yhdistetyt asiat 46/87 ja 227/88, *Hoechst v komissio* [1989] Kok. 2859, 13 kohta. Uudemmassa oikeuskäytännössä ks. erityisesti asia C-432/05 *Unibet (London) Ltd ja Unibet (International) Ltd v Justitiekanslern* [2007], kohta 37.

intensiteettitasolleen ole asianmukaisia perusteita pitää yllä niitä nykyisiä sopimusmääräyksiä, jotka tarjoavat yksityisille olennaisesti rajoitetummat oikeussuojakeinot kuin perinteisen EY:n alalla. Tässä suhteessa tärkeää kehittämistä sisältyy jo Euroopan perustuslailliseen sopimukseen ja nyt ratifioitavana olevaan Lissabonin uudistusopimukseen, joiden yhtenä tärkeänä ja myös oikeussuojamenettelyihin vaikuttavana pyrkimyksenä on ollut pilarijaon erilaisten ilmentymien purkaminen.⁷

Tässä kirjoituksessa painopiste on nimenomaan unionin oikeudesta käsin tunnustetuissa oikeusturvamekanismeissa. Lisäksi kosketellaan niiden vaatimuksia kansallisille mekanismeille. Tarkastelut ulottuvat näissä puitteissa *pidemmälle kuin yksilön välittömässä vaikutuspiirissä oleviin oikeussuojakeinoihin*, jotka erityisesti kolmannen pilarin alalla ovat vielä perinteistä EY:ä kapeammaksi rajattuja. Tarkasteluun tulevat oikeussuojamenettelyt jäsenyivät 1) ennakkoratkaisumenettelyyn, joka yhdistää unionin ja jäsenvaltioiden tuomioistuimet, sekä 2) unionioikeuden jäsenvaltioissa tapahtuvan täytäntöönpanon nimenomaisiin valvontamenettelyihin ja 3) unionin toimielinten oikeudelliseen valvontaan yhteisöjen tuomioistuimessa. Vaikka kysymyksenasettelut vaikuttavat instituutiokeskeisiltä ja samalla menettelyjä painottavilta, on tärkeä havaita, että kysymys ei ole pelkästään tuomioistuinten toimivallasta sekä erilaisten toimielinten ja EY-tuomioistuinten ja kansallisten tuomioistuinten keskinäissuhteista vaan ennen kaikkea ihmisten oikeusturvasta ja tehokkaasta oikeussuojasta unionin kolmannen pilarin alaisen toiminnan puitteissa.

Tämän EU-oikeuden sisäisestä näkökulmasta etenevän tarkastelun ulkopuolelle on rajattu kysymys kolmannen pilarin alaisten oikeudellisten instrumenttien ja toiminnan kontrollista Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa. Kysymys on relevantti, jos osoittautuu, että EU:n omien oikeussuojamekanismien avulla ei kyetä tarjoamaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännössä edellyttämää vastaavaa suojan tasoa.

Kirjoituksella on vahvat yhtymäkohdat tarkasteluihin, jotka koskevat EU:n kolmannen pilarin alaisen yhteistyön oikeudellisten, säädännäisten instrumenttien asemaa, oikeusvaikutuksia ja sovellettavuutta jäsenvaltioiden oikeudessa.⁸ Tässä käsiteltävällä oikeussuojajärjestelmällä on aivan keskeinen merkitys myös siltä kannalta, millaisiksi ne lopulta muodostuvat. Tässä *tarkasteltavat oikeudelliset mekanismit ovat välineitä instrumenttien asemaan, oikeusvaikutuksiin ja sovellettavuuteen jäsenvaltioiden oikeudessa*

⁷ Ks. lähemmin edempänä jaksossa ”Kolmannen pilarin oikeussuoja sekä perustuslaillinen sopimus ja Lissabonin sopimus”.

⁸ Ks. niistä esim. Salminen 2007, s. 863–888.

vaikuttavien EU-oikeusjärjestyksen eräänlaisten rakenteellisten periaatteiden, siis erityisesti tulkintavaikutuksen, välittömän oikeusvaikutuksen ja etusijan ja niiden jäsenvaltiovaikutuksen esiintuomiseen, ylläpitämiseen ja tehostamiseen, mikä ei vähennä niiden merkitystä – päinvastoin. Kysymys oikeussuojamekanismeista on kolmannen pilarin alalla erityisen korostunut, koska tällä alalla asiat ovat luonteeltaan perus- ja ihmisoikeusherkkiä ja niillä on vaikutuksia muun muassa rikosoikeuden eurooppalaistumiseen.⁹

2 KOLMANNEN PILARIN OIKEUSSUOJAA KOSKEVAT EU-SOPIMUKSEN MÄÄRÄYKSET

Vaikka unionin poliittiset toimielimet ovat olleet viime aikoina hyvin aktiivisia kolmannen pilarin alalla, yhteisöjen tuomioistuimen sitä koskeva oikeuskäytäntö on vasta kehittymässä. On ilmeistä, että käytäntöä tulee jatkossa lisää, sillä unionin poliittisten toimielinten aktiviteetti kolmannen pilarin alalla ruokkii myös yhteisöjen tuomioistuimen toimintaa. Kuten jo EY-yhteyksistä on voitu osoittaa, muualla unionitoimielinjärjestelmässä vilkastunut toiminta harvoin tapahtuu EY-tuomioistuimen kustannuksella, sillä toimeliaisuus lainsäädännössä ja toimeenpanossa heijastuu myös yhteisöjen tuomioistuimeen ainakin asioiden määrän kasvuna.¹⁰

Tuomioistuinprosessien hitaaseen heräämiseen ovat tällä alalla ainakin osittain syynä ne institutionaaliset ratkaisut, joilla EY-tuomioistuinta on pyritty pitämään etäällä kolmannen pilarin asioista. Maastrichtin EU-sopimuksessa jäsenvaltiot nimittäin sulkivat EY-tuomioistuimen vaikutuksen unionin kolmannen pilarin alalla mahdollisimman kapeaksi. Tutkimuksissa on väitetty, että tavassa, jolla tuomioistuimen toimivaltaa pyrittiin rajaamaan, purkautui osa siitä jäsenvaltioiden frustraatiosta, jota EY-tuomioistuimen ratkaisutoiminta oli niissä synnyttänyt.¹¹ Tällöin on viitattu lähinnä eräiden jäsenvaltioiden poliittisten toimijoiden pelkoihin siitä, että ne eivät kykene omasta näkökulmasta hallitsemaan riittävällä tavalla yhteisöjen tuomioistuimen kerran solmittujen perussopimusten perusteella

⁹ Ks. lisäksi EU-oikeusjärjestyksen rakenteellisten periaatteiden osalta samoin perustein *Salminen* 2007, s. 865.

¹⁰ *Shapiro* 1999, s. 339.

¹¹ *Shapiro* 1999, s. 339. – Vastaavantyyppisen tilanteen on esitetty olevan käsillä siltä osin kuin EU-sopimuksen 34 artiklassa on suljettu pois puitepäätösten välitön oikeusvaikutus, ks. *von Bogdandy – Bast – Arndt* 2002, s. 111–113 ja *Curtin – Dekker* 2002, s. 68–69. – *Alterin* etusijan hyväksynnän osalta esittämien tutkimustulosten valossa lähtökohtatilanne on todennäköisesti ollut kuitenkin monimutkaisempi, ks. *Alter* 2001, s. 195.

harjoittamaa ratkaisutoimintaa. Merkittäviä viitteitä siitä, että vastaavaa oikeussuojamekanismien kaventamiseen asti vaikuttavaa frustraatiota olisi virinnyt jäsenvaltioiden tuomioistuimissa, ei sen sijaan ole ollut esillä.

Yhtä lailla lienee mahdollista ajatella, että tämä toimivallan rajausta yhdessä EU-sopimuksen 34 artiklan epätyypillisten välittömään oikeusvaikutukseen puuttuvien määräysten kanssa on osoituksena siitä, että tuossa vaiheessa kolmannen pilarin yhteistyölle ei asetettu oikeussuojajamenettelyjä edellyttäviä sisällöllisiä tavoitteita ja ajatuksia kolmansiin ulottuvista vaikutuksista. Nytemmin unionissa tehtyjen päätösten perusteella käsitys yhteistyön sisällöllisistä tavoitteista ja päätösten intensiteetistä on muuttunut, minkä vuoksi alalla päätettävät oikeudelliset instrumentit myös selvästi edellyttäisivät tuomioistuintarkonrollin mahdollisuutta unionikontekstissa.¹²

Maastrichtin EU-sopimuksen perusteella yksityisten mahdollisuudet tehokkaaseen oikeussuojaan tuolloisissa sisä- ja oikeusasioissa jäivät pitkälti kulloinkin kysymyksessä olevan kansallisen oikeuden varaan.¹³ Oikeus- ja sisäasioihin EY-tuomioistuimen toimivalta ulottui tuolloisen EU-sopimuksen L artiklan perustella siltä osin kuin oli kysymys tuolloisen EU-sopimuksen K.3.2 artiklan c alakohdan tarkoittamista tilanteista, joissa jäsenvaltiot solmimissaan yleissopimuksissa antavat yhteisöjen tuomioistuimelle toimivallan yleissopimusten tulkintaan siten kuin niissä on määrätty. Huomionarvoista on lisäksi, että EU-sopimuksen L artiklan perusteella EY-tuomioistuimella ei ollut toimivaltaa ulko- ja turvallisuuspolitiikan alalla. Nykyisessä katsannossa sinänsä vähäiseltä vaikuttavan Maastrichtin EU-sopimuksen K.3.2 artiklan c alakohdan merkitys saattoi kuitenkin useille jäsenvaltioille olla juuri siinä, että se nähtiin väylänä EY-tuomioistuimen laajemmalle toimivallalle.¹⁴ Samalla se kuului niihin EU-sopimuksen määräyksiin, jotka sisälsivät viitteen pyrkimyksestä kehittää alaa edelleen niin, että se ainakin jatkossa voi olla liitettävissä kiinteämmäksi osaksi unionia.¹⁵

Maastrichtin EU-sopimusta muuttanut Amsterdamin sopimus avasi oikeus- ja sisäasioiden pilarin ja jakoi sen asiat myös oikeussuojajamenettelyjen osalta.¹⁶

¹² Ks. myös *Peers* 1998, s. 365.

¹³ Ks. myös *Ward* 2007, s. 20.

¹⁴ Ks. myös *Denza* 2004, s. 78.

¹⁵ Ks. lisäksi *Boer* 1994, s. 282. – Muutoin pilarin kehityksestä ja taustoista on olemassa runsaasti kirjallisuutta, ks. esim. *Denza* 2004 samoin *Skinner* 2002 ja myös *Monar* 1998.

¹⁶ Ks. myös *Lyons* 2000, s. 98–99.

Viisumi-, turvapaikka- ja maahanmuuttopolitiikkaan liittyvät asiat muuntuivat Amsterdamin sopimuksella ensimmäisen pilarin asioiksi, ja niitä koskevat määräykset tulivat EY:n perustamissopimuksen IV lukuun. Oikeussuojaa koskevan tarkastelun kannalta keskeistä on, että niitä koskevan 68 artiklan mukaan EY:n perustamissopimuksen 234 artiklan tarkoittama ennakkoratkaisumenettely tuli ulottumaan myös viisumi-, turvapaikka- ja maahanmuuttopolitiikkaan liittyvään päätöksentekoon siten, että yhteisöjen tuomioistuin sai toimivallan antaa ennakkoratkaisuja kyseisen osaston määräysten tulkinnasta ja yhteisön toimielinten niihin perustuvien säädösten pätevyydestä ja tulkinnasta. Lisäksi neuvosto, komissio tai jäsenvaltio voi pyytää yhteisöjen tuomioistuimelta ratkaisua kyseisten perustamissopimusmääräysten tai yhteisön toimielimen niiden perusteella antamien säädösten tulkinnasta. EY:n perustamissopimuksen 234 artiklaan perustuvaa ennakkoratkaisumenettelyyn kuuluvaa yhteisöjen tuomioistuimen toimivaltaa kuitenkin rajoitettiin kahdella merkityksekkäällä tavalla. Ensinnäkin EY:n perustamissopimuksen 68.1 artiklan mukaan jäsenvaltion tuomioistuinjärjestelmässä yksinomaan viimesijainen tuomioistuin saattaa tehdä EY-tuomioistuimelle ennakkoratkaisupyynnön. Tämän lisäksi 68.2 artiklan perustella tuomioistuimella ”ei ole milloinkaan toimivaltaa antaa ratkaisua 62 artiklan 1 alakohdan nojalla toteutetusta toimenpiteestä tai tehdystä päätöksestä, joka koskee yleisen järjestyksen ylläpitämistä ja sisäisen turvallisuuden suojaamista”. Muutoin perustamissopimusmääräykset rinnastavat viisumi-, turvapaikka- ja maahanmuuttopolitiikkaan liittyvät asiat muihin EY-asioihin, ja esimerkiksi yhteisöjen tuomioistuimen oikeussuojaan tai yleisiin oikeusperiaatteisiin liittyvän oikeuskäytännön käyttämiseen niiden alalla ei ole esteitä.¹⁷

Amsterdamin sopimus merkitsi yhteisön tuomioistuimen toimivaltaan ja sen käyttöön muutoksia myös näin jäljelle jääneen kolmannen pilarin eli poliisiyhteistyön ja rikosoikeudellisen yhteistyön osalta. Muutokset olivat osa niitä reaktioita, joilla unionissa pyrittiin lisäämään oikeudellista hyväksyttävyyttä tuottavia elementtejä kolmannen pilarin alalle. Vaikka yhtäältä voidaan todeta, että oikeussuojamekanismeihin jäi useita heikkoja kohtia verrattuna EY:n perustamissopimuksen tuottamaan oikeussuojaan, suunta on toisaalta kuitenkin hyvin selkeä ja mahdollisuuksia avaava. Kolmannen pilarin asioiden saattamiselle tuomioistuinkäsittelyyn EU:n tasolla on tullut merkittäviä mahdollisuuksia siitä huolimatta, että alaan liitettiin käsitys hallitustenvälisyydestä.¹⁸ Tilanne on kuitenkin jäänyt

¹⁷ Ks. lähemmin esim. *Ward* 2007, s. 20–21, myös *Peers* 2006, s. 37–41. Ks. myös *Thym* 2002, s. 231–233.

¹⁸ Ks. myös *Lyons* 2000, s. 98–100 ja lisäksi *Shaw* 2000, s. 415.

epättydyttävälle tolalle ja perusasetelmaltaan yhteisöjen tuomioistuimen toimivaltaa kaventavaksi.

EU-sopimuksen 46 artikla vielä alleviivaa yhteisöjen tuomioistuimen toimivallan rajaamista kolmannen pilarin alalla 35 artiklan mukaisesti edellytyksiin. EU-sopimuksen 46 artiklan mukaan nimittäin EY:n perustamissopimuksen määräyksiä, jotka koskevat Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen toimivaltaa ja sen käyttöä, sovelletaan EU-sopimuksen VI osaston määräyksiin ainoastaan 35 artiklassa määrättyin edellytyksin.

EU-sopimuksen 35.1 artiklan sanamuodon mukaan yhteisöjen tuomioistuimella on toimivalta antaa ennakkoratkaisuja puitepäätösten ja päätösten pätevydestä ja tulkinnasta, VI osaston nojalla tehtyjen yleissopimusten tulkinnasta sekä niitä koskevien täytäntöönpanotoimenpiteiden pätevydestä ja tulkinnasta. Nimenomaisesti on kielletty EY-tuomioistuinta arvioimasta jäsenvaltion poliisiviranomaisen tai muun lain noudattamista valvovan viranomaisen toteuttamien toimien pätevyyttä tai oikeasuhteisuutta tai niiden velvollisuuksien täyttämistä, joita jäsenvaltioilla on yleisen järjestyksen ylläpitämiseksi sekä sisäisen turvallisuuden suojaamiseksi.¹⁹ Lisäksi, kuten jäljempänä oikeussuojakeinojen lähemmässä erittelyssä tulee tarkemmin ilmi, jäsenvaltio voi kytkeytyä ennakkoratkaisumenettelyjen järjestelmään eri tavoin.

Toiseksi tuomioistuin voi EU-sopimuksen 35.6 artiklan mukaan jäsenvaltion tai komission kanteesta tutkia puitepäätöksen ja päätöksen laillisuuden. Kolmanneksi tuomioistuimella on toimivalta ratkaista EU-sopimuksen 34.2 artiklan nojalla annettujen säädösten tulkintaa tai soveltamista koskevat jäsenvaltioiden väliset sekä myös yleissopimusten tulkintaa tai soveltamista koskevat jäsenvaltioiden ja komission väliset riidat. Lisäksi on huomattava, että seurauksena Schengen-säännösten sisällyttämisestä osaksi EU:ta EY-tuomioistuimella on Amsterdamin sopimukseen liitetyn pöytäkirjan mukaan muunnettua Schengen-säännöstöä koskeva toimivalta neuvoston vahvistaman oikeudellisen perustan mukaisesti.²⁰

¹⁹ Ks. lisäksi asia C-436/04, *Van Esbroeck* [2006] Kok. I-2333.

²⁰ Ks. erit. *Thym* 2002, erit. s. 243.

3 PERUSJÄNNITE

3.1 Täysivaltaisuusvaatimuksia ja hallitustenvälisyyttä

Usein kolmannen pilarin järjestelyjä selitetään alan EU:n puitteissa tapahtuvan integraation hallitustenvälisyydellä.²¹ Tuomioistuimessa tapahtuvan oikeudellistamisen poissulkemisella kokonaan tai osin on siihen perustuvassa jäsennyksessä oma merkityksensä. Tuomioistuint kontrollin poissulkemista kokonaan tai sen rajoittamista pidetään usein hyvänä esimerkkinä integraation hallitustenvälisestä luonteesta. Hallitustenvälisyys korostaa tässäkin kansallisten toimijoiden ensisijaisuutta suhteessa ylikansallisiin järjestelyihin vastakohtana sille, että ylikansallisuuteen kuuluisi toimivallan siirtämistä yhteisiin, tässä tapauksessa eurooppalaisiin puitteisiin.

Mainittu jakolinja on poliisiyhteistyössä ja rikosasioissa tapahtuvassa yhteistyössä kenties tavanomaistakin jyrkempi. Tässä suhteessa ne poikkeavat myös muista oikeus- ja sisäasioihin luettavista integraatioaloista. Syyt tällaiseen erotteluun voitaneen pitkälti palauttaa siihen, että kyseisellä alalla on perinteisesti niin selkeä ja suora yhteys valtion täysivaltaisuutta koskevaan käsitykseen ja sen ytimeen. Tämän vuoksi vaikka suurin osa unioninkin jäsenvaltioista sinänsä kannattaa kolmannen pilarin integraatiota, osa tekee sen itse asiassa tukeakseen unioniyhteistyöllä valtion täysivaltaisuutta alalla, joka on altis ulkoisille vaikutuksille. Tällainen yhteistyöpyrkimys ei ole täysin yhteneväinen sen kanssa, että jäsenvaltiot luovuttaisivat osan toimivaltuuksistaan yhteisesti käytettäväksi.²²

Poliisiin ja rikosoikeuteen liittyvät kysymykset on perinteisesti sisällytetty valtiollisen pakkovallankäytön ytimiin. Poliisiin ja rikosoikeuteen liittyvä toimivalta ja niihin liittyvät instituutiot ovat jääneet integraation intensiivisille muodoille immuuneiksi tavalla, joka mieluummin pysyttää toimivallan kansallisilla instituutioilla kuin edes helpottaa yhteistyötä niiden välillä rajat ylittäen. *Neil Walker* on selittänyt tämän johtuvan pakkovallasta osana valtion perustavanlaatuisesta itsetietoisuudesta ja sen valtiokytkentäisten instituutioiden kansallisesti erityisestä ja kulttuurisesti sisäsyntyisestä tasapainottelusta siinä, mitkä ovat hyväksyttävät rajat lainsäätäjän ja toimeenpanovallan puuttumiselle yksityiseen ja julkiseen autonomiaan. Taustalla ovat Walkerin mukaan myös valtiollisen pakkovallankäytön instituutioiden symboliset yhteydet voimakkaasti tunnettuihin kansallisen

²¹ Ks. tässä yhteydessä myös erittelyä kolmannen pilarin oikeudellisten instrumenttien vaikutuksiin kytkeytymisen *Salminen* 2007, s. 865–872 viitteeseen, samoin *Schönberger* 2007, erit. s. 1120–1126.

²² *Walker* 2004, s. 16–17. Ks. lisäksi *Salminen* 2004, erit. s. 1320–1325 lähteeseen.

identiteetin perusteisiin.²³ Kiistatonta onkin, että poliisi- ja rikosasioissa ollaan tekemisissä valtiovaltaa määrittävän ja muista vallankäytön muodoista erottelevan pakkovallankäytön monopolin kanssa. Se jo itsessään tuntuukin selittävän myös sitä perustuslaillista vastustusta, joka liittyy tähän toimivaltaan sisältyvien oikeudellisten keinojen luovuttamiseen ylikansallisiin puitteisiin. Tämä vastustus kattaa myös tuomioistuinteitse tapahtuvan oikeudellisten keinojen valvonnan.²⁴ Tällaisen ylikansallisia järjestelyjä lähtökohtaisesti vierastavan asenteen ohella esimerkiksi eurooppalaista pidätysmääräystä koskevan asian kansalliset käsittelyt osoittavat mielestäni, että alalla on paikoin syvää epäluottamusta jäsenvaltioiden kesken. Eurooppalaisen pidätysmääräyksen introdusointia unionitasolla itsessään voi tosin sinänsä pitää osoituksena jäsenvaltioiden keskinäisestä luottamuksesta. Keskinäinen luottamus ei kuitenkaan näytä täysin kantavan jäsenvaltioiden valtiosääntöjen tasolle asti.²⁵

Toisaalta esimerkiksi *Eileen Denza* on käytännöllisemmin ja itse asiassa suoranaiset valtion täysivaltaisuuteen liittyvät argumentit pääosin poissulkien katsonut, että ala ylipäätään on ollut poliittisesti sensitiivinen, mikä hänen käsityksensä mukaan selittää pidättyväistä suhtautumista sen integraatioon. Tällöin lähinnä alalla vallitsevat eroavaisuudet jäsenvaltioiden kesken yhdistettynä kussakin jäsenvaltiossa vallitsevaan vahvaan käsitykseen itse omaksutun järjestelmän ylivertaisuudesta oikeudellisena järjestelynä sekä keskeisyys kansalaisille ja kansalliselle politiikalle ovat olleet esteenä intensiivisemmälle integraatiolle. Integraatiokehityksen alkuvaiheessa lainsäädäntöä ylipäätään ei mielletty alan integraatiota hallitsevaksi piirteeksi. Lisäksi siltä osin kuin harmonisointiin on ollut aikaisemmin pyrkimystä, kokonaisuutta valtioiden välillä on hallittu kansainvälisten sopimusten keinoin, siis hallitustenvälisesti ja kunkin valtion valtiosääntöisten vaatimusten mukaisesti kansalliset parlamentit kussakin yhteydessä mukaan kytkien ja Euroopassa nimenomaan Euroopan neuvoston puitteissa. Denzan mukaan vaikuttaisi lisäksi siltä, että perimmältään alalla on vältetty oikeudellisia yhteyksiä ja koko järjestelyn lähdettyä liikkeelle epämuodollisesta ja käytännönläheisestä, käytännön tarpeiden määrittämästä informatiovaihdosta, oikeudelliset mekanismit, jotka olisivat olleet turvaamassa yksilön asemaa, eivät ole olleet yhteistyön kehittämisessä etualalla. Denzan mukaan koko alaa olisi vielä leimannut tarve ei-julkisuuteen. Tästä syystä siitä ei Denzan käsitysten mukaan olisi ollut samanlaiseksi yhteistä eurooppalaista

²³ Walker 2004, s. 18. Ks. lisäksi *Guild* 2004, s. 220–226.

²⁴ Ks. myös esim. *Boer* 1994, s. 285–286.

²⁵ Ks. lisäksi *Komarék* 2007.

identiteettiä ylösrakentavaksi ja julkisesti määritellyksi projektiksi kuin perinteinen eurooppalainen integraatio on ollut.²⁶

Integraation nykytilassa dikotomia hallitustenvälisyyden ja ylikansallisuuden välillä vaikuttaa kuitenkin yhtäältä aiheettoman helpolta ja stereotyyppiseltä monitahoisen todellisuuden kuvaajana. Myös kolmannessa pilarissa unionioikeus yhdistelee eri piirteitä ja siten eri näkökulmista tarkasteltuna painotukset vaihtelevat suuresti.²⁷ Toisaalta perussopimustasoisesta kehityksestä huolimatta tällainen jakolinja näyttäisi edelleen olevan olemassa. Lisäksi se tuntuu vahvasti ilmenevän juuri kolmannen pilarin alalla. Kolmannen pilarin ja perinteisen EY:n kesken on eroja. Niitä tavataan kuitenkin ylikorostaa.²⁸ Kolmannen pilarin alalla institutionaalisten järjestelyjen kokonaisuus on siinä määrin monimutkainen, että lopulta on yleisellä tasolla hankalasti todennettavissa, mitkä muutenkin vaikeasti mitattavista piirteistä jäävät hallitseviksi, hallitustenvälisyyttä painottavat vai ylikansalliset piirteet.

Tarkastelunalaisten oikeussuojajärjestelyjen kannalta perusratkaisu siitä, että ainakin osa asioista – ja sinänsä epätasaisesti eri jäsenvaltioista – voidaan tavalla tai toisella saattaa myös EY-tuomioistuimessa tarkasteltavaksi, osoittaa jo sen, että puhdaspiirteistä hallitustenvälisyyttä ei tältä osin ole olemassa. Itse asiassa voidaan nimittäin väittää, että *useiden alalla vallitsevien hallitustenvälisyyttä implikoivien piirteiden vastapainona on juuri EY-tuomioistuimen toimivalta myös poliisi- ja rikosasiayhteistyön asioissa.*²⁹ Perusratkaisu osoittaa tältä osin ylikansalliseen suuntaan. Sen sijaan siihen tehdyt heikennykset ovat selvästi vähentämässä tämän komponentin voimaa. Esimerkeistä käyvät ennakkoratkaisumenettelyn valinnaisuus ja rajoitteet, suorien kanteiden järjestelmässä olevat rajoitukset sekä kannetyypeissä että kantajissa. Osaa näistä voidaan luonnehtia myös differentiaation, erilaistavan ja ulottuvuudeltaan vaihtelevan integraation innovaatioina. Niitä puolestaan on kirjallisuudessa pidetty myös eräänlaisina unionipuitteisiin sovitettuina hallitustenvälisyyden vaihtoehtoina.³⁰

Kun tarkastellaan nimenomaan oikeussuojajärjestelyjen kehitystä, voidaan todeta, että Maastrichtin EU-sopimuksessa omaksutusta niukasta tuomioistuinsuhtautumisesta on sinänsä liikuttu aimo askel kohti kattavampaa tuomioistuin käsittelyjen mahdollisuutta ja siten aikaisempaa

²⁶ Denza 2002, s. 63–64. Ks. lisäksi Nuotio 2007, s. 379–380 Euroopan neuvoston toiminnasta ja sen suhteesta EU:n vastaavaan toimintaan.

²⁷ Ks. myös Salminen 2007, s. 865–872.

²⁸ Ks. Verhoeven 2002, s. 120.

²⁹ Ks. Spaventa 2007, s. 8, myös Salminen 2007, s. 870–871.

³⁰ Ks. erit. Tuyschaever 1999, s. 89–96 ja s. 226, lisäksi Albors-Llorens 1998, s. 1291.

intensiivisempään ylikansallisuuteen. Mielenkiintoista on myös se, että Maastrichtin sopimuksen jälkeen jo verraten lyhyessä ajassa Amsterdamin sopimus toi lisää yhteisöllisiä piirteitä myös Amsterdamin sopimuksen muutosten jäljelle jättämiin kolmannen pilarin osiin: Amsterdamin sopimuksen muutosten perusteella ja erityisesti EU-sopimuksen 35 artiklan vuoksi kolmannen pilarin EY:ä vastaava transformaatio on tullut vähintäänkin mahdolliseksi. Lisäksi muutokset lisäsivät EY-oikeusjärjestyksen ja unionin välisiä siteitä myös tässä suhteessa, mikä niin ikään tukee samaa kehitystä.³¹ Kokonaisuudessaan liike Maastrichtin EU-sopimuksen jälkeen on ollut yksinomaan yhteisöpiirteiden lisäämisen suuntaan.³² Siinä missä Maastrichtin sopimus sisälsi esimerkiksi hyvin avonaisen ja vajavaisen instituutioita koskevan sääntelyn, verraten nopeasti on siirrytty jo huomattavan paljon selvempään, intensiivisempään ja myös oikeudellista hyväksyttävyyttä lisäävään instituutioita koskevaan sääntelyyn. Amsterdamin sopimuksenkin järjestelyt tältä osin kuitenkin edelleen, muuntelun ja erilaistavan integraation mahdollisuuksineen, näyttävät koskettelevan oikeudellisen hyväksyttävyyden rajoja.³³

Samalla, kun poliisiyhteistyön ja rikosasioissa tapahtuvan yhteistyön kytkenä valtion täysivaltaisuuden perinteiseen sisältöön on merkinnyt jäsenvaltioissa vastustusherkkyyttä suhteessa alan ylikansalliseen integraatioon ja EY-tuomioistuimen toimivallan erinäistä rajoittamista ja vaatimuksia hallitustenvälisen luonteen säilyttämisestä, asianmukaiset mahdollisuudet yksityisten suojeluun ovat jääneet rajallisiksi. Tämä on ollut omiaan saattamaan kyseenalaiseksi unionin luonteen oikeusyhteisönä. Oikeastaan kaikki kolmannen pilarin oikeussuojassa EU-sopimuksen 35 artiklan perusteella olevat rajaukset ovat ristiriidassa sen herkkyyden kanssa, joka juuri poliisi- ja rikosasioissa tapahtuvalla yhteistyöllä on perus- ja ihmisoikeuksien suojelun kannalta.³⁴ Tämä kritiikki on yhtäläinen sen jo Maastrichtin EU-sopimuksen kohtaaman kritiikin kanssa, jonka yhtenä keskeisenä elementtinä olivat unioniin sovelletun hallitustenvälisyyden puutteet oikeudellisessa hyväksyttävyydessä verrattuna EY:n vastaaviin mekanismeihin.³⁵

³¹ Ks. *Timmermans* 2002, s. 8–9.

³² *Walker* 2004, s. 17.

³³ *Tuytschaever* 1999, s. 96–97. Ks. lisäksi *Peers* 2003, jossa puolestaan on kysymys Nizzan sopimuksen merkitsemistä muutoksista, joilla ei tässä tarkasteltavissa suhteissa ollut suoranaista merkitystä, huomaa tosin s. 249–250, samoin s. 269, jonka mukaan yleisesti myös Nizzan sopimus vaikutti yhteisön ja unionin ykseyttä lisäävään suuntaan, mitä perusoikeuskirjan omaksuminen niin ikään merkitsi.

³⁴ Ks. *Mancini* 2000, s. 191–192, myös *Ladenburger – Verwilghen* 2007, s. 747.

³⁵ Ks. erityisesti *Curtin* 1993, huomaa tosin myöhempien pilarien keskinäisiä yhteyksiä korostavien käytänteiden vahvistuminen *Curtin – Dekker* 1999, s. 83.

Ellei kysymys olisi niin tärkeästä asiasta, voitaisiin ehkä pitää ironisena sitä, että juuri poliisi- ja rikosoikeudellisen yhteistyön alan oikeussuoja-järjestelmän heikennykset osuvat perus- ja ihmisoikeuksiin, joita perinteisenkin käsityksen mukaan niin poliisi- kuin rikosoikeus niin välittömästi tuntuvat koskevan. Kun kolmannen pilarin alainen toiminta ja substanssi ovat erittäin perus- ja ihmisoikeusherkkiä, kysymys oikeussuojasta on erityisen korostuneesti esillä. Esimerkiksi terrorismin vastatoimet ja yleensä vakavan rikollisuuden vastustaminen – vaikkakaan ei yksinomaisesti – sijoittuu kolmannen pilarin alalle.³⁶ Vaikuttaakin vahvasti siltä, että johtopäätöksen niiltä osin olisi pitänyt olla nykyiselle oikeustilalle vastakkainen, ei yksityisten käyttöön annettavia oikeuskeinoja supistava vaan pikemminkin laajentava. Kolmannessa pilarissa myöskään unionioikeuden yhdenmukaiselle soveltamiselle ei ole samanlaisia takeita kuin EY:n piirissä, vaikka kolmannen pilarin säädännäiset instrumentit sinänsä ovat kehittyneet tasolle, jolla niiden ja perinteisen EY-pilarin säädännäisten instrumenttien kesken ei ole aihetta tehdä merkittävää eroa.

3.2 Oikeusyhteisöllisyys?

Klassisessa kumoamiskanteen johdosta antamassaan ratkaisussa asiassa *Parti écologiste "Les Verts" vastaan Euroopan parlamentti* vuonna 1986 EY-tuomioistuim, paitsi tärkeällä tavalla luonnehti perustamissopimusta perustuslakia vastaavaksi, viittasi siihen, että tässä yhteisön perustuslaissa on luotu täysin kattava oikeussuojateiden ja menettelyjen järjestelmä.

Tuomioistuimen mukaan ”on korostettava tältä osin, että *Euroopan talousyhteisö on oikeusyhteisö, koska sekä sen jäsenvaltiot että sen toimielimet ovat sellaisen valvonnan alaisia, jonka kohteena on niiden toteuttamien toimenpiteiden yhteensoveltuvuus perustuslakia vastaavan asiakirjan eli perustamissopimuksen kanssa* [kurs. JaS]. Perustamissopimuksen 173 ja 184 artiklalla sekä 177 artiklalla on *luotu täysin kattava oikeussuojateiden ja menettelyjen järjestelmä* [kurs. JaS], jonka tarkoituksena on antaa toimielinten toimenpiteisiin kohdistuva laillisuusvalvonta yhteisöjen tuomioistuimen tehtäväksi. Luonnollisia henkilöitä ja oikeushenkilöitä suojellaan näin ollen siltä, että niihin sovelletaan soveltamisalaltaan yleisiä säädöksiä, joita ne eivät voi suoraan riitauttaa yhteisöjen tuomioistuimessa perustamissopimuksen 173 artiklan toisessa kohdassa määritettyjen erityisten prosessinedellytysten vuoksi. Jos näiden säädösten hallinnollinen täytäntöönpano kuuluu yhteisön toimielimille, luonnolliset henkilöt ja oikeushenkilöt voivat nostaa kanteen yhteisöjen tuomioistuimessa sellaisia soveltamistoimia vastaan,

³⁶ Ks. Ojanen 2007.

jotka on niille osoitettu tai koskevat niitä ja erikseen, ja vedota kanteen tueksi tällaisen toimen perustana olevan säädöksen lainvastaisuuteen. Jos täytäntöönpano kuuluu kansallisille viranomaisille, luonnolliset henkilöt ja oikeushenkilöt voivat vedota säädösten pätemättömyyteen kansallisissa tuomioistuimissa ja saada nämä esittämään yhteisöjen tuomioistuimelle ennakkoratkaisukysymyksiä.³⁷

Sittemmin kuvaan näin kattavasta oikeussuojateiden ja menettelyjen järjestelmästä on tullut säröjä. Erityisesti oikeussuojajärjestelmän kattavuuden asettivat uuteen valoon tunnetut – ja kiistellyt – ratkaisut *Unión de Pequeños Agricultores*- ja *Jégo-Quéré*-asioissa.³⁸ EU-sopimuksen 35 artiklan perusteella kolmannen pilarin alalle osoitetun järjestelmän osalta erityisestä kattavuudesta yksityisen kannalta ei voida puhua.

Verrattaessa keskenään yhteisöjen tuomioistuimen EU-sopimuksen 35 artiklaan perustuvaa toimivaltaa nykyisen EU-sopimuksen tarkoittaman kolmannen pilarin yhteydessä toimivaltaan, joka EY-tuomioistuimella on EY:n perustamissopimuksen nojalla, on selvää, että toimivalta kolmannen pilarin kysymyksissä on suppeampaa. Myös uuden oikeuskäytännön perusteella näyttää siltä, että oikeussuoja EU:n kolmannen pilarin alalla väistämättä jää kapeammaksi kuin yhteisön puitteissa. Erityisesti asioissa *Gestoras Pro Amnistía* ja *Segi* annettujen ratkaisujen yhteydessä kolmannen pilarin oikeussuojajärjestelmän heikot kohdat ovat tulleet hyvin esille.³⁹ EU-sopimuksen nimenomaisista määräyksistä ja niistä jäsenvaltiolle samoin kuin yksityisille tarjoutuvista mahdollisuuksista johtuen unionin oikeudellisten instrumenttien tehokas ja yhtenäinen laillisuusvalvonta ovat hankalasti toteutettavissa niin alalle omaksutussa ennakkoratkaisumenettelyssä kuin kumoamiskannemenettelyssäkin. Heikoksi kohdaksi jäsenyytensä ensinnäkin laajempi järjestelmätasoinen ongelma yleisten, tuomioistuimissa tapahtuvan oikeudellistamisen mekanismien rikkonaisuudesta ja tämän rikkonaisuuden erilaiset heijastumat. Toisena heikkona kohtana ovat yksityisten yksinomaan välillisiksi rajatut yhteisötuomioistuimeen pääsyreitit. Kolmannen erityisen ongelmakokonaisuuden muodostavat EU-sopimuksen 35.1 ja 35.6 artiklan

³⁷ Asia 294/83, *Parti écologiste "Les Verts" v Euroopan parlamentti*.

³⁸ Asia C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores v neuvosto* [2002] Kok. I-6677 ja asia C-263/02 P, *Jégo-Quéré & Cie SA v komissio* [2004] Kok. I-3425. Viimeaikaisesta keskustelusta ks. erit. *Lenaerts* 2007, s. 1627–1630 ja *Jacobsin* ytimekäs kuvaus kehityksestä ja teesit tilanteen kehittämiseksi, *Jacobs* 2003.

³⁹ Asia C-354/04 P, *Gestoras Pro Amnistía, Juan Mari Olano Olano, Julen Zelarain Errasti v neuvosto* [2007] Kok. I-1579 ja asia C-355/04 P, *Segi, Aritz Zubimendi Izaga ja Aritz Galarraga v Euroopan unionin neuvosto* [2007] Kok. I-1657. Myös asia C-105/03, rikosoikeudenkäynti *Maria Pupinoa* vastaan [2005] Kok. I-5285, kohta 39.

määräykset, joiden perusteella ennakkoratkaisumenettelyn ja kumoamiskannemenettelyn kohteista on epäselvyyttä.

Mainitut eroavuudet ovat osaltaan antaneet aiheen epäillä, missä määrin EY:n perustamissopimuksen vastaavat järjestelyt ja niissä omaksutut tulkinnat esimerkiksi ennakkoratkaisumenettelyn keskeisistä elementeistä taikka *Foto-Frost*-periaatteista olisivat edes pääpiirteissään toteutettavissa kolmannen pilarin piirissä.⁴⁰

Omaa erityistä painetta asetelmaan ovat tuoneet oikeussuojan vähimmäistasolle Euroopan ihmisoikeussopimuksen puolelta tulevat vaatimukset. Mahdollinen havainto asianmukaisten oikeussuojakeinojen puuttumisesta puolestaan avaa nimittäin uuden näkymän vaatimuksiin, joita kolmannen pilarin alalla yksityisille tarjoutuville oikeuskeinoille asettuu Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja sen soveltamisen suunnasta.⁴¹ Tämä nimenomainen seikka lisää tarvetta tulkita ja soveltaa EU-sopimuksen määräyksiä oikeussuojakeinoista tavalla, joka on sopusoinnussa Euroopan ihmisoikeussopimuksen soveltamiskäytännön kanssa.⁴²

Kun Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa esitetyn väitteen mukaan ihmisoikeussopimusta rikkoneella teolla tai laiminlyönnillä on ollut jokin kytkentä EY:öön, ihmisoikeustuomioistuimen kanta suhteessa unionijäsenvaltioita koskevien valitusten tutkimiseen on ollut suhteellisen pidättyväinen. Yleisellä tasolla voidaan todeta, että linjasta on muodostunut verraten yhteisömyönteinen. Merkittävänä perusteena luottavaiselle linjalle on ollut ihmisoikeustuomioistuimen käsitys siitä, että unionin sisäinen ihmisoikeuksien toteutumisen valvonta on siinä määrin tehokasta, ettei ihmisoikeustuomioistuimen ole syytä erikseen valvoa sitä yhteisökytkentäisissä toimissa.⁴³

Linjassa on kuitenkin vivahteita, joilla on merkitystä jos havaitaan, että asianmukaista tehokasta oikeussuojakeinoa ei olisikaan yksityisten näköpiirissä. Kuten tunnettua, esimerkiksi tapauksessa *Matthews* annettu ratkaisu⁴⁴ on osoittanut, että jäsenvaltiot voivat olla vastuussa yhteisökytkentäisistä teoistaan ihmisoikeussopimuksen nojalla. Sekin ratkaisu voidaan osittain palauttaa oikeussuojamekanismeihin, olihan tapauksessa kysymys primaarioikeudellisesta yhteisö sääntelystä, jonka pätevyys ei voi tulla EY-tuomioistuimessa arvioitavaksi ennakkoratkaisumenettelyssä, koska perustamissopimuksen artiklojen pätevyys ei voi olla kysymyksen kohteena. Sen vuoksi lähtökohtakantaa, jonka mukaan EY:ssä on sellainen perusoikeusjärjestelmä asianmukaisine

⁴⁰ Salminen 2007. Ks. toisaalta jo varhain esitettyä Curtin – Dekker 1999, s. 123.

⁴¹ Ward 2004, s. 123–125 ja s. 133–138.

⁴² Ks. tähän viittaavaa argumentointia toisessa yhteydessä ainakin asiassa C-432/04, *Euroopan yhteisöjen komissio v Edith Cresson* [2006] Kok. I-6387.

⁴³ Ks. yleisesti esim. *Pellonpää* 2005 ja *Schermers* 2000, s. 210–211.

⁴⁴ *Matthews v Yhdistynyt kuningaskunta* (Application no. 24833/94), 18.2.1999.

valvontamekanismeineen, että yhteisöliitännäiset valitukset eivät tarvitse erityistä ihmisoikeustuomioistuimessa tapahtuvaa tutkimista, ei ole voinut soveltaa tapaukseen.⁴⁵ *Bosphorus*-asiassa annetussa tuomiossa mainittuun linjaan sisältyvä käsitys valvontamekanismeista ja niiden merkityksestä tulee hyvin esille. Yksityisten tehokkaan oikeussuojan kannalta pidättyväinen linja on kytketty siihen, että vaikka yhteisössä yksityisten pääsy EY-tuomioistuimeen sinänsä on rajoitettua, yhteisöelinten ja jäsenvaltioiden kanteet valvontakeinona hyödyttävät myös yksityisiä. Yksityisten kannalta tärkeä on lisäksi jäsenvaltioiden tuomioistuinten liittyminen yhteisöoikeudelliseen oikeussuojajärjestelmään muun muassa ennakkoratkaisumenettelyn myötä. Jäsenvaltiossa vireillä olevassa asiassa yksityisillä on mahdollisuus saada asia EY-tuomioistuimeen ennakkoratkaisumenettelyssä.⁴⁶

Vaikka *Bosphorus*-ratkaisu ennakkopäätöksenä tarkasteltuna koskee nimenomaisesti unionin yhteisöpilarin alaista toimintaa, yhteisöjen tuomioistuin on tuonut unionin kolmannen pilarin oikeussuojajärjestelmää – joka ei tosin sen tulkintojenkaan jälkeen ole muodostunut eikä voi niiden perusteella muodostuakaan yhtä kattavaksi kuin yhteisöpilarin oikeussuojajärjestelmä – lähemmäs yhteisöpilarin vastaavaa. Kun lisäksi *Maria Pupino* -tapauksessa⁴⁷ yhteisöjen tuomioistuin on kuljettanut niin ikään kolmannen pilarin erityisen ihmisoikeusherikälle alalle ihmisoikeussopimuksen ja sen soveltamiskäytännön huomioonottavan katsannon, voidaan vähintäänkin todeta, että unionin tuomioistuinjärjestelmän puolelta tässä asetelmassa on pyritty vuorovaikutukseen, mikä voi osaltaan mahdollistaa unionimyönteisen linjan jatkumisen Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä. Tarkastelun tässä käsittelemättä jäävä lisäulottuvuus tulee tosin siitä, että nimenomaisissa soveltamistilanteissa kansallisilla tuomioistuimilla voi joka tapauksessa olla sellainen harkintavalta, jonka käyttöön ihmisoikeustuomioistuimen tutkinta ulottuu.⁴⁸

⁴⁵ Ks. lisäksi *Ward* 2000, s. 225–226.

⁴⁶ *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v Ireland*, (Application no. 45036/98) 30.6.2005, kohdat 155 ja 159–165. Tapaukseen liittyy mielenkiintoinen yksityiskohta tuomari *Ressin* mielipiteessä (kohta 2), jossa nimenomaisesti viitataan tässä kirjoituksessa käsiteltäviin *Segin* ja *Gestoras Pro Amnistian* tapauksiin – ennen kanteiden C-354/04 P ja C-355/04 P ratkaisua – esimerkkinä tilanteesta, jossa ihmisoikeussopimuksen mukaisten velvoitteiden suoja on yhteisöjen tuomioistuimen puuttuvasta toimivallasta johtuen sikäli puutteellista, että ihmisoikeussopimuksen tarkoittamaa suojan tasoa koskeva presumptio on kumottavissa.

⁴⁷ Asia C-105/03, rikosoikeudenkäynti *Maria Pupino*a vastaan [2005] Kok. I-5285.

⁴⁸ *Haltern* 2007, s. 777–778.

3.3 Uuden oikeuskäytännön silmät aukaiseva merkitys

Uusi kolmatta pilaria koskeva oikeuskäytäntö on monessa suhteessa silmiä avaava.⁴⁹

Tärkeänä taustana myös kolmannen pilarin oikeussuojajamenettelyjä koskevaan oikeuskäytäntöön ja menettelyistä tehtäviin tulkintoihin on yhteisöjen tuomioistuimen *Maria Pupino* -ratkaisu,⁵⁰ jota on kirjallisuudessa jo ehditty luonnehtia tavalla, joka rinnastaa sen EY-oikeuden klassisiin perusratkaisuihin.⁵¹ Ratkaisussa tulee selvästi esiin, kuinka EU-sopimuksen 35 artiklaan perustuva tuomioistuimen toimivalta avaa väylän kolmannen pilarin vastaavalle transformaatiolle kuin EY-oikeusjärjestyksen piirissä on sen kehityksen alkuvaiheessa tapahtunut.⁵² Ratkaisussa yhteisöjen tuomioistuimen toimivalta antaa ennakkoratkaisuja ja menettelyn mielekkyys on yhtenä perustana alan oikeudellisen instrumentin tulkintavaikutukselle.⁵³ Oikeussuojaa koskevan tarkastelun kannalta erityistä merkitystä ratkaisussa on sillä, että EY-tuomioistuin ei siinä tee merkittävää eroa EY-oikeuden ja muun EU-oikeuden välille. Kolmannen pilarin mahdolliset erityispiirteet eivät oikeastaan saa *Pupino*-ratkaisussa osakseen mitään erityistä huomiota. Siten mahdolliset hallitustenvälisyyden tuomioistuinpäätöksenteolle asettamat pidäkkeet eivät enää siltä osin kuin ollaan 35 artiklan soveltamisalalla ja tuomioistuinkontrollin piirissä näyttäisi heijastuvan argumentointiin. Unionioikeuden tehokas toteutuminen ja sen varmistaminen puolestaan saavat ratkaisussa merkityksen, joka niillä on ollut jo EY:ä koskevassa oikeuskäytännössä.⁵⁴

Myöhemmin tuomioistuin tasapainotteli myös tätä taustaa vasten nimenomaisesti tehokkaita oikeussuojakeinoja kolmannen pilarin alalla koskevissa ratkaisuisaan *Gestoras Pro Amnistía*- ja *Segi*-asioissa.⁵⁵ Lähtötilanne ei ollut unionin oikeussuojajärjestelmän kannalta erityisen mairitteleva, koska se näytti osuvan juuri sellaisiin järjestelmän heikkoihin kohtiin, jotka saattaisivat asettaa järjestelmän myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja sen soveltamiskäytännön osoittamien oikeussuojan vähimmäisstandardien

⁴⁹ Ks. myös esim. oikeustapauskommentit *Salminen* 2006 ja *Salminen* 2007.

⁵⁰ C-105/03, rikosoikeudenkäynti *Maria Pupino* vastaan [2005] Kok. I-5285.

⁵¹ *Prechal* 2007, s. 36, myös *Curtin* 2006, s. 33.

⁵² Ks. myös *Ward* 2007, s. 22–24.

⁵³ C-105/03, rikosoikeudenkäynti *Maria Pupino* vastaan, Kok. I-5285, 43–47 kohta.

⁵⁴ *Prechal* 2007, s. 60.

⁵⁵ Kokonaisasetelma havainnollistuu, kun yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisun lisäksi tarkastelee valituksenalaisia määräyksiä, asia T-338/02, *Segi ym. v neuvosto*, määräys 7.6.2004; asia T-333/02, *Gestoras Pro Amnistía ym. v neuvosto*, määräys 7.6.2004, sekä julkisasiamiehen (*Mengozzi*) ratkaisuehdotusta 26.10.2006.

kannalta kyseenalaiseen valoon. Toisaalta, siinä missä tämä uusi oikeuskäytäntö on koetellut kolmannen pilarin oikeussuojajärjestelmää ja tuonut esille sen heikkoja kohtia ja ollut tässä mielessä silmiä aukaiseva, siinä tulee myös esiin, ettei tilanne ole niin yksiselitteisen heikko yksityistenkään kannalta kuin se ensinäkemältä sopimusmääräysten perusteella saattaa vaikuttaa. Mainituissa *Gestoras Pro Amnistía*- ja *Segi*-asioissa EY-tuomioistuin nimittäin joutui ottamaan kantaa kantajien asemaan ja tehokkaan oikeussuojan mahdollisuuksiin tilanteessa, jossa nämä olivat tulleet kiistäneeksi välillisesti kolmannen pilarin alalla annetun yhteisen kannan laillisuuden ja esittäneeksi, ettei niillä ollut tehokasta keinoa riitauttaa sitä, että ne oli sisällytetty terroritekoihin sekaantuneiden luetteloon, mikä vielä näyttikin verraten selvältä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ratkaisun perusteella.⁵⁶ Tilanteessa, jossa EU-sopimuksen 35 artikla asettaa merkittäviä rajoituksia kolmannen pilarin alaiselle oikeussuojajärjestelmälle, tuomioistuin on tärkeällä tavalla avannut unionin oikeussuojajärjestelmän EU-sopimuksen 6 artiklaan tukeutuen:⁵⁷

Valittajat eivät voi kuitenkaan väittää, ettei niillä ole minkäänlaista oikeussuojaa. Kuten EU[-sopimuksen, JaS] 6 artiklasta seuraa, Euroopan unioni perustuu oikeusvaltioperiaatteelle ja kunnioittaa yhteisön oikeuden yleisiin periaatteisiin kuuluvia perusoikeuksia. Tästä syystä toimielinten – samoin kuin jäsenvaltioiden niiden pannahsa täytäntöön Euroopan unionin lainsäädäntöä – toteuttamien toimien yhteensopivuutta perustamissopimusten ja yleisten oikeusperiaatteiden suhteen valvotaan.

EU-sopimuksen 6 artiklan määräys tarjoaa selkänöjan asiaa koskevan oikeuden hahmottamiseen ja soveltamiseen. Aivan samoin kuin *Pupino*-asiassa annetussa ratkaisussa, jossa tuomioistuin kuljettaa EU:n kolmannen pilarin alalle perus- ja ihmisoikeuksia koskevan tulkintakäytäntönsä EU-sopimuksen 6 artiklaan nojautuen, se tuntuu samaan määräkseen tukeutuen tekevän tuomioistuinvalvonnan ja oikeussuojakeinojen osalta.

Mainittujen tapausten perusteella EY-tuomioistuimen tehtävä varmistaa lain noudattaminen näyttäytyy EU-sopimuksen 6 artiklan tulkinnallisena jatkeena. Tämä tuo esiin paitsi oikeusvaltioperiaatteen myös EU-sopimuksen 6.2 artiklan määräyksen perusoikeuksista. Ratkaistavana ongelmana on jännite, joka aiheutuu EU-sopimuksen 6 artiklan ja kolmannen pilarin alalla päätettäviä oikeudellisia instrumentteja koskevan EU-sopimuksen 34

⁵⁶ Ks. lyhyesti kyseisistä ratkaisuista ja ratkaisuaselmista *Salminen* 2007b, s. 1135–1137.

⁵⁷ Ks. myös asia C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores v neuvosto* [2002] Kok. I-6677, kohta 38.

artiklan ja yhteisöjen tuomioistuimen toimivaltaa koskevan EU-sopimuksen 35 artiklan yhteensovittamisesta. Yhtäällä on perussopimustasoinen vaatimus perusoikeuksien toteuttamisesta ja oikeusvaltiollisuudesta sekä tarve turvata tehokas ja yhdenmukainen soveltaminen ja erityisesti kolmannen pilarin oikeudellisten instrumenttien laillisuuskontrolli ja toisaalla ovat nimenomaiset – niin ikään perussopimustasoiset – oikeussuojamenettelyjä koskevat ja tuomioistuimelle niissä toimivallan perustavat määräykset, joiden valossa ensin mainittujen seikkojen toteuttaminen käy hankalaksi.⁵⁸ Jännitettä voidaan suhteellisen pitkälle purkaa tulkitsemalla EU-sopimuksen 35 artiklan määräyksiä perusoikeusmyönteisellä tavalla. Tältä kannalta tuomioistuimen toimivaltaa kaventavia ja sitä kautta oikeussuojamekanismeja rajoittavia määräyksiä on aihetta tulkita pikemminkin suppeasti kuin laajentavasti, koska ne merkitsevät rajoituksia yksityisten oikeusturvaan. Kuten jatkossa havaitaan, erityisen problemaattiseksi kysymys muodostuu EU-kontekstissa siltä osin kuin kysymykseen tulisi kokonaisuutta EU-tasolla täydentävän oikeussuojakeinon luominen.

Tasapainottamista on myös siinä, missä määrin voidaan katsoa, että se mikä pätee EY:n oikeusjärjestyksessä, koskee myös muuta EU:a, tässä tapauksessa kolmatta pilaria. Selvää on, ettei silmiä voida sulkea siltäkään, että EU-sopimuksen kolmatta pilaria koskevissa määräyksissä osin tulee selkeästi esille se, että esimerkiksi yhteisöjen tuomioistuimen toimivalta samoin kuin poliittisten instituutioiden asema suhteessa toisiinsa on erilainen kuin EY:n perustamissopimuksen järjestelmässä.⁵⁹

4 EU:N KOLMANNEN PILARIN OIKEUSSUOJAMEKANISMIEN ERITTELY

4.1 Ennakkoratkaisumenettely

Ennakkoratkaisumenettelyn keskeisyys. EY:n perustamissopimuksen 234 artiklan mukainen ennakkoratkaisumenettely on EY:n alaisista yksilön asemaa turvaavista oikeussuojajärjestelyistä keskeisin. Oikeudellisena mekanismina sillä on myös tätä laajempi ulottuvuus: sitä on pidetty monestakin syystä koko EY-oikeusjärjestykselle leimaa-antavana menestystekijänä. Sellaisena se on tavallaan myös luonteva vertailukohta muun EU:n alaisille vastaaville järjestelyille. Tässä yhteydessä ei kuitenkaan ole mahdollisuutta enemmälti

⁵⁸ Vrt. *Peers* 2007, s. 897, jossa jännite nähdään toisin.

⁵⁹ Ks. lisäksi *Peers* 2007, s. 919.

käsitellä ennakkoratkaisumenettelyn tarkoituksena sinänsä. Ne ovat myös suhteellisen selvät ja ymmärrettävät: samalla kun menettely edesauttaa yksityisten unionioikeuteen liittyvien oikeusturvaodotusten täyttämässä, se takaa unionioikeuden muutoinkin asianmukaisen ja yhtenäisen soveltamisen laajalla alueella ja eri tuomioistuintahojen toimesta tarkoituksenaan estää tilanne, jossa eri jäsenvaltioiden kansallisissa tuomioistuimissa EU-oikeus saisi toistiaan poikkeavan sisällön. EU-oikeuden tavoitteita edistävänä se myös turvaa EU-oikeuden tehokkuutta. Keskeistä on, että ainakaan eurooppaoikeudellisesta näkökulmasta poliisiyhteistyön ja rikosoikeudellisen yhteistyön alalla ei näyttäisi olevan sellaista erityistä syytä, etteikö näitä vastaavia perusarvoja olisi toteutettavana myös niissä.

EU-sopimuksen 35 artiklan tarkoittaman ennakkoratkaisujärjestelyn erityisyydet. EU-sopimuksen 35 artiklan tarkoittama ennakkoratkaisujärjestelmä poikkeaa muutamissa tärkeissä seikoissa EY-perustamissopimuksen 234 artiklan tarkoittamasta ennakkoratkaisumenettelystä. Nämä poikkeamat tekevät muun muassa EY:n perustamissopimuksen 234 artiklan tarkoittamaa ennakkoratkaisumenettelyä koskevien tulkintojen, jotka ilmenevät muun muassa *CILFIT*- ja *Foto-Frost*-ratkaisuisissa⁶⁰ ja niiden myötä kehitellyissä periaatteissa, sovittamisen hankalaksi EU-sopimuksen 35 artiklan ennakkoratkaisumenettelyyn.

EU-sopimuksen 35.1 artiklan tarkoittaman ennakkoratkaisumenettelyn puitteet ovat perusvireeltään ylipäätään erilaiset kuin EY:n perustamissopimuksen 234 artiklan tarkoittaman ennakkoratkaisumenettelyn. Tämä johtuu siitä, että järjestelmä ja siihen liittyminen ei ole samalla tavalla koko EU-sopimusjärjestelyyn elimellisesti kuuluva seikka kuin 234 artiklan tarkoittamaan menettelyn sitoutuminen on osana perustamissopimuksen kokonaisjärjestelyä. Tällä tarkoitan nimenomaan sitä perustavanlaatuista eroa, joka syntyy siitä, että EU-sopimuksen 35 artiklan mukaan jäsenvaltioiden tulee julistuksellaan hyväksyä tuomioistuintensa mahdollisuudet ennakkoratkaisupyynnön esittämiseen. EU-sopimuksen 35.2 artiklan mukaan jäsenvaltio voi hyväksyä ("opt-in") yhteisöjen tuomioistuimen toimivallan ennakkoratkaisujen antamiseen. Toisin sanoen se voi sellaisesta myös pidättäytyä. Passiiviseksi jättäytyminen on merkinnyt sitä, ettei ennakkoratkaisumenettelyn mahdollisuutta tunnusteta. Nekin valtiot, jotka ovat sinänsä liittyneet mukaan ennakkoratkaisumenettelyn järjestelmään, ovat muutoin voineet asettaa sen sovellettavuudelle EU-sopimuksen mukaisia ehtoja.

⁶⁰ Asia 238/81, *CILFIT ja Lanificio di Gavardo* [1981] Kok. 3415 ja asia 314/85, *Foto-Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost* [1987] ECR 4199.

Silloinkin, kun jäsenvaltio on hyväksynyt toimivallan sinänsä, se on voinut osoittaa, koskeeko niiden hyväksyntä vain viimesijaisia tuomioistuimia vai kaikkia tuomioistuimia. Joka tapauksessa velvollisuutta ennakkoratkaisupyynnöön jäsenvaltion tuomioistuimella ei näyttäisi EU-sopimuksen 35.3 artiklan perusteella olleen.⁶¹

Vaihtoehtojen kirjo on johtanut siihen, että tällä hetkellä on jäsenvaltioita, jotka ovat jättäneet hyväksymättä EY-tuomioistuimen toimivallan antaa ennakkoratkaisuja kansallisille tuomioistuimille niiden pyynnöstä. Samoin on jäsenvaltioita, joissa yksinomaan viimesijainen tuomioistuin saattaa tehdä ennakkoratkaisupyynnön. Lisäksi on useita sellaisia jäsenvaltioita, jotka ovat omaksuneet kolmannen version varaamalla itselleen mahdollisuuden tehdä viimesijaisen tuomioistuimen ennakkoratkaisupyynnöistä edellytysten muutoin täyttyessä myös velvollisuuden.⁶² Sinänsä viimeksi mainittu vaihtoehto ei edes kuulu EU-sopimuksessa osoitettuihin vaihtoehtoihin,⁶³ mutta se vastaa hyvin perussopimusten henkeä ylipäättään ja se tuottaa unionioikeuden näkökulmasta yksilön kannalta tässä tilanteessa niin kattavan oikeussuojan kuin EU-sopimuksen 35 artiklan tarjoamissa puitteissa ylipäättään on mahdollista.⁶⁴

Tämä tapa säännellä ennakkoratkaisuinstituutiota saattaa kyseenalaiseksi unionin tuomioistuimen keskeisyyden yhtenäistä oikeusjärjestystä luotaessa.⁶⁵ Sekä yksilötasolta että järjestelmätasolta tarkasteltaessa epätydyttävään tilanteeseen syntyy siltä osin kuin ennakkoratkaisupyynnön tekemisen mahdollisuus jäsenvaltion tuomioistuimesta on tehty mahdottomaksi. Mahdollisuuden rajaaminen yksinomaan viimesijaiseen tuomioistuimeen on omalaatuinen vaihtoehto sekin molemmilta kannoilta. Järjestelmänäkö- kulmasta ongelmatilanteita voidaan havainnollistaa esimerkiksi viittaamalla yhteisöjen tuomioistuimen antamien ennakkoratkaisujen asemaan myös ennakkopäätöksinä.⁶⁶

⁶¹ Ks. *Claes* 2006, s. 584–585.

⁶² Vuonna 2005 annetun neuvoston ilmoituksen (EUVL 2005, L 327/19; EUVL C 318/1) mukaan neljätoista jäsenvaltiota olisi ilmoittanut hyväksyvänsä ennakkoratkaisumenettelyn tällä alalla. Näistä kaksi – Espanja ja Unkari – hyväksyvät viimesijaisen tuomioistuimen oikeuden tehdä ennakkoratkaisupyynnöitä. Muut kaksitoista, joihin mm. Suomi kuuluu (ja lisäksi Saksa, Belgia, Ranska, Italia, Kreikka, Alankomaat, Luxemburg, Portugali, Ruotsi ja Tšekki), sallivat kaikkien tuomioistuintensa tehdä ennakkoratkaisupyynnöitä. Sittenmin Slovenia on liittynyt tähän samaan joukkoon (*Lenaerts* 2007, s. 1633). Muut jäsenvaltiot eivät ole ilmoituksia tehneet.

⁶³ Ks. kuitenkin Amsterdamin sopimuksen yhteydessä annetut julistukset EU-sopimuksen K.7 artiklasta (35 artikla).

⁶⁴ Ks. *Claes* 2006, s. 584–585.

⁶⁵ Ks. myös *Lenaerts* 2007, s. 1645.

⁶⁶ Ks. yleisesti esim. *Ojanen* 2001.

Järjestelmänäkökulmasta jäsenvaltioiden mahdollisuus jättäytyä ennakkoratkaisumenettelymahdollisuuden ulkopuolelle puuttuu ongelmallisella tavalla eritoten ennakkoratkaisujärjestelmän monenvälisyyttä korostavaan ulottuvuuteen. Tarkoittamaani monenvälisyyteen kuuluu se, että yhden jäsenvaltion yhdelle tuomioistuimelle EY-tuomioistuimesta annettu ennakkoratkaisu on koko ajan tullut sekä tosiasiallisesti että oikeudellisesti tärkeämmäksi muiden kansallisten tuomioistuinten toiminnan kannalta. Vaihtoehto, jossa muilta kuin ylimmiltä tuomioistuimilta ennakkoratkaisupyynnön tekeminen EY-tuomioistuimille, paitsi ylenkatsoo mahdollisuuksia jo tuomioistuinkäsittelyn alemmissa vaiheissa käyttää kaikkia mahdollisia sovellettavan oikeuden asianmukaisen tulkinnan tai peräti pätevyyden selvittämisen mahdollistavia keinoja ja sitä kautta muun muassa yksityisten oikeussuojamenettelyille asettamia odotuksia, rikkoo mahdollisuutta avoimeen kommunikaatioon yhteisötuomioistuimen ja kansallisten tuomioistuinten kesken.⁶⁷ Samalla on tietysti todettava, että siinä tapauksessa, että jäsenvaltio on kuitenkin hyväksynyt ylimmälle tuomioistuimelleen tällaisen mahdollisuuden, tämä murtuma ei ole läheskään niin suuri kuin niissä tapauksissa, joissa jäsenvaltio ei ole koko järjestelmään liittynyt.

Tämän ohella yksityisten asema suhteessa EU-oikeuden tulkintaan ja laillisuuden valvontaan riippuu siitä, minkä jäsenvaltion tuomioistuimessa asia ratkaistaan. Unionioikeuden näkökulmasta on problemaattista, että eri jäsenvaltioista yksilöille ei tarjoudu samanlaisia keinoja EU-tasolla toteutettavaksi.⁶⁸ Kokonaisuutena arvostellen voidaankin hyvin yhtyä *Carole Lyonsin* toteamukseen siitä, että on oikeastaan paradoksaalista, että ennakkoratkaisumenettelyyn, jonka tehtäviin kuuluu EU-oikeuden yhteisen tulkinnan takaaminen, puututaan tavalla, joka itse asiassa on vastoin menettelyn keskeisintä tarkoitusta.⁶⁹ Toisaalta siltä osin kuin yhteisöjen tuomioistuin on ennakkoratkaisumenettelyssä esittänyt tulkinnan kolmannen pilarin alan oikeudellisesta instrumentista tai lausunut sen pätevyydestä, sen tulkinnalla tai käsityksellä säädännäisen instrumentin pätevyydestä on EU:n oikeusjärjestyksen kattava merkitys. Vaikka mekanismi ennakkoratkaisupyynnöiden esittämiseen on vajavainen, ei voitane ajatella, että jos EU:n tuomioistuin olisi pitänyt pätemättömänä esimerkiksi puitepäätöstä

⁶⁷ Mielenkiintoinen ja sinänsä havainnollinen kuriositeetti on, että tärkeä *Pupino*-ratkaisu on annettu nimenomaan italialaisen alemman tuomioistuimen ennakkoratkaisupyynnön johdosta. Italia on ilmoittanut, että sen kaikki tuomioistuimet voivat tehdä ennakkoratkaisupyynnöitä. Ks. myös *Lenaerts* 2007, s. 1644–1645. – Huomaa lisäksi, että useat kolmannen pilarin asiat ovat luonteeltaan sellaisia, että niissä edellytetään tuomioistuinkäsittelyltä riipeyttä myös kansallisen lain perusteella.

⁶⁸ Esim. *Albors-Llorens* 1998, s. 1282.

⁶⁹ *Lyons* 2000, s. 102.

EU:n perusoikeuksien vastaisena, pätemättömyys ulottuisi vain osaan jäsenvaltioita.⁷⁰ Oikeusvarmuusvaatimus ja unionilaajuisten yhdenmukaisuuden vaatimus edellyttää tässä kohden, että pätevyysratkaisuilla ja tosiasiallisesti myös tulkintaratkaisuilla on yksittäistä tapausta pidemmälle ulottuvat vaikutukset. EU-sopimuksen nimenomaiset säännökset eivät ole tällaisen käsityksen esteenä etenkin, jos tulkitaan, että EU-sopimuksen 35.2 ja 35.3 artiklassa on kysymys nimenomaan jäsenvaltioiden tuomioistuinten mahdollisuuksista osallistua järjestelmään, ei prosesseissa annettujen ratkaisujen vaikutuksista. Tällaisella tulkinnalla myös 35.4 artikla, jonka mukaan jäsenvaltioiden hallitukset riippumatta siitä, onko 35 artiklan tarkoittama julistus ennakkoratkaisujärjestelmään liittymisestä annettu vai ei, voivat osallistua menettelyihin yhteisöjen tuomioistuimessa, vaikuttaisi oikeudellisesti mielekkäältä.

Ennakkoratkaisumenettelyn kohteet. Yhden ongelman on muodostanut kysymys siitä, millaisia kysymyksiä ennakkoratkaisuasiassa ylipäätään voidaan käsitellä. Kuten sopimusmääräyksistä yllä on todettu, EU-sopimuksen 35.1 artiklan sanamuodon mukaan EY-tuomioistuimen toimivalta on ulottunut kolmannessa pilarissa ennakkoratkaisujen antamiseen *puitepäästösten ja päätösten pätevydestä ja tulkinnasta*.⁷¹ Vastaava toimivalta sillä on artiklan sanamuodon mukaan kyseisen osaston nojalla tehtyjen *yleissopimusten tulkinnasta sekä niitä koskevien täytäntöönpanotoimenpiteiden pätevydestä ja tulkinnasta*. Huomionarvoista on, että tässä yhteydessä ei mainita kolmannen pilarin alalla EU-sopimuksen 34 artiklan mukaisina oikeudellisina instrumentteina käytössä olevia neuvoston omaksumia yhteisiä kantoja. Vielä erityisempää on, että verrattuna EY:n perustamissopimuksen 234 artiklan määräykseen ennakkoratkaisumenettelyn kohteesta EU-sopimuksen 35.1 artiklassa ei mainita EU-sopimusta ja sen tulkinnan mahdollisuutta miltään osin. EU-sopimuksen 46 artikla avartaa hieman tätä viimeksi mainittua ulottuvuutta, koska sen perusteella EY-tuomioistuimen toimivalta ulottuu esimerkiksi saman sopimuksen 6 artiklan tulkintaan. Samalla se sulkee pois joukon muita keskeisiä määräyksiä, eikä se joidenkin kirjallisuudessa esitettyjen käsitysten mukaan kuitenkaan välttämättä avaisi tuomioistuimelle toimivaltaa EU-sopimuksen 34 artiklan tai 35 artiklan tulkintaan.⁷²

Uusi oikeuskäytäntö on tältä osin mielenkiintoista ja valaisevaa. Ensinnäkin yhteisten kantojen osalta EY-tuomioistuimen ratkaisuihin *Gestoras Pro Amnistía* ja *Segi* todetaan yksiselitteisesti, että sisältöön perustuvan

⁷⁰ Ks. *Giegerich* 2007, s. 367. Vrt. toisenlaisiin päätelmiin esim. *Tuyschaever* 1999, s. 96.

⁷¹ Esim. asia C-354/04 P, *Gestoras Pro Amnistía ym. v neuvosto*, kohdat 54 ja 55.

⁷² *Albors-Llorens* 1998, s. 1279, ks. myös *Peers* 2006, s. 44.

tarkastelun perusteella myös yhteiset kannat voivat tulla yhteisöjen tuomioistuimen tulkintatoiminnan kohteeksi. Nimittäin silloin kun yhteisillä kannoilla on tavoiteltu vaikutuksia kolmansiin nähden, yhteinen kanta määrittellään yhteisöjen tuomioistuimessa sen todellisen luonteen mukaisesti ja sen tulkinnasta voidaan siis yhteisöjen tuomioistuimessa antaa ennakkoratkaisuja. Tämä merkitsee sitä, että ensin tulee tarkastella niiden ulottuvuutta suhteessa kolmansiin, ja niiden tulkinta, mukaan lukien tällainen tarkastelu, kuuluu EY-tuomioistuimen toimivaltaan.⁷³

Ratkaisut alleviivaavat myös ennakkoratkaisumenettelyn merkitystä kolmannen pilarin oikeudellisten instrumenttien laillisuuden arviointimekanismina. Sen sijaan, että yhteisöjen tuomioistuin olisi eräiden myös oikeuskirjallisuudessa esitettyjen kantojen mukaisesti todennut *Gestoras Pro Amnistía* -ratkaisussa, että kansallisilla tuomioistuimilla on toimivalta tutkia unionioikeuden lainmukaisuutta tällaisissa asioissa, se EU-sopimuksen 35 artiklasta tekemänsä tulkinnan perusteella katsoo itsellään olevan toimivallan tutkia yhteistenkin kantojen lainmukaisuutta ja antaa niitä koskevia tulkintoja. Tuomioistuin tukeutuu mielenkiintoisesti *Drittwirkung*-argumenttiin. Näkemys, jonka mukaan yhteisiä kantoja ei oikeusvaikutuksensa tai oikeusvaikutusjärjestelmän kannalta ole syytä arvioida niiden nimeämisen perusteella vaan sen perusteella, onko niillä nimestään huolimatta tavoiteltu kolmanteen ulottuvia vaikutuksia, on nähdäkseni perusteltu ja lisäksi se on ollut ennakoitavissakin, sillä se on EY:n perustamissopimuksen tulkintakäytännöstä tunnettu.⁷⁴

Muun muassa EY-perustamissopimuksen 230 artiklan tulkintaa koskevassa oikeuskäytännössä on nimittäin katsottu, että vaikka artiklassa mainitaan tietyt kannekelpoiset toimet, ”perustamissopimuksen rakenteen perusteella voidaan kuitenkin nostaa kanne kaikista toimielinten toimenpiteistä, joiden tarkoituksena on tuottaa oikeusvaikutuksia”⁷⁵ ja että oikeusyhteisössä viranomaisiin kohdistuva tuomioistuinvalvonta on laillisuusperiaatteen ilmauksena.⁷⁶ Tämän kysymyksen kannalta toimenpiteen muulla luonteella, muodolla eikä välttämättä edes tekijällä itse asiassa ole keskeistä merkitystä. Tuomioistuin itse on viitannut *Gestoras Pro Amnistía* -ratkaisussa muun muassa vuoden 1997 ratkaisuun asiassa C-57/95, *Ranska vastaan komissio*, jossa katsottiin, että kumoamiskanne voidaan nostaa kaikista toimielinten toimista, joiden tarkoituksena on oikeusvaikutusten aikaansaaminen, niiden luonteesta ja muodosta

⁷³ Asia C-354/04 P, *Gestoras Pro Amnistía* ym. v. neuvosto, 53–54 kohdat.

⁷⁴ Huomaa, että vastaavaa tilannetta olisi voitu tulkinnallisesti purkaa, paitsi nyt toteutuneesta suunnasta tarkasteluun tulevia oikeudellisia instrumentteja tulkitsemalla, myös kysymykseen tulevia kantajien alaa laajentamalla (vrt. instituutioiden osalta vastaava toteutus asiassa C-70/88, *Euroopan parlamentti v neuvosto* [1990] Kok. I-2041). Ks. erit. seikkaperäistä analyysiä *Peers* 2007, s. 898–899.

⁷⁵ Asia 294/83, *Les Verts v parlamentti* [1986] Kok. 1339, 23 kohta.

⁷⁶ Asia 222/84, *Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (Johnston)* [1986] Kok. 1651, 18 kohta.

riippumatta ja tämän arvioimiseksi oli tarkasteltava tapauksessa kysymyksessä olleen tiedonannon sisältöä.⁷⁷ Kolmannen pilarin yhteisten kantojen päättämismenettelytkin viittaavat siihen, että sikäli kuin ne ovat sisällöltään asianmukaisia, niiden vaikutuksen ei ole tarkoitus ulottua kolmansiin. Toisaalta herää kysymys myös siitä, onko sellainen yhteinen kanta, joka sisältönsä puolesta vastaa puitepäätöstä tai päätöstä, ylipäättään asianmukaisesti annettu neuvostossa, sillä EU-sopimuksen 39 artiklan mukaan muista kuin yhteisten kantojen antamisesta kuullaan Euroopan parlamenttia.⁷⁸

EU-sopimuksen määräyksen tulkinta EU-sopimuksen 35 artiklan ennakkoratkaisumenettelyssä. Oma lukunsa on käsitys, jonka mukaan yhteisöjen tuomioistuimen mahdollisuus esittää tulkintoja VI osaston määräyksistä olisi ennakkoratkaisumenettely-yhteyksissä tai muutoin epäselvä.⁷⁹ Käsitys, jonka mukaan sillä ei olisi toimivaltaa tulkita osaston määräyksiä on hankalasti perusteltavissa, olkoonkin, että toimivaltaa EU-sopimuksen VI osaston määräysten tulkintaan ennakkoratkaisumenettely-yhteydessä tai muutoin ei ole yhtä selkeästi ilmaistu kuin vastaavasti on tehty EY:n perustamissopimuksen 234 artiklassa perustamissopimusmääräysten tulkintaa koskevan toimivallan osalta.

EU-sopimuksen 46 artiklan mukaan EY-tuomioistuimella on toimivalta suhteessa saman sopimuksen VI osaston määräykseen 35 artiklassa määrätyn edellytyksin. Sananmukaisesti näihin edellytyksiin ei kuulu antaa tulkintoja VI osaston määräyksistä. Kuitenkin tuomioistuimen on mahdotonta asianmukaisesti toteuttaa 35 artiklassa määrättyä tehtäväänsä, jos se ei samalla tulkitse niitä määräyksiä, jotka ovat johdetun oikeuden perustana.⁸⁰ Esimerkiksi ennakkoratkaisutoimivallalta katoaisi osittain mielekkyys ja tehokkuuskin sikäli, kuin siltä todella puuttuisi toimivalta esittää tulkintoja johdetun oikeuden perustana olevasta oikeudesta. Vielä selvemmin tämä tulee esille kumoamiskannemenettelyssä, sillä johdetun oikeuden pätevyyttä on arvioitava myös suhteessa sen perustana olevaan oikeuteen, jota väistämättä joudutaan tässä yhteydessä tulkitsemaan. Kolmannenkaan pilarin oikeudellisia instrumentteja ei ole mahdollista tulkita sellaisessa tyhjiössä, jossa ei samalla tulkittaisi myös johdetun oikeuden perustana olevaa primaarioikeutta. Tällainen käsitys ilmenee nyttemmin

⁷⁷ Asia C-57/95, *Ranska v komissio* [1997] ECR I-1627 ja myös ERTA-ratkaisu asia 22/70, *komissio v neuvosto* [1971] ECR 263; ks. lisäksi asia C-354/04 P, *Gestoras Pro Amnistía ym. v neuvosto*, kohta 53.

⁷⁸ Ks. myös *Peers* 2007, s. 901 ja s. 925.

⁷⁹ *Albors-Llorens* 1998, s. 1279, ks. myös *Peers* 2006, s. 44.

⁸⁰ Samansuuntaisesti *Peers* 2006, s. 44.

nimenomaisena myös yhteisöjen tuomioistuimen käytännöstä.⁸¹ Mainitsemistani syistä en osaa olla kriittinen sitä kohtaan, että tuomioistuimen omassa oikeuskäytännössä – oikeudelliselle ratkaisutoiminnalle tyypilliseen tapaan – esitetään tulkintoja myös ratkaisujen perustana olevista primaarioikeudellisista määräyksistä, jotka koskevat niin EU-sopimuksen tavoitteita kuin EU-sopimuksen määräyksiä kolmannen pilarin oikeudellisista instrumenteista tai käytössä olevista oikeussuojamekanismeista.⁸² Käsitykseni mukaan voitaisiin puoltaa myös sellaisen ennakkoratkaisukysymyksen tutkittavaksi ottamista, joka koskisi nimenomaisen VI osaston määräyksen tulkintaa.

Arvioni mukaan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenee positiivisella tavalla, että EY:n perustamissopimuksen 234 artiklan tarkoittaman ennakkoratkaisumenettelyn järjestelmää sinänsä sovelletaan myös EU-sopimuksen 35 artiklan soveltamistilanteissa, sikäli kuin EU-sopimuksen 35 artiklan edellytykset muutoin täyttyvät. Tähän on nimenomaiset oikeudelliset perusteet EU-sopimuksen 46 artiklan b kohdassa. Jo *Pupino*-ratkaisunkin perusteella syntyvä käsitys, jonka mukaan yleisellä tasolla EY:n perustamissopimuksen 234 artiklan tarkoittaman ennakkoratkaisumenettelyn puitteet ovat sovellettavissa myös kolmannen pilarin alalla, on oikeuskäytännössä vahvistunut edelleen. Esimerkiksi *Gasparini*-asiassa annetussa ratkaisussa tämä on tullut esiin niin viimesijaisen tuomioistuimen käsitteen määrittelyssä kuin ylipäätään kansallisen tuomioistuimen ja yhteisötuomioistuinten roolien määrittelyssä.⁸³ Vastaavaa voidaan todeta myös *Gestoras Pro Amnistía*- ja *Segi*-asioista. Niin ikään näyttäisi siltä, että *acte clair* -doktriini samoin kuin EY-tuomioistuimen ratkaisuihin tavallisesti liitettävät oikeusvaikutukset voisivat olla yhtäläiset kolmannen ja EY-pilarin alalla.⁸⁴ Lopputulemana siis vaikuttaisi olevan, että eräistä merkittävistä eroista huolimatta EY-perustamissopimuksen 234 artiklan soveltamista koskevat pääpiirteet ovat epäilyksistä huolimatta istutettavissa EU-sopimuksen 35 artiklan puitteisiin. Kolmatta pilariakin koskevaksi lähtökohdaksi lopulta muodostuvat EY:n perustamissopimuksen 234 artiklan mukaiset kriteerit ennakkoratkaisumenettelystä, jotka siten tulevat pääpiirteissään koskemaan myös EU-sopimuksen 35 artiklan mukaista menettelyä.⁸⁵

⁸¹ Asia C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW v Leden van de Ministerraad* [2007] Kok. I-3633, kohta 18.

⁸² Ks. esim. *Pupino*-ratkaisun tulkinnat 1 artiklasta, 34 ja 35 artiklasta. Ks. myös *Giegerich* 2007, s. 367.

⁸³ Asia C-467/04, rikosoikeudenkäynti vastaan *Giuseppe Francesco Gasparini ym* [2006] Kok. I-9199, myös asia C-150/05, *Jean Leon Van Straaten v Staat der Nederlanden ja Republiek Italië* [2006] Kok. I-9327.

⁸⁴ Ks. *Prinssen* 2007, s. 316–317.

⁸⁵ *Salminen* 2007.

Pätevyyskysymykset EU-sopimuksen 35 artiklan ennakkoratkaisumenettelyssä. Oman lisänsä tähän tarkasteluun tuovat kysymykset, jotka liittyvät EY-tuomioistuimen oikeuskäytännössä artikuloituihin periaatteisiin sen yksinoikeudesta tarkastella EY:n johdetun oikeuden pätevyyttä. Uutta oikeuskäytäntöä voidaan tulkita niin, että EY-tuomioistuimen keskeinen rooli johdetun oikeuden säädösten pätevyyden tarkastelussa ulottuu myös kolmanteen pilariin. Kysymys siitä, millaisessa laajuudessa *Foto-Frost*-periaatteita nykyisellään olisi sovellettava yhteisöpilarinkaan alalla, näyttää olevan koko ajan ajankohtainen, kuten suhteellisen tuoreen *Gaston Schul*-asian ratkaisuasettelmissä hyvin tulee ilmi,⁸⁶ minkä vuoksi tällainen tulkinta unionin kolmanteen pilariin ulotettuna siinä olevista unionituomioistuimen toimivallan heikennyksistä huolimatta on keskeinen. Tällainen tulkinta ei unionioikeuden näkökulmasta ole mitenkään yllättävää siitä huolimatta, että eräiden jäsenvaltioiden valtiosääntöisistä näkökulmista tarkasteluna kysymys onkin kiistanalainen.⁸⁷ EU-oikeudesta tarkasteltuna *Foto-Frost*-periaatteet ovat pohja, johon EY-tuomioistuin perustaa niin oman asemansa eräänlaisena viimekätisenä tuomioistuimena EY-säädösten laillisuuskysemissä kuin myös yhteisöoikeuden yhtenäisen ja tehokkaan soveltamisen koko unionissa. Pätevyyskysymyksissä yhtenäisyyttä koskeva vaatimus on erityisen korostunut. Eriävät käsitykset pätevydestä olisivat omiaan vaarantamaan yhtenäisyyden ja myös oikeusvarmuuden.⁸⁸ Vaikka oikeudellisuuden aste ei unionin kolmannessa eikä varsinkaan toisessa pilarissa ole unionin yhteisöpilarin luokkaa, unionisäädösten yhtäläinen soveltamisen vaatimus on näillä aloilla vähintään yhtä keskeistä kuin yhteisöpilarin alalla.⁸⁹

4.2 Suorien kanteiden järjestelmän ja muut oikeussuojajärjestelmän rajoitteet yksityisen kannalta

Oikeussuojamenettelyistä EY:n perustamissopimuksen 230 artiklan mukainen kumoamiskannemahdollisuus EY:n perustamissopimuksen alaisessa oikeussuojajärjestelmässä yhdessä sen kanssa, että myös ennakkoratkaisumenettelyssä voi aktualisoitua kysymys sekundaarilainsäädännön pätevydestä, ilmentää unionin lainalaisuusperiaatetta. EY:n perustamissopimuksen 230

⁸⁶ Asia C-461/03, *Gaston Schul Douane-expediteur BV v Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit* [2005] Kok. I-10513, erit. kohdat 22–24.

⁸⁷ Ks. aikaisemmin periaatteen soveltuvuudesta kolmanteen pilariin, esim. *Ward* 2000, s. 222–223, lisäksi *Claes* 2006, s. 590–591.

⁸⁸ Asia 314/85, *Foto-Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost* [1987] ECR 4199, kohta 15.

⁸⁹ *Nettesheim* 2007, s. 597.

artiklan perusteella jäsenvaltio, neuvosto, komissio ja Euroopan parlamentti voivat pyytää EY-tuomioistuinta kumoamaan sopimuksessa määrätyillä perusteilla lainsäädäntötoimen kokonaan tai osittain. EY:n perustamis-sopimuksen alaisessa oikeussuojajärjestelmässä myös yksityinen voi olla kantajana, jos kanne kohdistuu hänelle osoitettuun päätökseen tai sellaiseen oikeudelliseen päätökseen, joka koskee häntä suoraan ja erikseen.

Kumoamiskannemahdollisuus on olemassa myös kolmannen pilarin alalla EU-sopimuksen 35.6 artiklan perusteella. Kannetyyppi on kuitenkin siinä perussopimusmääräyksen perusteella merkittävästi kapeampi kuin EY:n perustamissopimuksen alalla.

EU-sopimuksen 35.6 artiklan perusteella mahdollisuus kumoamiskanteen nostamiseen vaikuttaisi olevan yksinomaan jäsenvaltioilla ja komissiolla.⁹⁰ Kanneoikeutettuihin eivät sen sijaan kuulu yksityiset tahot eivätkä myöskään neuvosto tai Euroopan parlamentti.⁹¹ Lisäksi sopimusmääräyksen sanamuodon mukaan kanteen kohteena voisivat olla yksinomaan puitepäätökset ja päätökset. *Gestoras Pro Amnistia*- ja *Segi*-asioissa annettujen ratkaisujen perusteella on kuitenkin käynyt selväksi, että EY-tuomioistuimen toimivalta – samoin kuin ennakkoratkaisumenettelyssä – tältäkin osin sen oman tulkinnan mukaan ulottuu niihin yhteisiin kantoihin, jotka nimestään huolimatta sisältönsä puolesta ovat tarkoitettuja tuottamaan oikeusvaikutuksia suhteessa kolmansiin.⁹² Toisaalta ratkaisusta on pääteltävissä, että kanneoikeutettujen piiri ei ainakaan yksityisten osalta ole tuomioistuimen tulkinnalla laajennettavissa. Muutoin kannetyyppi on samanlainen kuin EY:n perustamissopimuksen 230 artiklan tarkoittama kumoamiskanne: sekä kanneperusteet että määräaika kanteen nostamiselle ovat identtisiä EY:n perustamissopimuksen kanssa.

Kirjallisuudessa on katsottu, että yksityisten poissulkeminen voisi johtua siitä, ettei sopimusmääräyksistä päätettäessä hahmotettu, millaiseksi alan oikeudelliset instrumentit voisivat kehittyä.⁹³ Sinänsä on mahdollista, että vaikka kolmannen pilarin alalle olisikin omaksuttu samantyyppinen kumoamiskanneoikeus yksityisille kuin EY:n perustamissopimuksen 230.4 artiklan perusteella, tuomioistuimen sen alalla omaksunan suppean tulkinnan vuoksi tosiasiasakin vain harvoin kolmannen pilarin oikeudelliset

⁹⁰ Ks. lisäksi *Ward* 2000, s. 218–220.

⁹¹ Siten Euroopan parlamentilla ei näyttäisi olevan kumoamiskannekeinoa oman EU-sopimuksen 39.1 artiklaan perustuvan kuulemisensa varmistamiseksi. Huomaa kuitenkin asia 70/88 *Euroopan parlamentti v neuvosto* [1988] Kok. I-2041 ja ks. myös *Giegerich* 2007, s. 378–379, ja lisäksi *Ward* 2000, s. 219 sekä *Albors-Llorens* 1998, s. 1282. Ei voidakaan pitää täysin poissuljettuna, etteikö tämä mahdollisuus olisi avattavissa oikeuskäytännössä.

⁹² Asia C-354/04 P, *Gestoras Pro Amnistia ym. v neuvosto*, 55 kohta.

⁹³ Ks. esim. *Rafaraci – Belfiore* 2007, s. 19–21.

instrumentit olisivat täyttäneet ”suoraan ja erikseen” -kriteeristön, vaikka niillä olisikin ollut kantajaan nähden tosiasiallisia hänen intressiensä vastaisia vaikutuksia.⁹⁴

Paitsi, että yksityisiltä puuttuu mahdollisuus EU-sopimuksen 35.6 artiklan tarkoittaman kumoamiskanteen nostamiseen, suorien kanteiden järjestelmässä kolmannen pilarin alalla olevat muut rajoitteet edelleen heikentävät yksityisten asemaa. Tätäkään kautta ei siis tarjoudu vaihtoehtoisia reittejä oikeussuojatarpeiden täyttämiseen.

EU-sopimuksen 35 artikla ei sisällä esimerkiksi EY:n perustamissopimuksen 288.2 artiklan kaltaista määräystä. Yhteisön sopimuksen ulkopuolista vastuuta koskevan määräyksen mukaan yhteisö korvaa sen toimielinten ja virkamiestensä yksityisille aiheuttamat vahingot. Tältä osin *Gestoras Pro Amnistía*- ja *Segi*-asioissa annetut ratkaisut myös nimenomaisesti osoittavat, että tuomioistuin itse katsoo, ettei sellaisten kanteiden tutkimustoimivaltaa voida EY-tuomioistuimen omalla tulkinnalla julkiseen vallankäyttöön kytkeytyvän vastuun yhtenä toteuttamiskeinoa saada EU-oikeusjärjestyksessä aikaan. EU-sopimuksen 35 artiklan katsotaan tyhjentävästi luettelevan kolmannen pilarin oikeussuojakeinot.⁹⁵ EU-sopimuksen 35 artikla ei osoita EY-tuomioistuimelle toimivaltaa vahingonkorvauskanteiden ratkaisemiseen, eikä sitä siis sen oman käsityksen mukaan voi tulkita sopimusjärjestelystä muutoinkaan. Kuten tuomioistuin on todennut, myöskään EU-sopimuksen 41.1 artiklan luettelemiin EY:n perustamissopimuksen määräyksiin, joita sovelletaan myös EU:n kolmanteen pilariin, EY:n perustamissopimuksen 288.2 ja 235 artikla eivät kuulu.⁹⁶ EY-tuomioistuin on tältä osin vielä nimenomaisesti katsonut, että EY-tuomioistuimessa toteutettavan sopimussuhteen ulkopuolisen vastuun osalta järjestelmän muuttaminen ja vastuujärjestelmän introdusointi unionin kolmannen pilarin alalle unionituomioistuimen toimivaltaan kuuluvana on nimenomaisesti sellainen jäsenvaltioiden perussopimustasolla tehtävä ratkaisu, jota ei voisi lanseerata unionioikeuteen yksinomaan sen omaan tulkintaan perustuen.⁹⁷

Aivan samoin kuin kumoamiskanteiden osalta myös näiden vahingonkorvauskanteiden tutkimistoimivallasta voidaan todeta, että EY:n perustamissopimuksen kanssa samanlaisen järjestelmän luominen EU:n kolmannen pilarin alalle – tulkinnalla tai perussopimuksia muuttamalla – ei tältäkään

⁹⁴ Ks. yleisesti *Koch* 2005, joka sisältää paitsi kuvauksen tämänhetkisestä oikeustilasta, tarkastelun myös perustuslaillisen sopimuksen osalta.

⁹⁵ Ks. lisäksi *Peers* 2007, s. 892–894.

⁹⁶ Asia C-354/04 P, *Gestoras Pro Amnistía ym. v neuvosto*, 44–45 kohta, viitattausin myös asiassa C-160/03, *Espanja v Eurojust* [2005] Kok. I-2077 annettuun ratkaisuun.

⁹⁷ Asia C-354/04 P, *Gestoras Pro Amnistía ym. v neuvosto*, 50 kohta.

osin välttämättä tosiasiaassa olisi muuttanut yksityisten asemaa.⁹⁸ Käytännössä soveltamiskriteeristö on muodostunut tuomioistuimessa verraten altaaksi, ja kanteet eivät yleensä ole menestyneet. Tästä ei kuitenkaan ole käsitykseni mukaan tehtävissä sellaista johtopäätöstä, etteikö oikeudelliseen järjestelmään pitäisi sisältyä EY-tuomioistuimen toimivalta myös tällaisten kanteiden ja legitiimien vahingonkorvausvaatimusten tutkimiseen myös kolmannen pilarin alalla.

Vaikkei jäsenyysvelvoitteiden noudattamista koskevaa EY:n perustamissopimuksen 226–228 artiklassa määrättyä kannetyyppeä luonteensa vuoksi voikaan pitää yksityisen oikeussuojakeinona, kolmannen pilarin oikeussuojajärjestelyjä kokonaisuutena tarkasteltaessa ei voi jättää ottamatta huomioon sitäkään, ettei EU-sopimuksen 35 artiklan järjestelmään kuulu myöskään mahdollisuutta unionijäsenvaltion sopimusrikkomuksen tarkasteluun yhteisötuomioistuimessa. EY:n perustamissopimuksen järjestelmässä menettely kuuluu niihin EY-tuomioistuimessa loppunsa saaviin prosesseihin, jotka ovat omiaan erottamaan EY-oikeusjärjestyksen tavanomaisesta kansainvälisestä oikeudesta.

Kirjallisuudessa yhtenä käytännön esimerkkinä kolmanteen pilariin liittyvän tuomioistuimen toimivallan heikkouden seurausvaikutuksista tältä osin tavataan esittää eurooppalaisen pidätyismääräyksen kansallisen implementoinnin kirjavuus ja ongelmat.⁹⁹ Siinä Saksan liittotasavallan implementointiongelmat johtivat vieläpä siihen, että osassa jäsenvaltioita jätettiin kansalliset implementointitoimet soveltamatta suhteessa Saksaan, koska vastavuoroisuus jäi toteutumatta. Nytemmin tilanne on tältä osin purkautunut uuden saksalaisen implementointilain myötä.

EY:n perustamissopimuksen 226 ja 228 artiklan menettelyissä on usein taustalla kantelija, joka saattaa komission tietoon huomionsa EY-oikeuden täytäntöönpanosta tai toimeenpanosta jäsenvaltiossa. Useimmiten kysymys on implementoimattomasta tai puutteellisesti implementoidusta direktiivistä. EY:n oikeusjärjestyksessä tähän liittyy lisäksi välitöntä oikeusvaikutusta koskeva doktriini. Kun tätä asetelmaa verrataan kolmannen pilarin vastaavaan, havaitaan, että kolmannessa pilarissa sinänsä annetaan 34 artiklan perusteella direktiiviä vastaavia puitepäätöksiä, mutta niiden välitön oikeusvaikutus on sopimusmääräyksellä poissuljettu eikä myöskään jäsenyysvelvoitteiden noudattamisen valvonnassa ole käytössä samanlaista mekanismia kuin EY:n alalla. Ennakkoratkaisumenettelyssä ei kuitenkaan

⁹⁸ Vanhat tapaukset asia 5/71, *Schöppenstedt*, kohta 11 ja asiat 83, 94/76 ja 4, 15, 40/77 *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co v neuvosto ja komissio* [1978], sittemmin useat asiat.

⁹⁹ Ks. *Lenaerts* 2007, s. 1639–1640 viitteineen.

ole esteitä tuoda esiin tilanteita, joissa kansallinen implementointitoimi puuttuu tai on puutteellinen tai tulkinnanvarainen.¹⁰⁰ Esimerkiksi mainitussa *Pupino*-asiassa on ollut kysymys tällaisesta tilanteesta.

5 KANSALLISTEN TUOMIOISTUINTEN OSUUS?

Edellä on tarkasteltu nimenomaan EY-tuomioistuimen roolia unionin kolmannen pilarin oikeussuojajärjestelmässä. Kokonaisvaltainen tarkastelu edellyttäisi vielä laajempaa katsantoa, nimittäin kansallisten tuomioistuinten roolin huomioon ottamista. Yksilön kannalta on selvää, että unionin oikeusturvamekanismit rakentuvat yhtäältä unionin oikeudessa määrättyjen oikeussuojamekanismien ja toisaalta – johtuen unionioikeuden hajautetusta toteuttamisesta – jäsenvaltioiden kansallisen oikeuden mukaisten oikeussuojamekanismien varaan. Unionin oikeussuojajärjestelmässä kansalliset tuomioistuimet ovat tärkeässä asemassa. Niillä on keskeinen asema perusoikeuksien turvaamisessa, oikeussuoja mukaan lukien. Niin ikään EU-sopimuksen 6 artiklan tarkoittaman oikeusvaltioperiaatteen ylläpitäminen EU-oikeusjärjestyksessä toteutuu unionissa järjestelmässä, johon kuuluvat sekä unionin omat tuomioistuimet että jäsenvaltioiden tuomioistuimet.

Vaikka EY-tuomioistuimen uusista ratkaisuksista yhtäältä tulee korostusti esiin yhteisöjen tuomioistuimen asema unionioikeuden tulkitsijana ja laillisuuden tarkastelijana, niissä toisaalta painottuvat jäsenvaltioiden tuomioistuinten ja tuomioistuinmenettelyjen merkitys EU-oikeudellisen kansallista oikeudenkäyntiä koskevan oikeuden näkökulmasta. Sellaisena ne alleviivaavat myös kansallisten tuomioistuinten merkitystä eräänlaisina unionituomioistuimina. Jäsenvaltion ja niiden tuomioistuinten on lojaliteettiperiaatteeseen perustuen huolehdittava siitä, että yksityisillä on kattavat ja tehokkaat oikeussuojakeinot myös kolmannen pilarin alalla.¹⁰¹

Silti tuoreista ratkaisuksista ei ole helppo tehdä johtopäätöksiä niiden asioiden osalta, joita koskevat prosessit käydään tuomioistuimissa, joilta jäsenvaltion järjestelmään liittymättömyyden vuoksi kerta kaikkiaan on poissa mahdollisuus kommunikaatioon yhteisöjen tuomioistuimen kanssa. Voidaan tietysti arvella, että näiden jäsenvaltioiden tuomioistuimissa olisi niiden omista oikeusjärjestyksistä johtuvaa ja unionijäsenyyteen muutoin

¹⁰⁰ Ks. myös *Rafaraci – Belfiore* 2007, s. 8–10.

¹⁰¹ Asia C-354/04 P, *Gestoras Pro Amnistía v neuvosto*, kohta 56: vrt. C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores v neuvosto* [2002] Kok. I-6677, omaksuttuun malliin. Ks. myös *Nettesheim* 2007, s. 597–598.

perustuvaa aihetta seurata yhteisöjen tuomioistuimen käsitystä kolmannen pilarin alalla annetun oikeudellisen instrumentin asianmukaisesta tulkinnasta puhumattakaan sen pätevyydestä.¹⁰² Edellä olen puoltanut vieläkin vahvempaa, EU-oikeuteen perustuvaa velvollisuutta muun muassa oikeusvarmuuteen perustuen. Jos ei muuten, niin näissä jäsenvaltioissa olevilla yksityisillä tahoilla puolestaan on ainakin jonkinlaisia mahdollisuuksia turvautua muiden jäsenvaltioiden tuomioistuimiin asiansa forumin valinnassa, mikä edelleen korostaa kansallisten tuomioistuinten roolia kansallisten prosessisäännösten tulkinnassa unionioikeuden toteutumiseen suotuisassa valossa.¹⁰³ Myöskään EY-tuomioistuimen taholta tuskin on ainakaan niissä tilanteissa, jotka koskevat unionin johdetun oikeuden pätevyyttä, aiheellista odottaa takertumista siihen, että forumin valinnassa ja sitä koskevien sääntöjen tulkinnassa kansallisesti on toimittu niin, että myös ennakkoratkaisumenettelyyn on mahdollisuudet.

Menettelyllisten seikkojen ohella kansallisilla tuomioistuimilla on erityinen merkitys siltä kannalta, miten unionioikeuden rakenteelliset periaatteet otetaan huomioon jäsenvaltioiden oikeudessa. Näihin kuuluu myös *Francovich*-doktriinin mukainen yksityisen oikeus vahingonkorvaukseen jäsenvaltiolta jäsenvaltion rikottua yhteisöoikeutta. Paitsi, että se voidaan EU-oikeuden yleisten oppien kannalta jäsentää osana niitä vaikutustapoja, joita EY-oikeudella on jäsenvaltioiden oikeudessa, sitä voidaan pitää myös yksityisen oikeussuojakeinona. Yksilön aseman kannalta rikkonaisuudessa kolmannen pilarin oikeussuojajärjestelmässä tällaisellakin oikeussuojakeinolla, myös EU-oikeuden edellyttämänä, olisi tilausta. Kun otetaan huomioon perusteet, joita tämän oikeussuojakeinon puolesta on EY:n alalla voitu esittää, ja se, että EY-tuomioistuin on näyttänyt olevan huomattavan aktiivinen edellyttämään kansallisilta tuomioistuimilta niiden tuomiovallassa olevien vaikutustapojen tulkitsemista unionioikeuden tehokkaan toteutumisen edistämiseksi, valtion vahingonkorvausvastuun toteaminen myös EU:n kolmannen pilarin alalla ei vaikuttaisi edes erityisen yllättävältä.¹⁰⁴ Niin ikään voidaan katsoa, että tämän vastuun toteaminen osaltaan ja eritoten Euroopan ihmisoikeussopimuksen puolelta tulevan kritiikin kannalta peräti merkityksekkäällä tavalla voisi paikata kolmannen pilarin oikeussuojajärjestelmän puutteita, vaikka valtion vahingonkorvausvastuullakaan epäkohtia ei voida täysin poistaa.

¹⁰² *Denza* 2002, s. 316–317 ja myös *Ward* 2007, s. 22.

¹⁰³ *Peers* 2007, s. 899–901. Ks. lisäksi (mahdollisista muista) keinoista *Ward* 2000, s. 225.

¹⁰⁴ Ks. tällaisesta yleisestä havainnosta erit. *Jacobs* 2004, s. 313–314, jossa verrataan toisiinsa halukkuutta tulkita uudelleen EY:n perustamissopimuksen 230.4 artiklaa yksityisten hyväksi ja EY-tuomioistuimen vaatimuksia kansallisille prosesseille.

Valtion vahingonkorvausvastuun ulottuminen myös EU-oikeudellisiin kolmannen pilarin instrumentteihin on kuitenkin avoin kysymys.¹⁰⁵ Tärkeänä se näyttäytyy tapauksissa, joissa yksilöt mahdollisesti kärsivät vahinkoa siitä, että puitepäätöstä tai päätöstä ei ole asianmukaisesti implementoitu. Erityinen merkitys ja tarve tällaiselle täydentävälle vaikutustavalle tässä suhteessa syntyy siitä, että puitepäätösten ja päätösten välitön oikeusvaikutus on suljettu 34 artiklan määräyksillä pois eikä kaikkia oikeudellisten instrumenttien tarkoittamia vaikutuksia saada aikaan unionioikeudelle suojelemaan tulkinnan avulla *Pupino*-ratkaisun edellyttämällä tavalla.¹⁰⁶ Kuten toisaalla on esitetty,¹⁰⁷ *Pupino*-ratkaisun perustelujen valossa voidaan yhtä lailla argumentoida, että merkittävä osa *Francovich*-ratkaisun taustalettamuksista täyttyy myös kolmannessa pilarissa.¹⁰⁸ Valtion vahingonkorvausvastuu yksityiselle unionioikeuden rikkomisesta tälle aiheutuneesta vahingosta voidaan niin ikään perustella samantyyppisillä argumenteilla kuin *Pupino*-ratkaisussa kysymyksessä ollut kolmannen pilarin oikeudellisen instrumentin tulkintavaikutusta.¹⁰⁹ Samaan aikaan on kuitenkin huomattava, että EY-oikeusjärjestyksessä yhtenä perusteena jäsenvaltion vahingonkorvausvastuulle on ollut yhteisön vastaava vastuu yksityisille,¹¹⁰ jota EU-sopimuksen 35 artikla ei tunnista osana kolmannen pilarin alalle EY-tuomioistuimen toimivaltaan kuuluvia kannetyyppejä. Tätä voitaneen pitää kaikkein keskeisimpänä argumenttina valtion vahingonkorvausvastuuta vastaan.¹¹¹ Lisäksi puuttuu myös jäsenvaltion laiminlyöntikanne, jossa ilmi tullut on käytännössä voinut olla yhtenä keskeisenä perusteena jäsenvaltion vahingonkorvausvastuun toteutumiseksi.

Selvää kuitenkin on, että ainakaan välittömän oikeusvaikutuksen puute eivätkä myöskään kansallisten tuomioistuinten rajatut mahdollisuudet ennakkoratkaisupyyntöjen esittämiseen ole esteenä tässä tarkoitettun va-

¹⁰⁵ Ks. myös *Ward* 2000, s. 223.

¹⁰⁶ Ks. lisäksi *Fletcher* 2005, s. 876–877, samoin *Spaventa* 2007, s. 5–6 ja *Prinssen* 2007, s. 326–327. Vielä vahvemmin vahingonkorvausvastuun puolesta *Rafaraci – Belfiore* 2007, s. 16–18.

¹⁰⁷ Ks. *Salminen* 2007, s. 882–883.

¹⁰⁸ Yhdistetyt asiat C-6/90 ja C-9/90, *Andrea Francovich ja Danila Bonifaci ym. v Italia* [1991] ECR I-5357, kohdassa 36 (lojaliteettiperiaatteen olemassaolo, jäsenvaltioiden tuomioistuinten tehtävänä EY-oikeuden tehokkaan toteutumisen takaaminen ja EY-oikeuden tehokkuuden heikentyminen, jos yksityisellä ei olisi mahdollisuutta hyvitykseen vahingoista, joita on aiheutunut siitä, että jäsenvaltio ei ole noudattanut EY-oikeutta). Ks. lisäksi asiassa C-105/03, *Maria Pupino* [2005] Kok. I-5285, kohta 42.

¹⁰⁹ *Spaventa* 2007, s. 19–21.

¹¹⁰ Ks. yhdistetyt asiat C-46/93 ja C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland jne.* [1996] Kok. I-1029, kohdat 41–42.

¹¹¹ Ks. myös *Lenaerts – Courthaut* 2006, s. 314.

hingonkorvausvastuun toteamiselle. *Pupino*-ratkaisun perusteella jäsenvaltioiden tuomioistuinten tulee ottaa huomioon kolmannen pilarin oikeudelliset instrumentit, eikä kolmannen pilarin oikeudellisten instrumenttien velvoittavuuden tai oikeusvaikutusten pitäisi olla kiinni ennakkoratkaisun tekemisen mahdollisuudesta edes siltä osin kuin on kysymys jäsenvaltion vastuusta, joka perustuisi jäsenvaltion tuomioistuimen ratkaisutoiminnan johdosta syntyneeseen unionioikeuden rikkomiseen ja siitä syntyneeseen vahinkoon yksityiselle.¹¹²

6 TÄYDENTÄVÄ EKSKURSSI: ERI PILARIEN YHTEYKSIÄ OIKEUSSUOJAKYSYMYKSISSÄ

Siinä missä edellä on käsitelty kolmannen pilarin oikeussuojajärjestelmää erityisesti EY:n oikeussuojajärjestelmään verraten, on hyvä huomata, että EY:n oikeudella on omalta puoleltaan useissa asioissa vaikutusta esimerkiksi kansalliseen rikosoikeuteen, eikä tällöin kysymyksessä ole EU-sopimuksen VI luvussa tarkoitettu asia eikä niin muodoin myöskään sen oikeussuojajärjestelmä tule sovellettavaksi. Samoin esimerkiksi kysymys siitä, onko *EY:n alalla* annetulle oikeudelliselle instrumentille ollut asianmukainen toimivalta vai olisiko tullut nojautua kolmannen pilarin toimivaltaan, on EY:n perustamissopimuksessa määrättyissä oikeudellisissa menettelyissä käsiteltävä asia.¹¹³ Lisäksi voi olla tilanteita, joihin on sovellettava sekä EY:n perustamissopimuksen että EU-sopimuksen määräyksiä.

Edellä EU-sopimuksen tarkoittamasta kumoamiskannemenettelystä todettuun nähden yksityisten kanneoikeuden kannalta vaikuttaa erityisen relevantilta se, käsitelläänkö kumoamiskanne, joka nojautuu väitteeseen siitä, että kolmannen pilarin alalla omaksuttu oikeudellinen instrumentti olisi tullut antaa EY:n toimivaltaan nojautuen, EU-sopimuksen vai EY:n perustamissopimuksen tarkoittamassa oikeussuojajärjestelmässä. EU-sopimuksen mukaan yksityisillä ei nimittäin näyttäisi olevan kanneoikeutta, mutta EY:n perustamissopimuksen 230.4 artiklan mukaan tietyissä tilanteissa olisi. EU-sopimuksen 47 artiklan perusteella EU-sopimuksen määräykset eivät pääsäännön mukaan vaikuta EY:n perustana oleviin sopimuksiin. Lisäksi EU-sopimuksen 46(f) artiklasta seuraa, että 47 artiklan tarkastelemaan sovelletaan EY:n perustamissopimuksen yhteisöjen tuomioistuimelle

¹¹² Ks. myös *Peers* 2007, s. 902.

¹¹³ Ks. erit. asia C-176/03, *komissio v neuvosto* ja siitä esim. *Nuotio* 2007, s. 408–409 lähteineen.

osoittamaa toimivaltaa. Tämän vuoksi mainittu kysymys on käsiteltävä EY:n oikeussuojajamenettelyjen mukaisesti. Tällöin yksityisillä on perustamissopimuksessa määrätyn edellytyksin kanne-oikeus kumoamiskanneasioissa ja lisäksi muun muassa vahingonkorvausasioissa yhteisöä vastaan. Tällaisessa asiassa myöskään EU-sopimuksen 35 artiklan tarkoittamat ennakkoratkaisumenettelyn rajoitteet eivät näin ollen tulisi kysymykseen.¹¹⁴

Eräät yhteisöjen tuomioistuimessa viimeaikoina vireillä olleet kolmannen pilarin oikeussuojaan liittyvät asiat ovat osoituksena myös unionioikeudellisen ulko- ja turvallisuuspolitiikkaa koskevan oikeuden ja poliisi- ja rikosasioissa tehtävää yhteistyötä koskevan oikeuden läheisestä suhteesta. Turvallisuutta alleviivaavassa päätöksenteossa tämä linkitys kasvaa.

Esimerkiksi mainitut *Gestoras Pro Amnistía*- ja *Segi*-asioissa annetut ratkaisut osuvat nämä kaksi pilaria linkittävään yhteisen kantaan, joka on hyväksytty yhteistä ulko- ja turvallisuuspolitiikkaa koskevan 15 artiklan ja poliisi- ja rikosasiayhteistyötä koskevan 34 artiklan nojalla.¹¹⁵ Tapaukset toki liittyvät yhteisen kannan 4 artiklaan, joka on annettu EU-sopimuksen 34 artiklan perusteella, ja koskee siten vain kolmatta pilaria. Käsillä olleen yhteisen kannan laajemmat yhteydet tarjoavat kuitenkin aiheen myös toisen pilarin vastaavan oikeudellisen viitekehyksen tarkasteluun.

Toisen pilarin oikeudellinen viitekehys on, jos mahdollista, astetta kolmannen pilarin viitekehystä epäselvempi oikeussuojan ja myös esimerkiksi oikeusvaikutuksien perusteiden osalta. Nykyisenkin oikeustilan taustalla on aikanaan Maastrichtin EU-sopimukseen sisältynyt L artikla, jonka perusteella tuomioistuimella ei ole toimivaltaa toisen pilarin alalla.

Viimeaikainen oikeuskehitys kuitenkin osoittaa, kuinka problemaattisia nykyiset unionin perussopimusten perusteella puutteelliset oikeussuojajamekanismit ovat paitsi kolmannen pilarin alalla myös toisen pilarin oikeuskysymyksissä.¹¹⁶ Näin voidaan todeta siitä huolimatta, että esimerkiksi EU-sopimuksen 46 artiklan perusteella EY-tuomioistuimella ei näyttäisi

¹¹⁴ Ks. samoin *Peers* 2007, s. 903. Lisäksi *Peers* (2007, s. 903–907) erittelee sellaisia muita asiaryhmiä, joissa asiat käsitellään EY:n perustamissopimuksen tarkoittamassa järjestyksessä, vaikka materiaalisesti kysymys olisi myös kolmannen pilarin alaan liittyvästä seikasta. Tällöin käsittely perustuu 41 artiklaan. Näiden ohella ainakin eräät instituutioiden organisointia koskevat asiat voisivat Peersin mukaan EY:n alaisessa järjestelmässä käsiteltäviksi. Ks. lisäksi jo varhainen asia 170/96, *komissio v neuvosto* (Airport Transit Visa) [1998] Kok. I-2763, samoin *Curtin – Dekker* 1999, s. 122–126.

¹¹⁵ Ks. tämän mahdollisista vaikutuksista lisäksi esim. *Prechal* 2007, s. 61, ja myös *Curtin – Dekker* 2002, s. 59–78 ja esim. *Wessel* 2005, s. 239–242. Ks. myös esim. *Spaventa* 2007, s. 22–23.

¹¹⁶ *Nettesheim* 2007, s. 597.

olevan toimivaltaa alan kysymyksissä. Toisaalta myös toisen pilarin osalta voidaan viitata lojaliteettiin jäsenvaltioiden ja unionin kesken.¹¹⁷

Sinänsä toisen pilarin päätökset lienevät vain harvoin sellaisia, että niiden tarkoituksena olisi saada suoranaisia vaikutuksia jäsenvaltioissa yksityisiä koskevissa tuomioistuin- ja viranomaismenettelyissä. Lisäksi EU-sopimuksen oikeussuojamekanismin tarkastelun perusteella vaikuttaa niin ikään selvältä, että toisen pilarin päätöksillä ei alun perin ole tarkoitettukaan olevan välittömiä vaikutuksia kolmansiin. Kuten alan päätökset – yhteiset kannat ja toimet sekä päätökset yhteisistä strategioista – jo sinänsä osoittavat, yhteistä ulko- ja turvallisuuspolitiikkaa ei lähtökohtaisesti EU-sopimuksen V osaston toimivaltuuksien perusteella toteuteta järeillä oikeudellisilla päätöksillä, ja niiden pääosin policy-tyyppisissä asiakirjoissa lienee harvemmin oikeudellisesti riittävän täsmällistä ainesta.¹¹⁸ Yksityisiinkin ulottuvia (välillisiä) vaikutuksia päätöksillä voi kuitenkin olla. Ei myöskään ole poissuljettua, etteikö esimerkiksi kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävässä asiassa voisi aktualisoitua kysymys, jonka ratkaiseminen edellyttäisi yhteisen ulko- tai turvallisuuspolitiikan alalla annetun päätöksen tulkintaa.

EU-sopimuksen 46 artiklasta huolimatta EY-tuomioistuimen toimivallan poisrajautuminen ei kuitenkaan ole niin yksiselitteistä kuin ensin saattaa vaikuttaa. Se puolestaan johtuu ennen kaikkea perussopimusten kokonaisuudesta ja yhteisen ulko- ja turvallisuuspolitiikan avautumisesta nykyisessä muodossaan yhtäältä poliisi- ja rikosasioissa tapahtuvaan yhteistyöhön ja toisaalta yhteisöpilariin. Samoin on kiinnitettävä huomiota muun muassa siihen, että edellä jo viitattu EU-sopimuksen 46 artikla ei rajoita EY-tuomioistuimen toimivaltuuksia esimerkiksi yhteisöpilarin puitteissa.¹¹⁹ EU-sopimuksen 47 artiklan perusteella tuomioistuimella on asema, jossa se voi tarkastella erityisesti sitä, mille alalle unionissa tehty päätös itse asiassa luonteensa ja sisältönsä perusteella kuuluu. Samalla kysymys on asemasta, jossa se ottaa kantaa niihin oikeussuojakeinoihin ja vaikutustapoihin, joita päätöksiin on liitettävissä.¹²⁰ Kysymys EY-tuomioistuimen toimivaltuuksista liittyy kysymykseen unionioikeudellisten vaikutusten tehokkaasta toteuttamismekanismista. Se on samalla tapaa tullut esiin myös kolmannen pilarin instrumenttien oikeusvaikutusten tarkastelussa, ja myös toisessa pilarissa voitaneen niin ikään viitata jäsenvaltioiden – mukaan lukien sen

¹¹⁷ Wessel 2005, s. 242. Vrt. Claes 2006, s. 591–594.

¹¹⁸ Spaventa 2007, s. 22–23.

¹¹⁹ Ks. esim. Garbagnati Ketvel 2006, s. 77–94.

¹²⁰ Wessel 2005, s. 235–237.

tuomioistuimet ja viranomaiset – unionilojaaliin toimintaan myös siltä osin kuin on kysymys pääsystä tuomioistuimeen.

Toisen pilarin instrumenttien ja myös niiden mahdollisen oikeudellistumisen (oikeudellistamisen) osalta on aiheellista alleviivata niitä yhteyksiä, joita toisen pilarin ja kolmannen pilarin ja toisen pilarin ja yhteisöpilarin kesken on. EU-sopimuksen 38 artiklan mukaisesti 24 artiklan nojalla voidaan tehdä yhteistä ulko- ja turvallisuuspolitiikkaa koskevaa kompetenssia käyttäen kansainvälisiä sopimuksia asioista, jotka koskevat myös kolmannen pilarin asioita. Lisäksi EY-perustamissopimuksen 60 ja 301 artiklat linkittävät yhteisöpilarin ulko- ja turvallisuuspoliittiseen päätöksentekoon: yhteistä ulko- ja turvallisuuspolitiikkaa koskevassa yhteisessä kannassa tai toiminnassa voidaan päättää muun muassa yhteisön toimesta, jonka tarkoituksena on kokonaan tai osittain keskeyttää taloudelliset suhteet yhden tai useamman kolmannen maan kanssa. Jo nämä yhteydet sinänsä ovat puoltamassa samanlaisten konstitutionaalisten periaatteiden soveltamista myös tällä alalla. Lisäksi yhteistä ulko- ja turvallisuuspolitiikkaa koskevat päätökset saattavat edellyttää niin yhteisöpilarin kuin kolmannen pilarin toimivallan käyttöä rinnakkain. Ne tai ainakin päätöksiä implementoivat päätökset saattavat olla hybridejä, joiden antamisessa tukeudutaan erilaisiin toimivaltaperusteisiin.¹²¹

7 KOLMANNEN PILARIN OIKEUSSUOJA SEKÄ PERUSTUSLAILLINEN SOPIMUS JA LISSABONIN SOPIMUS

Kolmannen pilarin jatkokehityksen kannalta on keskeistä havaita, että jo perustuslaillisen sopimuksen valmistelussa ja sopimuksen lopulta saamassa muodossa oli selvä pyrkimys kolmannen pilarin yhteisöllisten piirteiden lisäämiseen edelleen. Sama tendenssi on käsillä myös Lissabonin uudistussopimuksessa.

Perustuslaillinen sopimus tähtäsi selvästi pilarijaon rippeiden poistamiseen, ja tätä tavoitetta ja saavutuksia sen alalla pidettiin yhtenä keskeisimmistä perustuslaillisen sopimuksen mukanaan tuomista muutoksista.¹²² Myös Lissabonin sopimus pyrkii samaan, ja se niin ikään tekee esimerkiksi EY-tuomioistuimen toimivallasta poliisiyhteistyön ja rikosasioissa tapahtu-

¹²¹ Ks. myös tuore ratkaisu yhdistetyissä asioissa C-402/05 P ja C-415/05 P *Yassim Abdullah Kadi ja Al Barakaat International Foundation v Euroopan unionin neuvosto ja Euroopan yhteisöjen komissio*, 3.9.2008, joka alleviivaa yksityisten tahojen perusoikeus- ja oikeussuojaulottuvuutta.

¹²² Esim. *Dougan* 2003.

van yhteistyön alalla pääosin samanlaista kuin aikaisemmassa yhteisöpilarissa.¹²³ Muutenkaan pilarijaottelu ei sellaisenaan enää ilmene sopimusten rakenteesta, vaikka määräykset yhteisestä ulko- ja turvallisuuspolitiikasta sisältyvät jatkossakin uudistettuun EU-sopimukseen ja siten erottuvat muista politiikka-aloista. Kolmannen pilarin poliisiyhteistyön ja rikosasioissa tapahtuvan oikeudellisen yhteistyön Lissabonin sopimus siirtäisi takaisin yhteyteen muun oikeus- ja sisäasioiden sääntelyn kanssa. Poliisi- ja oikeudellista yhteistyötä rikosasioissa koskevat määräykset siirretään sopimukseen, joka koskee EU:n toimintaa. Sopimuksen rakenteista tapahtuvaa pilarijaon häivyttämistä olennaisempi kysymys on tietysti, missä määrin tämä todellisuudessa heijastuu myös toimielinten toimivaltuuksiin ja tämän kirjoituksen kannalta erityisesti tuomioistuimen toimivaltaan.¹²⁴ Sopimusten perusteella Maastrichtissa yhteisömekanismista erillään pidetty oikeus- ja sisäasioiden kokonaisuus paitsi yhteisöllistetään, siihen Amsterdamissa tehdyt sisäiset erottelut poistettaisiin ja ne tuotaisiin uudelleen toistensa yhteyteen. Myös aikaisemman kolmannen pilarin oikeusturvamekanismien kannalta asetelma muuttuisi, sillä tuomioistuimen toimivalta samanlaisena yleisenä järjestelmänä laajenee koskemaan kaikkea unionissa toteutettavaa oikeus- ja sisäasioiden yhteistyötä.

Kokonaisuutena tarkastellen tuomioistuimen toimivaltaan ja oikeussuojajamenettelyihin tulisi Lissabonin sopimuksen perusteella senkaltaisia muutoksia, että voidaan sanoa, että pilarijako myös materiaalisessa mielessä ensimmäisen ja kolmannen pilarin väliltä ainakin tässä suhteessa poistuisi.¹²⁵ Oikeastaan voidaan todeta, että EU-tuomioistuimen toimivallassa ja oikeussuojajamenettelyissä tapahtuvat kolme (1–3) keskeisintä muutosta tavalla tai toisella ovat relevantteja nykyisen kolmannen pilarin alan kannalta tai ainakin ne heijastuvat myös nykyisen kolmannen pilarin asioiden oikeussuojan tehokkuuteen ja tasoon.¹²⁶ Näiden muutosten lisäksi EU:n omaan tuomioistuinjärjestelmään vaikuttava ja tässä tarkemmin eriteltävien oikeussuojajärjestelmän muutosten kanssa vähintään yhtä merkittävä muutos olisi unionin liittyminen Euroopan ihmisoikeussopimukseen, mistä päättämisen Lissabonin sopimus niin ikään mahdollistaisi. Tämä osaltaan olisi omiaan edellyttämään sitä, että kaikki kolmannen pilarin nykyiset oikeussuojajärjestelmän erityispiirteet tuomioistuinkontrollin rajoituksiin poistetaan.

¹²³ *Ladenburger – Verwilghen* 2007, s. 751–752.

¹²⁴ Ks. vastaavasti esim. *Tiilikainen – Heliskoski – Helander* 2005, s. 148.

¹²⁵ Ks. myös *Tiilikainen – Heliskoski – Helander* 2005, s. 148 perustuslaillisen sopimuksen osalta.

¹²⁶ Ks. lisäksi *Piris* 2006, s. 113–114.

Perustavanlaatuisen muutos (1) liittyy ensinnäkin siihen, että Lissabonin sopimuksen perusteella tuomioistuimen toimivalta merkittävästi laajenee niin, että se kattaa jatkossa koko oikeus- ja sisäasioiden alan. Siten nykyisiin EU-sopimuksen poliisiyhteistyötä ja rikosasioissa tehtävää oikeudellista yhteistyötä koskeviin asioihin tultaisiin soveltamaan pääsääntöisesti samoja, yleisiä EU-tuomioistuimen toimivaltaa ja oikeussuojamenettelyjä koskevia määräyksiä. Esimerkiksi nykyiset ennakkoratkaisumenettelyn erityisyydet poistuisivat kokonaisuudessaan. Säädösten pätevyyttä koskeva toimivalta laajenisi sekä kanteen kohteena olevien säädösten että kanneoikeutettujen osalta. Mitään erillistä komission ja jäsenvaltion välisiä riitoja koskevaa menettelyä ei enää olisi. Jäsenvaltion jäsenyysvelvoitteen rikkomiseen sovellettaisiin yleisiä menettelyjä. Lisäksi yleisen soveltamisalan laajenemisen myötä myös tämänhetkisiin kolmannen pilarin asioihin tulisivat sovellettavaksi nykyiseen EY:n perustamissopimuksen 235 artiklaan ja 288 artiklaan perustuva menettely, vaikka niihin sinänsä ei Lissabonin sopimuksen perusteella ole tulossa merkittäviä materiaalisia muutoksia.¹²⁷

Toiseksi (2) vaikka yhteinen ulko- ja turvallisuuspolitiikka pysyy edelleen pääsääntöisesti EU-tuomioistuimen ulottumattomissa, tilanne muuttuu sikäli, että sopimukseen EU:n toiminnasta tulee aikaisempiin sopimuksiin sisällymättömän määräys, jonka mukaan tuomioistuimella on toimivalta valvoa yksityisen kanteesta kumoamiskannemenettelyssä tällä alalla tehdyn, yksityiselle osoitetun rajoitettavia toimenpiteitä sisältävän päätöksen laillisuutta.¹²⁸ Alalla, joka perinteisesti on pidetty tuomioistuimen valvonnan ulottumattomissa, tämä on sinänsä tärkeä avaus, kun ainakaan artiklan sanamuodon perusteella kysymys ei ole vain sellaisesta tuomioistuinvalvonnasta, joka kohdistuu yksityiselle suunnattuihin taloudellisiin sanktioihin, jotka tehdään EY:n oikeuden perusteella yhteisen ulko- ja turvallisuuspolitiikan alalla tehtyjen päätösten implementoimiseksi, vaan nimenomaan yhteisen ulko- ja turvallisuuspolitiikan päätösten valvonnasta.¹²⁹ Ottaen huomioon sen, mitä yllä on todettu rikosoikeudellisen yhteistyön ja poliisiyhteistyön sekä yhteisen ulko- ja turvallisuuspolitiikan läheisestä yhteydestä nykyisessä turvallisuutta alleviivaavassa politiikassa, kyseinen uudistus on relevantti myös tämän tarkastelun kannalta.

Kolmas (3), myös rikosoikeudellisen yhteistyön ja poliisiyhteistyön kannalta keskeinen muutos liittyy siihen, että yksityisen tahon kanneoikeutta kumoamiskannemenettelyssä selvennetään tavalla, johon sisältyy positiivinen

¹²⁷ Ks. samoin myös perustuslakisopimus III-370 ja III-431 artikla.

¹²⁸ Lissabonin sopimuksen 2 artikla 223 alakohta, jolla lisätään 240 a artikla, uuden EU:n toimintaa koskevan sopimuksen 275 artikla.

¹²⁹ *van Nuffel* 2005, s. 417.

mahdollisuus. Kun nykyisin yksityisen tahon kanneoikeuden edellytyksenä on, että päätös on osoitettu hänelle tai muu säädös koskee häntä suoraan ja erikseen, Lissabonin sopimuksen muutosten jälkeen yksityinen voisi nostaa kanteen paitsi tilanteissa, joissa säädös on osoitettu hänelle tai koskee häntä suoraan ja erikseen myös, jos kysymys on sääntelytoimesta, joka koskee häntä suoraan ja joka ei edellytä täytäntöönpanotoimenpiteitä.¹³⁰ Tämä selvennys, jota samalla voi pitää kanneoikeutettujen piirin laajenuksena, vaikuttaa tehokkaan oikeussuojan näkökulmasta esitettyihin vaatimuksiin nähdessä vaatimattomalta eikä se tällaisenaan täysin vastaa uudistustyölle asetettuja odotuksia, vaikka viekin tilannetta yhden askelen parempaan suuntaan. Tältä osin ongelma sinänsä uudessa tilanteessa koskee koko unionioikeusjärjestystä.¹³¹ Näiden muutosten ohella merkittävä on lisäys, jonka mukaan tuomioistuin valvoo kumoamiskannemenettelyssä unionin elinten ja laitosten sellaisten säädösten laillisuutta, joiden tarkoituksena on tuottaa oikeusvaikutuksia suhteessa kolmansiin.¹³² Tämä kumoamiskanteen kohteena olevien toimielinten ja niiden antamien säädösten laajennus on selkeä parannus, ja sillä voi olla merkitystä myös nykyisen kolmannen pilarin alalla jatkossa toimivien laitosten, esimerkiksi Euroopan poliisiviraston ja Euroopan syyttäjäviraston kannalta.¹³³

Yksi oireellinen poikkeus EU-tuomioistuimen yleiseen toimivaltaan edelleen jää. Tuomioistuimella ei Lissabonin sopimuksen muutostenkaan jälkeen ole poliisiyhteistyötä ja rikosoikeudellista yhteistyötä koskevien määräysten perusteella toimivaltaa tutkia jäsenvaltion poliisiviranomaisen tai muiden lainvalvontaviranomaisten toteuttamien toimien pätevyyttä tai oikeasuhteisuutta taikka antaa ratkaisua niiden velvollisuuksien suorittamisesta, joita jäsenvaltioilla on yleisen järjestyksen ylläpitämiseksi ja sisäisen turvallisuuden suojaamiseksi.¹³⁴ Tämä liittyy pyrkimykseen EU:n toimintaa koskevassa sopimuksessa osoittaa, että vastuu yleisen järjestyksen ylläpitämisestä ja sisäisen turvallisuuden suojaamisesta on jäsenvaltioilla. Myöskään EU:n tuomioistuimella ei olisi toimivaltaa tutkia tältä osin jäsenvaltion viranomaisten toimia.

¹³⁰ Ks. kritiikki esim. *Waelbroeck* 2005, s. 361–367.

¹³¹ Ks. *Kostakopoulou* 2007, s. 180–181.

¹³² Lissabonin sopimus muutokset EY:n perustamissopimuksen 230 artiklaan (Lissabonin sopimuksen 2 artikla 214 kohta), uuden EU:n toimintaa koskevan sopimuksen 263 artikla. Ks. myös perustuslakisopimus III-365–368 artiklat.

¹³³ *Ladenburger – Verwilghen* 2007, s. 758–759.

¹³⁴ Lissabonin sopimus lisäys EY:n perustamissopimuksen 240 b artiklaan (Lissabonin sopimus 2 artikla 223 kohta), uuden EU:n toimintaa koskevan sopimuksen 276 artikla, samoin lisäys 61 e artiklaan (Lissabonin sopimus 2 artikla 64 kohta), uuden EU:n toimintaa koskevan sopimuksen 72 artikla. Ks. myös perustuslakisopimus III-262 ja III-377 artikla.

Poikkeus tuomioistuimen yleisestä toimivallasta koskee yksinomaan poliisiyhteistyötä ja rikosoikeutta koskevaa oikeudellista yhteistyötä. Määräykset sulkevat unionituomioistuimen tarkastelun ulkopuolelle tietyt tuomioistuimen harkinnassa muuten tavanomaisesti olevat arviointiperusteet ja tilanteet. Nämä määräykset edustavat jäänteitä siitä täysivaltaisuusajattelusta, johon alussa on viitattu ja jolle ei tässä muodossa oikeastaan pitäisi olla mahdollista antaa tilaa unionin konstitutionaalisessa viitekehysessä. Asiallisesti tämä tuomioistuimen toimivaltaa rajoittava määräys vastaa nykyisen EU-sopimuksen 35.5 artiklaa.

Poikkeus ei ole periaatteelliselta merkitykseltään vähäinen, sillä Lissabonin sopimuksen perusteella näyttäisi jatkossakin olevan niin, että suurin osa unionitoimenpiteistä myös tällä alalla on jäsenvaltiopohjaisesti toteutettuja eikä näiden määräysten perusteella siis EU-tuomioistuimen toimivalta ulotu ainakaan kokonaisuudessaan niiden tarkasteluun.¹³⁵ Kirjallisuudessa on tosin korostettu myös sitä, että tämän sääntelyn tarkoituksena on lähinnä tehdä yleisen turvallisuuden ylläpidon ja sisäisen turvallisuuden suojaamisen osalta ilmeiseksi, että niitä koskevat kansalliset toimet eivät kuulu unionitoimivaltaan ja tukea käsitystä myös tuomioistuimen toimivallan rajauksella. Ei kuitenkaan voida kiistää, etteikö poliisiyhteistyön ja rikosoikeudellisen yhteistyön erottaminen tästä olisi erinomaisen hankalaa. Samoin on arvioitu, että sääntelyn soveltamistilanteet rajautuisivat jäsenvaltioiden jäsenyysvelvoitteiden rikkomista koskeviin menettelyihin, ja koska poikkeus ei rajoita tuomioistuimen toimivaltaa arvioida jäsenvaltion toimien unionioikeuden mukaisuutta muilla perusteilla, sen poikkeuksen merkitys jäisi käytännössä rajalliseksi.¹³⁶

Käytännössä ei kuitenkaan liene mahdotonta, että niissä tilanteissa, joissa esimerkiksi ennakkoratkaisumenettelyssä unionituomioistuimen tulkinnan mukaan unionioikeudellinen sääntely, joka on edellyttänyt tiettyä jäsenvaltiotasosta toimenpidettä, on unionioikeuden kanssa yhteensopimaton esimerkiksi sillä perusteella, että jäsenvaltioiden tulee ottaa huomioon unioniperusoikeudet unionioikeutta soveltaessaan. Käytännössä tällöin ei jouduta lausumaan toimenpiteen pätevyydestä, vaikkakin tullaan ottaneeksi vähintäänkin välillisesti kantaa myös jäsenvaltion toimenpiteen lainmukaisuuteen.¹³⁷ Tällaiselle erityissääntelylle ei olisi enää pitänyt olla tilaa edes poliisi- ja rikosoikeudellisen yhteistyön alalla. Herääkin kysymys, eikö yksilöiden tehokkaan oikeussuojan ja yhdenmukaisen kohtelun kannalta alalla,

¹³⁵ Ks. *Walker* 2004, s. 33.

¹³⁶ Ks. perustuslaillisen sopimuksen osalta näin *Tiilikainen – Helander – Heliskoski* 2004, s. 152.

¹³⁷ Ks. *van Nuffel* 2005, s. 418.

jossa lähes poikkeuksetta kosketellaan perusoikeuksia, asianmukaisinta ja selkeintä olisi ollut, että missä tahansa yhteydessä tai millä tahansa tasolla unionioikeuden huomioon ottaminen voikin aktualisoitua, silloin myös avautuisi mahdollisuus unionituomioistuimen kokonaisvaltaiseen oikeuskontrolliin. Kokonaisvaltaisen oikeuskontrollin vaatimuksen merkittävyys vain kasvaisi, jos EU liittyisi Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja tulisi sitä myöden Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen valvonnan piiriin.

Kaikki muut kolmannen pilarin alan nykyiset, erityiset tuomioistuintoimivaltaa rajoittavat määräykset poistuisivat.¹³⁸ Kokonaisuutena arvosteltuna keskeisin muutos aikaisempaan nähden on ennakkoratkaisumenettelyn aikaisempien rajoitusten poistuminen. Yhtenäistäviä piirteitä rapaattavat muutamat sellaiset määräykset, jotka merkitsevät erityisjärjestelyjä eräille jäsenvaltioille. Lisäksi määräyksissä on eräitä yhteisöllistämistä lykkäviä määräaikoja. Esimerkiksi EU-tuomioistuimen toimivaltuuksia koskevat rajoitukset lakkaavat viimeistään viiden vuoden kuluttua Lissabonin sopimuksen voimaantulosta.

8 LOPUKSI

Oikeudellinen diskurssi, jossa EY-tuomioistuin sitä koskevan oikeuden perusteella ikään kuin rakentaa uudelleen oikeudellisten menettelyjen muodot antaen niille oikeudellisen sisällön määrittelemällä oikeudenkäyntien toimijat, niiden oikeudellisesti relevantit argumentit ja roolit, on EU:n muiden pilarien kuin EY:n osalta vasta alkuvaiheessaan. Tätä diskurssia on pohjistanut perustavanlaatuinen epäily siitä, että muun EU:n alalla toteutuva oikeussuoja sekä sen tehokkuus ja ulottuvuus ja siihen liittyen koko muun unionin oikeuden tehokkuus ja niin ikään yhteisöjen tuomioistuimen oman toiminnan tehokkuus on heikompa ja siten perusteiltaan jotakin aivan muuta kuin perinteisen EY:n piirissä.¹³⁹

Uuden oikeuskäytännön perusteella arvioituna näyttää siltä, että yhteisöjen tuomioistuin on suhteessa muuhun EU:n oikeuteen hyvin samantyyppisessä tilanteessa kuin se on ollut EY:n varhaisina aikoina, jolloin sen on omalla toiminnallaan ollut vastattava kahteen keskeiseen haasteeseen: oman ratkaisutoimintansa ja yleisesti koko yhteisöoikeuden tehokkuuden

¹³⁸ Ks. Lissabonin sopimuksen muutokset EU-sopimukseen Lissabonin sopimuksen 1 artikla 51 kohta ja EY:n perustamissopimukseen erit. Lissabonin sopimuksen 2 artiklan 64 ja 67–68 kohdat.

¹³⁹ Ks. *Claes* 2006, s. 583–586, myös esim. *Peers* 2006, s. 41.

varmistamiseen samalla välttämällä sekaantumista kansallisiin ja yhteisöta-soisiin kiistoihin, jotka voisivat osaltaan heikentää paitsi sen omaa, ennen kaikkea yhteisöoikeuden uskottavuutta.¹⁴⁰ Tällä viitataan samalla myös siihen klassiseen yhteisöoikeuden konstitutionalisoitumista koskevaan käsitykseen, jonka mukaan yhteisöjen tuomioistuin lähes toimintansa alkuvaiheesta lukien kehitti yhteisöoikeuden konstitutionaalisen perusrakenteen, johon kuuluvat yksilöiden oikeudet, perusoikeudet mukaan luettuna, oikeuksien täytäntöönpanomekanismit, oikeusvaltioperiaatteen institutionaalinen rooli ja käsitys autonomisesta oikeusjärjestyksestä.¹⁴¹

Kuten *Miguel Poiares Maduro* on EY-oikeusjärjestykseen liittyen kuvannut, siinä on ollut kysymys tarpeesta luoda sellainen oikeudellinen infrastruktuuri, joka ensinnäkin mahdollistaa yhteisöoikeuden toiminnan suoraan kansallisen oikeusjärjestyksen piirissä ja suhteessa kansalaisiin. Samalla tuomioistuimen on ollut luotava oma asemansa yhteisössä ja myös suhteessa jäsenvaltioiden toimielinjärjestelmään. Tätä on seurannut irrottautuminen perustamissopimusten puhtaasti valtioperustaisesta tulkinnasta kohti yksilöpohjaista tulkintaa, jossa perustamissopimuksia ei tulkita vain niihin sitoutuneiden jäsenvaltioiden keskinäisenä sopimuksena vaan perustana myös kansalaisten yhteisölle, jolloin perustamissopimukset ovat tarkoitettuja myös yksilöille ja voivat toimia heidän oikeutettujen vaatimustensa perustana ja joissakin tilanteissa myös heidän omaa valtiotaan vastaan. Yhtenä tärkeänä kehityselementtinä EY-oikeuden ja EY-tuomioistuimen ratkaisutoiminnan hyväksyttävyyden ja oikeudellisen auktoriteettiaseman turvaamisessa on ollut yhteistyöllinen dialogi kansallisten tuomioistuinten kanssa.¹⁴² Kirjoituksessa on tuotu esiin, että yhteisöjen tuomioistuimen uudessa oikeuskäytännössä on tässä mainitsemassani tilanteessa runsaasti viitteitä saman polun seuraamisesta myös kolmannen pilarin asioissa.

Tähänastinen, tosin määrältään vähäinen oikeuskäytäntö näyttäisi osoittavan, että myös oikeussuojakeinot kolmannessa pilarissa samoin kuin yhteisöjen tuomioistuimen oma rooli lähenee yhteisöpilarin vastaavia.¹⁴³ Tämä puolestaan vahvistaa kolmannen pilarin alalle kehittyviä konstitutionaalisia painotuksia. Samalla EY-tuomioistuimen omaksumat kolmannen pilarin oikeussuojaa koskevat linjaukset voidaan samalla nähdä myös keinoina välttää kolmannen pilarin heikkojen kohtien valumista yhteisöpilarin alalle tilanteessa, jossa perussopimusten uudistamistyö on edelleen vireillä ja

¹⁴⁰ Ks. *Maduro* 1998, s. 7–12, joka tiivistää näin EY-oikeusjärjestyksen luomisvaiheen ja EY-tuomioistuimen osuuden siinä.

¹⁴¹ *Shapiro* 1999, s. 321–347. Samoin esim. *Weiler* 1999, s. 10–101, johon myös esim. *Maduro* (1998, s. 8) yhtenä esimerkkinä viittaa.

¹⁴² *Maduro* 1998, s. 8–9.

¹⁴³ *Halter* 2007, s. 777.

jonka tulokset aikanaan tuovat helpotusta osaan näistä ongelmakohdista.¹⁴⁴ Uuden oikeuskäytännön myötä kolmas ja ensimmäinen pilari edelleen lähenevät toisiaan, ja on tärkeätä, ettei lähentyminen tapahdu yhteisöpilarin kustannuksella. Lisäksi kun EY-tuomioistuin on tuoreissa ratkaisuisaan tulkinnalla tukkinut eräitä kolmannen pilarin oikeussuojan aukkoja ja katsonut, että yhteisten kantojenkin kontrolli kuuluu sille, voitaneen ajatella, että unioni paremmin vastaa myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen puolelta *Bosphorus*-tapauksessa osoitettuihin linjauksiin oikeusturvajärjestelmän vaatimuksista, vaikka tilanne ei näinkään tulkittuna anna erityisen mairittelevaa kuvaa kolmannen pilarin oikeussuojan tasosta ja keinovalikoimasta. Lisäksi samaan aikaan on ladattu paljon odotuksia uudemman oikeuskäytännön varaan muun muassa siltä osin kuin kysymys on valtion vahingonkorvausvastuusta yksityiselle aiheutuneesta vahingosta.

Amsterdamin sopimus on mahdollistanut EU:n kolmannen pilarin transformaation erityisesti EU-sopimuksen 35 artiklaan perustuvien EY-tuomioistuimen toimivaltaan liittyvien muutosten vuoksi.¹⁴⁵ EY-tuomioistuimen kolmannen pilarin alalle EU-sopimuksessa osoitettu toimivalta on rikkonaisuudestaan huolimatta osoittautunut tässä suhteessa tärkeäksi. Selvää on kuitenkin, että kolmannen pilarin oikeussuojamenettelyissä on sellaisia puutteita, ettei tuomioistuin pysty niitä kaikkia korjaamaan – omaa toimivaltaansa koskevan – tulkinnan avulla vastaamaan edes EY:n alan oikeussuojajärjestelmän minimitasoa.¹⁴⁶ Kuten olen yllä tuonut esiin, EY-tuomioistuin on todennut, että eräät oikeussuojajärjestelmän muutokset edellyttävät jäsenvaltioiden hyväksymiä perussopimusmuutoksia.

¹⁴⁴ Ks. myös *von Bogdandy* 2000, s. 38–39 ja *Timmermans* 2002, s. 8–9.

¹⁴⁵ Ks. myös *Timmermans*, s. 8–9.

¹⁴⁶ *Peers* 2007, s. 929.

KIRJALLISUUS

- Albors-Llorens, Albertina*, Changes in the Jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of Amsterdam, *Common Market Law Review* 1998, s. 1273–1294.
- Alter, Karen J.*, Establishing the Supremacy of European Law. Making of an International Rule of Law in Europe. Oxford University Press 2001.
- den Boer, Monica*, Europe and the Art of International Police-Cooperation: Free Fall or Measured Scenario?, teoksessa *Legal Issues of the Maastricht Treaty* (ed. by *O'Keeffe, David – Twomey, Patrick M.*), Chancery Law Publishing, s. 279–291.
- von Bogdandy, Armin*, The European Union as a Supranational Federation: A Conceptual Attempt in the Light of the Amsterdam Treaty, *The Columbia journal of European law* 2000, s. 27–54.
- von Bogdandy, Armin – Bast, Jürgen – Arndt, Felix*, Handlungsformen im Unionrecht, Empirische Analysen und dogmatische Strukturen in einem vermeintlichen Dschungel, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 62/1–2, 2002, s. 77–161.
- de Búrca, Gráinne*, The European Court of Justice and the Evolution of EU Law, teoksessa *The State of the European Union, Vol 6, Law, Politics, and Society* (edited by *Börzel, Tanja A. – Cichowski, Rachel A.*), Oxford University Press 2003, s. 48–75.
- Claes, Monica*, The National Courts' Mandate in the European Constitution, Hart Publishing 2006.
- Curtin, Deirdre M.*, European Legal Integration: Paradise Lost?, teoksessa *Curtin, Deirdre M. – Smits, Jan M. – Klip, André – McCahery, Joseph A.*, European Integration and Law. Four Contributions on the Interplay between European Integration and European and National Law to celebrate the 25th Anniversary of Maastricht University's Faculty of Law, Intersentia 2006, s. 1–54.
- Curtin, Deirdre*, The Constitutional Structure of the Union: A Europe on Bits and Pieces, *Common Market Law Review* 1993, s. 17–69
- Curtin, Deirdre – Dekker, Ige*, Some Reflections on Vertical Unity-in-Diversity, teoksessa *Convergence & Divergence in European Public Law* (edited by *Beaumont, Paul – Lyons, Carole – Walker, Neil*), Hart Publishing 2002, s. 59–78.
- Curtin, Deirdre – Dekker, Ige*, The EU as a Layered International Organization: Institutional Unity in Disguise teoksessa *The Evolution of EU Law* (edited by *Craig, Paul – de Búrca, Gráinne*), Oxford University Press 1999, s. 83–136
- Denza, Eileen*, The Intergovernmental Pillars of the European Union, Oxford University Press 2002.
- Dougan, Michael*, The Convention's Draft Treaty: Bringing Europe Closer to its Lawyers, *European Law Review* 2003, s. 763–793.
- Fletcher, Maria*, Extending "indirect effect" to the third pillar: the significance of Pupino, *European Law Review* 2005, s. 862–877.
- Garbagnati Ketvel, Maria-Gisela*, The Jurisdiction of the European Court of Justice in Respect of the Common Foreign and Security Policy, *International & Comparative Law Quarterly* 2006, s. 77–120.
- Giegerich, Thomas*, Verschmelzung der drei Säulen der EU durch europäisches Richterrecht?, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 67/2 2007, s. 351–383.

- Guild, Elspeth*, Crime and the EU's Constitutional Future, *European Law Review* 2004, s. 218–234.
- Haltern, Ulrich*, Rechtsschutz in der dritten Säule der EU, *JuristenZeitung JZ* 2007, s. 772–778.
- Jacobs, Francis*, The Evolution of the European Legal Order, *Common Market Law Review* 2004, s. 303–316.
- Jacobs, Francis G.*, The Effective Judicial Protection of Individuals in the European Union, Now and in the Future, teoksessa *The Treaty of Nice and beyond. Enlargement and Constitutional Reform. Essays in European law (Andenaes, Mads – Usher, John)*, Hart Publishing 2003, s. 335–344.
- Komárek, Jan*, European constitutionalism and the European arrest warrant: In search of the limits of the “contrapunctual principles”, *Common Market Law Review* 2007, s. 9–40.
- Kostakopoulou, Dora*, The Area of Freedom, Security and Justice and the European Union's Constitutional Dialogue, teoksessa *The Fundamentals of EU Law Revisited. Assessing the Impact of the Constitutional Debate* (ed. by *Barnard, Catherine*), Oxford University Press 2007, s. 153–192.
- Ladenburger, Clemens – Verwilghen, Stephane*, Policies relating to the Area of Freedom, Security and Justice, teoksessa *Genèse et Destinée de la Constitution européenne. Commentaire du Traité établissant une Constitution pour l'Europe à la lumière des travaux préparatoires et perspectives d'avenir – – –* (eds. *Amato, Giuliano – Bribosia, Hervé – de Witte, Bruno*), Bruylant 2007, s. 743–772.
- Lenaerts, Koen*, The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union, *Common Market Law Review* 2007, s. 1625–1659.
- Lenaerts, Koen – Corthaut, Tim*, Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law, *European Law Review* 2006, s. 287–315.
- Lyons, Carole*, Flexibility and the European Court of Justice, teoksessa *Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility* (edited by *de Búrca, Gráinne – Scott, Joanne*), Hart Publishing 2000, s. 95–112.
- Maduro, Miguel*, We, the court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution, Hart Publishing 1998.
- Mancini, G. F.*, Democracy and Constitutionalism in the European Union. *Collected Essays*, Hart Publishing 2000.
- Monar, Jorg*, Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam: Reform at the Price of Fragmentation, *European Law Review* 1998, s. 320–335.
- Nettesheim, Martin*, U.N. Sanctions Against Individuals – A Challenge to the Architecture of European Union Governance, *Common Market Law Review* 2007, s. 567–600.
- Nieminen, Liisa*, Eurooppalaistuva valtiosääntö – valtiosääntöistytvä Eurooppa. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2004.
- van Nuffel, Piet*, Some Thoughts on Access to Justice within the European Constitutional Framework, teoksessa *The EU Constitution: The Best Way Forward* (ed. by *Curtin, Deidre – Kellermann, Alfred E. – Blockmans, Steven*), T.M.C. Asser Press 2005, s. 415–420.
- Nuotio, Kimmo*, Eurooppalaistuva rikosoikeus, teoksessa *EU-oikeuden perusteita II – aineellisen EU-oikeuden aloja ja ulottuvuuksia* (toim. *Ojanen, Tuomas – Haapea, Arto*), Edita Publishing 2007, s. 375–411.
- Ojanen, Tuomas*, Perus- ja ihmisoikeudet terrorismin vastatoimissa Euroopan unionissa, *Lakimies* 2007, s. 1053–1074.
- Ojanen, Tuomas*, EU-oikeuden perusteita, Edita Publishing 2006.

- Ojanen, Tuomas*, Between Precedent and Present, *Turku Law Journal* 1 /2001, s. 105–118.
- Peers, Steve*, Salvation outside the church: Judicial protection in the Third Pillar after Pupino and Segi judgments, *Common Market Law Review* 2007, s. 875–881.
- Peers, Steve*, *EU Justice and Home Affairs Law*, Second edition, Oxford University Press 2006.
- Peers, Steve*, The Treaty of Nice and the Treaty Structure: Repainting the Pillars, teoksessa *The Treaty of Nice and beyond. Enlargement and Constitutional Reform. Essays in European law (Andenaes, Mads – Usher, John)*, Hart Publishing 2003, s. 239–269.
- Peers, Steve*, Who’s Judging the Watchmen, *Yearbook of European Law* 1998, s. 337–413.
- Pellonpää, Matti*, Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja Euroopan unioni, *Lakimies* 2005, s. 1229–1250.
- Piris, Jean-Claude*, *The Constitution for Europe. A Legal Analysis*. Cambridge University Press 2006.
- Prechal, Sacha*, Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the EU, teoksessa *The Fundamentals of EU Law Revisited. Assessing the Impact of the Constitutional Debate* (ed. by *Barnard, Catherine*), Oxford University Press 2007, s. 35–69.
- Prinssen, Jolande*, Domestic Legal Effects of EU Criminal Law: A Transfer of EC Law Doctrines, teoksessa *Interface between EU Law and National Law* (edited by *Obradovic, D. – Lavranos, N.*), Europa Law Publishing 2007, s. 313–331.
- Rafaraci, Tommaso – Belfiore, Rosanne*, Judicial Protection of Individuals under the Third Pillar of the European Union, *European legal Integration: the New Italian Scholarship*, Jean Monnet Working Paper 10/07.
- Salminen, Janne*, Euroopan unionin kolmannen pilarin alaisen yhteistyön instrumenttien asema, oikeusvaikutukset ja sovellettavuus jäsenvaltioiden oikeudessa, *Lakimies* 2007, s. 863–888.
- Salminen, Janne*, Oikeustapauskommentti: Euroopan unionin kolmannen pilarin oikeussuoja koetuksella, *Lakimies* 2007b, s. 1133–1148.
- Salminen, Janne*, Oikeustapauskommentti: Myös EU-puitepäättös tuottaa tulkintavaikutuksen, *Lakimies* 2006, s. 286–299.
- Salminen, Janne*, Täysivaltaisuuden rajoituksesta täysivaltaisuuden käyttöön: Havaintoja valtiosisäisen valtiosääntöisen täysivaltaisuuskäsityksen muutoksesta, *Lakimies* 2004, s. 1318–1339.
- Schermers, Henry*, European Remedies in the Field of Human Rights, teoksessa *The Future of Remedies in Europe* (edited by *Kilpatrick, Claire – Novitz, Tonia – Skidmore, Paul*), Hart Publishing 2000, s. 205–211.
- Schönberger, Christoph*, Der Rahmenbeschluss – Unionssekundärrecht zwischen Völker- und Gemeinschaftsrecht, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 67/4 2007, s. 1107–1139.
- Skinner, Stephen*, The Third Pillar Treaty Provisions on Police Cooperation: has the EU bitten off more it can chew, *Columbia Journal of European Law* 8/2002, s. 203–220.
- Shapiro, Martin*, The European Court of Justice, teoksessa *The Evolution of EU Law* (edited by *Craig, Paul – de Búrca, Gráinne*), Oxford University Press 1999, s. 321–347.
- Spaventa, Eleanor*, Opening Pandora’s Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in Pupino, *European Constitutional Law Review* 2007, s. 5–24.

- Thym, Daniel*, The Schengen Law: A Challenge for Legal Accountability in the European Union, *European Law Journal* 2002, s. 218–245.
- Tiilikainen, Teija – Helander, Petri – Heliskoski, Joni*, Euroopan perustuslaki, Edita Publishing 2004.
- Timmermans, Christiaan*, The Constitutionalization of the EU, *Yearbook of European Law* 2002, s. 1–11.
- Tuyschaever, Filip*, Differentiation in European Union Law, Hart Publishing 1999.
- Waelbroeck, Denis*, The Workload of the EU Courts and the Citizen's Right to have Access to a Judge, teoksessa *The EU Constitution: The Best Way Forward* (ed. by *Curtin, Deidre – Kellermann, Alfred E. – Blockmans, Steven*), T.M.C. Asser Press 2005, s. 357–372.
- Walker, Neil*, In Search of the Area of Freedom, Security and Justice: A Constitutional Odyssey, teoksessa *Europe's Area of Freedom, Security and Justice* (ed. by *Walker, Neil*), Oxford University Press 2004, s. 3–37.
- Ward, Angela*, Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law, Second completely revised ed., Oxford University Press 2007.
- Ward, Angela*, Access to Justice, teoksessa *The EU Charter of Fundamental Rights. Politics, Law and Policy* (ed. by *Peers, Steve – Ward, Angela*), Hart Publishing 2004, s. 123–140.
- Ward, Angela*, The Limits of the Uniform Application of Community Law and Effective Judicial Review: A Look Post-Amsterdam, teoksessa *The Future of Remedies in Europe* (edited by *Kilpatrick, Claire – Novitz, Tonia – Skidmore, Paul*), Hart Publishing 2000, s. 213–227.
- Weiler, J. H. H.*, The Constitution of Europe. "Do the New Clothes have an Emperor?" and other essays on European integration, Cambridge University Press 1999.
- Verhoeven, Amaryllis*, The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory, Kluwer Law International 2002.
- Wessel, Ramses A.*, Good Governance and EU Foreign, Security and Defence Policy, teoksessa *Good Governance and the European Union. Reflections on Concepts, Institutions and Substance* (ed. *Curtin, D. M. – Wessel, R. A.*), Intersentia 2005, s. 214–251.

Janne Salminen

JUDICIAL PROTECTION IN THE EUROPEAN UNION THIRD PILLAR

In the processes of constitutionalisation of the European Community, the European Court of Justice and various avenues available for private parties to seek justice and judicial protection in the EC Court have had an important role. The jurisprudence of the Union Court is elementary for developing constitutional features further for the rest of the European Union and probably also building one constitutional framework for the Union. Especially considering the need for protection of individuals and their fundamental rights and the evolving Constitution of the EU, the question about possibilities available for private parties in the context of the rest of the EU, i.e. within the third and second pillar, to seek the judicial protection and enforcement of the rules passed within these pillars is of major importance. Maastricht Treaty left these possibilities for governance by the laws of the Member States and in large the EC Court was excluded from review authority and it enjoyed only very limited powers over some Conventions. These limitations of the Court's powers were done by referring to the so called intergovernmental nature of these pillars.

When breaking open the justice and home affairs pillar, the Amsterdam Treaty however, introduced in some areas – visa, asylum and immigration policy – comprehensive review powers for the EC Court. Concerning the police and judicial cooperation in criminal matters, the remnants of the third pillar intergovernmental elements were further developed. Although possibilities for judicial review by supranational court are introduced and this can be considered to be an introduction of a supranational element in this context, several limitations in the Court's capacity weaken the strength of this element.

Jurisdiction of the EC Court is limited according to the Article 46 EU Treaty to the conditions laid down in the Article 35 EU Treaty. Under Article 35 EU Treaty, the EC Court has jurisdiction to give preliminary rulings on the validity and interpretation of framework decisions and decisions, on the interpretation of conventions established under this title and on the validity and interpretation of the measures implementing them. Interestingly, a certain opt-in possibility was launched. According to the Article 35(2) EU Treaty the Member State may accept the jurisdiction of the EC Court to give preliminary rulings. The Member States have possibility to specify that either any court of that State against whose decisions there is

no judicial remedy under national law may request the EC Court to give a preliminary ruling on a question raised in a case pending before it and concerning the validity or interpretation or any court may request the Court to give a preliminary ruling. This means that there are various options available for the Member States for limiting the jurisdiction of the EC Court. Article 35 EU Treaty contains several further restrictions. There are no possibilities according to the Article for the private parties to directly challenge the legality of the judicial instruments of the third pillar. The non-contractual liability of the Union for private parties is not mentioned either. All of the restrictions are in deep contrast with private parties rights under EC Treaty although needs for the protection for private parties are equal and taking into the consideration the special character of the pillar in its sensitiveness in respect of fundamental rights obvious.

Behind the restrictions we can find a certain defence of the national sovereignty and very stereotypical understanding about division between the supranational and the intergovernmental integration. When stressing the priority of national authority, the intergovernmental approach is suitable for the Member States in this policy area which belongs to the core of the state sovereignty. Because police and criminal justice matters are understood as being important part of coercive authority of the state, there is national and constitutional “objection to the alienation of the legal means” which are necessary to the exercise and enforce that coercive authority.

There is a remarkable tension between needs of private parties for judicial protection especially in the third pillar where issues dealt are fundamental human rights sensitive and member states will for considering this field of integration intergovernmental with only limited Court review although the Union within the third pillar has developed area substantively well beyond original plans.

Currently, the judicial protection in this field is shaped by the EC Court. Its recent case law – cases like *Pupino*, *Gestoras Pro Amnistía* and *Segi* – is important in at least two ways. First of all, it clearly shows the weak points of the judicial protection in the EU third pillar. Secondly and more importantly, rising case law shows ambition to develop and strengthen the constitutional character of the third pillar. This is needed also from the human rights point of view. In the article recent case law and EU Treaty provision are discussed in detail and also compared with the corresponding rights of private parties in the EC Treaty context. It is claimed that the EC Court is in a very similar position towards EU as it has been in EC in its early days: developing in its case law a constitutional infrastructure for the Union with fundamental rights, enforcement mechanisms and an institutional rule of law etc.

Pauli Ståhlberg

**JURISTILUKIJAN NÄKÖKULMIA
TÄÄLLÄ POHJANTÄHDEN ALLA
-TEOKSEEN**

SISÄLLYS

1	OIKEUDELLISEN TARKASTELUTAVAN OIKEUTUKSESTA.....	421
1.1	Oikeus ja kirjallisuus.....	421
1.2	Oikeudellinen aines Pohjantähdessä.....	423
1.3	Oikeusjärjestyksen mukaisuuden ja oikeudenmukaisuuden välinen jännite.....	425
1.4	Pohjantähti ja juristilukija.....	429
2	OIKEUSTIETEEN KEHITYKSESTÄ PENTINKULMALTA NYKYPÄIVÄÄN.....	432
3	KYSYMYKSEN ASETTELUSTA JA NÄKÖKULMISTA.....	436
4	POHJANTÄHDESSÄ KUVATTUJEN OIKEUDELLISTEN KOHTEIDEN VALINTA.....	439
5	YKSITYISOIKEUDELLINEN VAI JULKISOIKEUDELLINEN LÄHESTYMISTAPA.....	441
6	OIKEUDELLINEN JÄNNITE JA JUSSIN KONTRAHTI.....	443
6.1	Torpparikysymys ja Jussin kontrahti.....	443
6.2	Sopimuksen synty ja oikeudellinen epävarmuus.....	444
6.3	Sopimuksen sisältö.....	448
6.4	Sopimuksen noudattaminen.....	452
6.5	Sopimusehtojen soveltaminen.....	453
6.5.1	Taksvärkin määrän muuttaminen.....	453
6.5.2	Suoalueen liittäminen pappilaan.....	454
6.6	Maiden omistusoikeuden saaminen ja sopimuksen päättyminen... ..	455
6.7	Sopimus ja moderni sopimusoikeuskäsitys.....	457
6.7.1	Sopimusoikeuden kehityksestä.....	457
6.7.2	Sopimusten sovittelun ja lojaliteettivelvollisuuden tulo osaksi sopimusoikeutta.....	459
6.8	Lojaliteetti.....	460
6.8.1	Lojaliteettivelvollisuudesta yleisesti.....	460
6.8.2	Jussin kontrahti ja lojaliteetti.....	462
6.9	Sopimusten sovittelu.....	464
6.9.1	Sopimusten sovittelusta yleisesti.....	464

6.9.2 Jussin kontrahti ja sovittelu.....	465
6.10 Kontrahti ja tämän päivän juristilukija.....	467
7 LOPUKSI.....	468
LÄHTEET.....	470
LIITE.....	472
A LAWYER'S PERSPECTIVES ON "UNDER THE NORTH STAR", VÄINÖ LINNA'S NOVEL TRILOGY.....	474

Juristilukijan näkökulmia Täällä Pohjantähden alla -teokseen

1 OIKEUDELLISEN TARKASTELUTAVAN OIKEUTUKSESTA

1.1 Oikeus ja kirjallisuus

Oikeus on moniulotteinen ilmiö. Sanalla ”oikeus” on monta eri merkitystä. Sillä voidaan tarkoittaa esimerkiksi oikeusjärjestystä, valtaa tehdä oikeusjärjestyksen mukaan jotain tai oikeusjärjestyksen mukaista tuomioistuinta. Sanaa voidaan käyttää myös muussa kuin oikeusjärjestyksen yhteydessä. Voidaan puhua moraalisisesta oikeudesta, omankädenoikeudesta, vahvemman oikeudesta, toverituomioistuimesta jne.

Puhuttaessa oikeusjärjestyksestä oikeus voi ilmetä laista, tuomioistuinten ratkaisuksista ja oikeustieteellisistä julkaisuista. Oikeus ei ole kuitenkaan pelkästään täsmällisistä säännöistä koostuva rakennelma. Oikeus muotoutuu myös sen mukaan, miten säännöt ymmärretään ja sääntöjä sovelletaan. Ihmisten – ei vain tuomareiden tai muiden juristien – ajattelu, käyttäytyminen ja tulkinnat sääntöjen kentässä vaikuttavat siihen, mikä on oikeuden sisältö. Oikeus on siis muutakin kuin oikeusjärjestys. Se on jotain, mikä on ihmisten mielissä.

Koska oikeus ulottuu oikeudellisten sääntöjen ulkopuolelle, oikeus voi juridisen tekstin lisäksi näyttäytyä kaikessa sanalliseen muotoon puetussa ilmaisussa, esimerkiksi kaunokirjallisuudessa. Voidaan jopa väittää, että muiden kuin juristien tietämys oikeudesta perustuu ensisijaisesti muille kuin juridisille teksteille, esimerkiksi sanomalehtikirjoituksille ja televisio-ohjelmille. Vaikka kirjallisuudella oikeutta ei pidetäkään järjestyksessä, se ei tarkoita, että oikeus kirjallisuudessa olisi merkityksetöntä. Myös kuvitteelliset oikeutta käsittelevät tekstit mahdollistavat, määrittävät ja rajoittavat käsityksiämme oikeudesta ja vaikuttavat niihin.¹

¹ Hirvonen s. 407.

Oikeustieteellä ja kirjallisuustieteellä on paljon samuuksia. Molemmissa tulkitaan sanoja ja tekstejä, annetaan niille merkityssisältöjä. Silti nämä kaksi tieteenalaa näyttävät olevan ainakin Suomessa tänä päivänä etäällä toisistaan. Tähän lienee oikeustiede syypää. Samoihin aikoihin kuin Täällä Pohjantähden alla -trilogian tapahtumat vuonna 1884 alkoivat, Suomessa vahvistui oikeuspositivismin nimellä kulkeva oikeusteoria. Sen mukaan oikeus ilmenee vain laista tai muusta oikeudellisin menettelyin asetetusta tekstistä. Tällaisen tekstin ymmärtämiseen ja tulkitsemiseen luonnollisesti tarvitaan juristeja. Jos ja kun oikeus ei oikeuspositivismissa voi ilmetäkään kuin oikeusnormeista, eivät muut kuin oikeustieteilijät, esimerkiksi kirjailijat, voi puhua oikeudesta merkityksellisellä tavalla.

Suomalainen oikeustiede on ollut vahvasti ja on edelleen positivismin sävyttämää. Oikeustieteilijät ovat mielellään puolustaneet reviiriään eivätkä ole halunneet nähdä muita tieteitä kuin korkeintaan oikeustieteen aputieteinä oikeudellisia kysymyksiä selvitettäessä. Oikeus ei kuitenkaan ole jotain, mikä on rajattu vain juridiikkaan vihkiytyneille alan ammattilaisille. Oikeus on osa elämää eikä oikeustieteilijöillä ole siihen yksinoikeutta. Myös kirjallisuuden ja oikeuden tulee olla vuorovaikutuksessa keskenään.²

Humanistien mielestä kirjallisuus inhimillistää juristeja. Sen avulla lakimiehet oppivat lisää ihmisen olemisesta, oikeudenmukaisuudesta, kohtuudesta, armosta, moraalisisista valinnoista, emotionaalisesta, intuitiivisesta ja konkreettisesta päätöksenteosta. Kirjallisuus voi syventää ymmärrystä oikeudellisista ilmiöistä, käsitteistä ja periaatteista sekä kyseenalaistaa niitä.³ Kirjallisuuteen sisältyviä oikeuselämän kuvauksia ja kannanottoja on mahdollista tarkastella ja tulkita oikeustieteen näkökulmasta. Kirjallisuutta voidaan myös käyttää oikeustieteen opetuksessa hyväksi havainnollistamalla sen avulla oikeudellisia ongelmia.⁴ Näin kirjallisuus välillisesti vahvistaa ja rikastuttaa niin oikeustiedettä kuin oikeudellisia käytäntöjäkin. Vaikka kirjallisuus ei ehkä olekaan yksin vaikuttamassa juristeihin tämän suuntaisesti, on humanistien käsitys varmastikin osaltaan oikea. Se on myös ajankohtainen, koska oikeustiede on viime vuosikymmeninä yhä enemmän pyrkinyt ulos oikeuspositivismin kuoresta, kohti näkyvän oikeuden takana olevia arvoja.

² Englannissa ja Yhdysvalloissa oikeuden ja kirjallisuuden suhdetta käsittelevä liike tunnetaan nimellä ”Law and Literature”. Ks. oikeudesta ja kirjallisuudesta tutkimuskohteena sekä niiden yhteydestä, *Hirvonen* s. 407-411 ja *Yrttiäho* s. 451-455. Ks. kirjallisuudesta oikeustutkimuksen lähteenä, *Häyhä* 1990 s. 52.

³ *Hirvonen* s. 410.

⁴ *Makkonen* s. 189-193.

Maailman kirjallisuudessa lienee kuvattu kaikkia mahdollisia oikeusteoreettisia kysymyksiä.⁵ Suuri osa kirjallisuuden oikeudenkäyttöä koskevista osista on kuvauksia siitä, miten vääryys toteutetaan laillisia menettelyjä noudattaen.⁶ Suomalaisessa kaunokirjallisuudessa oikeutta näyttäisi käsitellyn lähinnä rikosoikeuden ja erityisesti syyllisyyden näkökulmasta. Myös tuomarihahmot ovat olleet kiinnostuksen kohteena.⁷ Sen sijaan siviilioikeudelliset kysymykset, esimerkiksi lasten huoltajuuskiistat, sopimusrikkomukset tai työntekijän irtisanomiset eivät näyttäisi innoittaneen kirjailijoita. Tätä voidaan perustellusti kummeksua. Esimerkiksi perheoikeudellisiin asioihin keskittyneen kärjätuomarin ja hänen käsittelemissään jutuissa esiintyvien ihmisten ympärille saisi hyvinkin rakennettua vaikkapa yhteiskuntakriittisen romaanin. Siviilioikeudellisissakin jutuissa voi olla myös draaman aineksia.⁸

Oikeudellisten kysymysten käsittelystä suomalaisessa kirjallisuudessa on katsaus Encyclopedia Juridica Fennicassa. Tähän suomalaiseen kattavaan oikeustietosanakirjaan on koottu mainintoja aina Aleksis Kivistä Mauri Sariolaan. Sen sijaan Väinö Linnaa ei mainita.⁹ Myöskään oikeustieteilijät eivät näyttäisi erityisesti tarkastelleen Linnan tuotantoa niissä harvoissa kirjoituksissa, joita he ovat oikeuden ja kirjallisuuden suhteesta tehneet. Linna tuntuu kaiken kaikkiaan jääneen vähälle huomiolle oikeudellisten kysymysten näkökulmasta tarkasteltuna. Voidaankin kysyä, onko Linnan tuotannossa sitten mitään sellaista, joka olisi oikeudellisesti mielenkiintoista ja antoisaa. Tähän voidaan vastata myöntävästi ainakin tarkastelemalla Täällä Pohjantähden alla -trilogiaa (jälj. Pohjantähti, lyh. TPA).

1.2 Oikeudellinen aines Pohjantähdessä

Linnan mukaan Pohjantähti tuli pitämään sisällään kaiken, mitä elämään kuuluu, talot, tiet, ihmiset, elämänjärjestyksen.¹⁰ Tällöin oli väistämätöntä, että romaani tuli käsittelemään myös oikeudellisia kysymyksiä. Siinä tehdäänkin kauppoja, urakka- ja maankäyttösopimuksia, lisäännytään ja

⁵ Kangas s. 182.

⁶ Kemppinen s. 26.

⁷ Ks. Yrttiaho s. 459 ss.

⁸ Hirvonen katsoo, että juuri draamassa oikeus voi ilmentyä perustavaa laatua olevalla tavalla, Hirvonen s. 408.

⁹ Niemi s. 647-648

¹⁰ Varpio s. 418. Voidaan kysyä, oliko Pentinkulma sittenkin liian pieni ympäristö koko elämänkulun kuvaamiseen ja muotoon saamiseen, vaikka sen pienet tapahtumat liitettiinkin suurempiin.

kuollaan, murhataan ja petetään, käydään oikeutta ja pannaan tuomioita täytäntöön, noustaan kapinaan valtiojärjestystä vastaan ja soditaan. Pohjantähden tarinassa on kyse myös oikeuksista, velvollisuuksista, laeista, niiden noudattamisesta ja rikkomisesta.¹¹ Trilogiassa on liittymäkohtia lähes kaikkiin eri oikeudenaloihin sopimusoikeudesta, perhe- ja perintöoikeudesta, rikosoikeudesta, prosessioikeudesta, valtiosääntöoikeudesta aina kansainväliseen oikeuteen asti. Kertoja myös tuntuu viihtyvän oikeudellisten tapahtumien parissa. Laki ja oikeus putkahtavat esiin lähes joka välissä. Itse asiassa tuntuu vahvasti siltä, että Pohjantähden fiktiivisellä kyläyhteisöllä Pentinkulmalla ”vedettiin lakiin” paljon enemmän kuin ihmiset ainakaan nykyään puheissaan tekevät. Tätä käsitystä vahvistaa oikeudellisten sanojen määrä teoksessa.

Kun tarkastelee Pohjantähteä, voidaan havaita, että se sisältää oikeudellisiä sanoja huomattavan määrän. Laki-sanoja tai sen johdannaisia, kuten laillisuus, käytetään trilogiassa noin 350 kertaa. Oikeus- tai oikeudenmukaisuus-sanoja tai niiden johdannaisia ilmenee teoksessa noin 200 kertaa ja esimerkiksi sana nimismies tai jokin sen taivutusmuodoista on mainittu jopa 120 kertaa. Vertailuna voidaan todeta, että Tuntematon sotilas -romaanissa vastaavat luvut ovat yhteensä noin 20 kertaa.¹²

Oikeudenkäyntejä teoksessa kuvataan tai mainitaan useita. Laurilan Anttoon häätöasia menee käräjille (TPA I s. 272). Häätötapahtuma johtaa syytteisiin ja käräjiin (TPA I s. 306-307). Isännät yrittävät päästä torppareistaan tuomioistuimen avulla (TPA II s. 14). Räättäli Halme saa puheillaan itsellensä tuomion majesteettirikoksesta (TPA II s. 40). Laurilan Uno tuomitaan murhasta (TPA II s. 77). Lakkorähinöistä käydään käräjiä ja isäntiä vastaan nostetaan syyte elintarvikerikoksista (TPA II s. 152-155). Sisällissodan jälkeen kenttäoikeus tuomitsee kuolemaan muun muassa Halmeen ja Koskelan veljekset (TPA II s. 389 ss.). Myös Akseli Koskelan kuulustelu Hennalan vankileirillä on jonkinlainen oikeudenkäynti (TPA II s. 445-446). Muiden muassa hän joutuu vielä valtiorikosoikeuden eteen ja tuomitaan kuolemaan (TPA II s. 474-478). Janne Kivivuori joutuu vankilaan vaalijulistuksen vuoksi (TPA II s. 514) ja yrittää saada muiluttajilleen tuomion oikeudessa (TPA III s. 296 ss.). Pikaoikeus tuomitsi kaksi sotilaskarkuria kuolemaan (TPA III s. 494).

Myös ammattiryhmistä juristit ovat hyvin esillä.¹³ Oikeuksien puheenjohtajien ja asianajajien lisäksi vanhan rovastin poika on tuomari (TPA

¹¹ Nummi s. 199

¹² Tämän kirjoituksen liitteenä on professori Yrjö Varpion laatima tilasto oikeudellisten sanojen ilmenemisestä Pohjantähdessä ja Tuntemattomassa.

¹³ Esim. lääkäreitä ja insinöörejä ei teoksessa ilmene vastaavalla tavalla.

I s. 81). Ellen Salpakarin isä oli tuomari (TPA I s. 96). Janne Kivivuori opiskelee lakia ja toimii asianajajana (TPA I s. 273 ja TPA II s. 13-14). Suomettarelaiten vaalipuhuja on juristi (TPA I s. 330). Allan Kivivuorelle suunnitellaan tuomarin uraa ja hänestä tuleeekin sellainen (TPA II s. 14 ja TPA III s. 529).

Oikeudelliset kysymykset eivät ole merkittävässä asemassa Pohjantähdessä pelkästään siksi, että ne ovat osa elämää ja elämää kuvattaessa niitä ei voi sivuuttaa. Oikeus on yhteydessä niihin teemoihin, joita teoksessa käsitellään. Oikeuden avulla teoksessa kuvatut vääryydet saavat lisäulottuvuuden. Ne korostuvat.

Politiikka, moraalit ja oikeus ovat sidoksissa toisiinsa ja ne voidaan nähdä yhteiskuntajärjestyksen muodostavan kolmion kärkinä. Poliittikka toteutetaan oikeuden, oikeusjärjestyksen, avulla. Moraali vaikuttaa oikeuden sisältöön ja osaltaan ohjaa politiikkaa. Oikeusjärjestys taas rajoittaa ja luo raamit politiikan teolle. Oikeus on politiikan ja moraalin välimaastossa.¹⁴ Oikeutta voidaan käyttää myös politiikan välineenä.¹⁵ Koska politiikan ja moraalin sekä oikeuden välillä on kytköksiä, teoksesta joka käsittelee yhteiskunnallisia ja moraalisia kysymyksiä, jää väistämättä puuttumaan jotain, jos siinä juridiikka sivuutetaan.

1.3 Oikeusjärjestyksen mukaisuuden ja oikeudenmukaisuuden välinen jännite

Oikeusjärjestys muodostuu voimassa olevista oikeusnormeista. Sellainen seikka tai asiantila, joka kuuluu em. oikeusnormien soveltamisalaan ja on sopusoinnussa niiden kanssa, on oikeusjärjestyksen mukainen. Vaikka oikeusnormeilla tavoitellaan myös oikeudenmukaisuutta, normit eivät aina ole oikeudenmukaisia tai niiden soveltaminen ei aina johda oikeudenmukaiseen lopputulokseen. Oikeus ei tällöin niin sanotusti toteudu ja tällaisessa tilanteessa puhutaankin joskus jopa oikeusmurhasta.

Oikeusjärjestys voidaan kokea epäoikeudenmukaisena sekä kollektiivisesti että yksilöllisesti. Esimerkiksi verolakeja voidaan pitää joitakin ryhmiä suosivina ja siksi epäoikeudenmukaisina muiden kannalta. Tuomioistuimessa juttunsa hävinnyt yksittäinen osapuoli pitää useimmiten epäoikeudenmukaisena, vaikka se olisikin täysin lainmukainen.

¹⁴ Tuori s. 76.

¹⁵ Kuten työväenyhdistys Riento tekee Laurilan Anttoon hädän kohdalla, TPA I s. 268-270.

Koska oikeusjärjestyksen mukaisuus ja oikeudenmukaisuus eivät läheskään aina kohtaa, on niiden välillä jännite. Mitä leveämpi oikeusjärjestyksen ja oikeudenmukaisuuden välinen kuilu on, sitä voimakkaampi on myös jännite. Yhteiskunnan toimivuuden ja yhteiskuntajärjestyksen kannalta jännite on haitallinen. Epäoikeudenmukaiseksi koettu oikeusjärjestys ei kannusta yhteiskunnan jäseniä pyrkimään yhteiseen hyvään ja aiheuttaa epävarmuutta. Pahimmillaan jännite purkautuu vallankumouksena ja lievimmillään yksittäisenä kansalaistottelemattomuutena. – Linnankin mukaan vallankumouksen pontimena on oikeuden taju, jota on loukattu.¹⁶

Oikeusjärjestyksen mukaisuuden ja oikeudenmukaisuuden välisen eron havainnollistamisessa voidaan käyttää hyväksi Kaarlo Tuorin oikeuden tasojaottelua.¹⁷ Jaottelu myös jäsentää oikeutta yhteiskunnallisena ilmiönä ja samalla kuvaa sitä kerroksisena rakenteena. Tasoja voidaan erottaa ainakin kolme: oikeuden pintataso, oikeuskulttuurin taso, oikeuden syvärakenne. Oikeuden pintataso muodostuu normatiivisesta aineistosta kuten laeista, asetuksista ja ennakkopäätöksistä. Oikeuden kulttuuritasoon voidaan paikallistaa oikeusperiaatteet, yleiset opit ja oikeusteoriat. Oikeuden syvärakenne voi muodostua moraalista, oikeusideologioista, yhteiskuntapoliittisista aatteista jne.¹⁸

Tasojen rajat ovat häilyviä. Voidaan esimerkiksi kysyä, kuuluvatko oikeustieteen tulokset pintarakenteeseen vai kulttuuritasoon, mihin perusoikeudet sijoittuvat jne. Tasot muuttuvat eri tahtiin, pintarakenne nopeimmin ja syvärakenne hitaimmin. Tasot ovat jatkuvassa vuorovaikutuksessa keskenään. Esimerkiksi moraalikäsitukset vaikuttavat lakeihin ja lait vaikuttavat yleiseen moraliin. Tasojen vaikutuksesta oikeuden sisältöön voidaan esittää eri käsityksiä. Oikeuden voidaan nähdä ilmenevän vain pintarakenteen normatiivisesta aineistosta (laeista, asetuksista, ennakkopäätöksistä jne.) tai sen voidaan väittää koostuvan kaikesta, mikä vaikuttaa oikeudelliseen ajatteluun (esim. oikeudenmukaisuuskäsityksistä).¹⁹

Oikeudenmukaisuus liittyy arvoihin sekä moraliin ja oikeuden tasojaottelussa se sijoittuu syvärakenteeseen. Oikeudenmukaisuusvaatimus voidaan tosin nähdä myös oikeuden kulttuuritasoon kuuluvana periaatteena. Voimassa olevan oikeusjärjestyksen näkyvä sisältö taas määräytyy ensi sijassa rationaalisesti eikä arvojen perusteella ja se ilmeneekin lähinnä oikeuden pintarakenteessa. Vallitsevat oikeudenmukaisuuskäsitykset

¹⁶ Linna, *Esseitä* s. 128.

¹⁷ Ks. tästä Tuori s. 36-73.

¹⁸ Vrt. Stormbomin tapaa tarkastella trilogiaa tasoittain: toimintataso, yhteiskunta ja historianfilosofinen taso, eettismetafyysinen taso, *Stormbom* s. 235-278.

¹⁹ Sanalla oikeus voi olla suppeampi tai laajempi merkityssisältö puhujasta ja asiayhteydestä riippuen, vrt. myös s. 421.

muuttuvat eri tahtiin kuin oikeusjärjestys. Oikeudenmukaisuuskäsitykset vaikuttavat oikeusjärjestyksen muotoutumiseen ja oikeusjärjestys taas oikeudenmukaisuuskäsityksiin. Esimerkiksi oikeudenmukaisuuskäsitykset vaikuttavat lainsäätäjän toimintaan ja lait taas ihmisten käsityksiin siitä, mikä on oikein ja mikä väärin.

Pohjantähdessä käsitellään oikeutta sen kaikissa em. tasoissa. Yksilöllinen ja kollektiivinen epäoikeudenmukaisuus kytketään siinä oikeusjärjestykseen. Oikeudellisia jännitteitä kuvataan useita. Jussin ja pappilan välinen kontrahti kuvataan silloisen oikeusjärjestyksen mukaisena, mutta se ilmenee epäoikeudenmukaisena oikeussuhteena. (Tästä puhutaan tarkemmin edempänä jaksossa 6.) Laurilat häädetään torpastaan käytännössä pelkän suunsoiton perusteella, kun torpan paikka on taloudellisesti tarkoituksenmukaisempaa antaa maanomistajan sukulaisen käyttöön kaupan pitopaikaksi. Otto Kivivuori muistuttaa turhaan Töyryn isäntää erosta, joka on lain ja oikeudenmukaisuuden välillä (TPA I s. 265). Häätö toteutetaan lain mukaisesti, mutta se sotii lukijan oikeustajua vastaan. Kertojan mukaan ”tuomarikin tunsi päätöksen antaessaan tehneensä vääryyttä. Mutta se oli lain mukainen” (TPA I s. 272). Janne Kivivuori muilutetaan ja hän nostaa asiasta prosessin, mutta häviää juttunsa riittävän näytön puuttuessa. Tuomarilla on vapaan todistusharkinnan mahdollisuus ja hän voisi päätyä myös langettavaan tuomioon. Näin ei kuitenkaan tapahdu pitkälti painostuksen vuoksi (TPA I s. 302-303). Lukija tietää tuomion vääräksi, vaikka se onkin lainmukainen. Tämä tuntuu epäoikeudenmukaiselta. Räättäli Halme näkee moraalissa lakia ylemmän oikeuden. Puhuttuaan keisaria vastaan hän joutuu nimismiehen puheille, mutta katsoo itse edustavansa laillisuutta ja nimismies laittomuutta (TPA I s. 200-201). Lauriloiden häädöstä syntyneistä lainvastaisista rettelöistä hän lausuu paronille, että ”käsittääkseni kukaan alkeellisimmallakaan oikeudentunnolla varustettu ihminen ei voi sanoa että olisimme tehneet väärin” (TPA I s. 300).²⁰

Kollektiivisesta epäoikeudenmukaisuudesta hyvänä esimerkkinä on vuoden 1899 helmikuun manifesti, jonka suomalaiset ja myös romaanin henkilöt kokevat hallitsijanvakuutuksen rikkomisena ja vallankaappauksena.²¹ Tsaarilla oli kuitenkin venäläisten tulkinnan mukaan täysi oikeus määrätä lakien valmistelu- ja säätämisyjärjestyksestä koko valtakunnassa – niin kuin pappilalla Koskelan maista.²² Myös torppareiden asema on Pohjantähdessä laajempi kysymys kuin vain Koskeloiden ja pappilan

²⁰ Ks. myös Halmeen puolustuspuhe kenttäoikeudelle, TPA II s. 396-397.

²¹ Ks. TPA I s. 168.

²² *Jyränski* s. 449-452. Linna rinnastaa manifestin ja Koskelan maiden palautuksen, *Varpio* s. 469.

tai Lauriloiden ja Töyryn välinen.²³ Oikeusjärjestyksen mukaiset maanomistusolot aiheuttivat monissa torppareissa – vaikka heidän asemansa ei kaikkein huonoin ollutkaan – epäoikeudenmukaisuuden tunnetta, joka omalta osaltaan saattoi vaikuttaa sisällissodan syntyyn. Oikeusjärjestyksen mukaisuuden ja oikeudenmukaisuuden välinen jännite purkautui kapinana laillista yhteiskuntajärjestystä vastaan.²⁴

Maalaisväestön ja torpparilaitoksen merkitys sisällissodan synnylle on kiistanalainen. Linna katsoi, että pelkkä kaupunkiväestö ei olisi voinut yksin lähteä kapinoimaan. Stormbom perustelee vastaavaa käsitystä esitellen lukuja maanomistusolojen jälkeenjääneisyydestä Suomessa verrattuna muihin maihin.²⁵ Rasilan mukaan torpparikysymyksen osuus sisällissodan syttymisessä ja rintamajaossa oli käytännöllisesti katsoen olematon. Maanvuokraajat olivat suurimmalta osalta passiivisia ja liittyivät yhtä runsaasti valkoiselle kuin punaisellekin puolelle. Tosin esimerkiksi juuri Pohjantähden esikuvapitäjässä Urjalassa torppareita liittyi erityisen paljon punaisiin. Torpparien merkitys olikin Rasilan mielestä lähinnä vain siinä, että vallankumousjohto luotti sodan tielle lähtiessään maanvuokraajien tukeen.²⁶ Eri näkemyksistä ja niiden oikeellisuudesta riippumatta torppareita koskevalla kuvauksella Linna on joka tapauksessa voinut ilmentää sitä, että sisällissodan syntyemisessä oli kyse myös yhteiskunnallisiin epäkohtiin perustuvasta kollektiivisesta epäoikeudenmukaisuuden tunteesta.²⁷

Linna itse lausuu oikeudellista jännitettä ja sen purkautumista sivuten, että ”juridisessa mielessä vuoden 1918 punaisten motiiveille ei voinut tehdä oikeutta, koska kapinallisten motiivit ovat aina juridisesti tuomittavia. Mutta heille piti tehdä oikeutta moraalisisessa mielessä, ymmärtää tilanne yhteiskunnallisten epäkohtien valossa”.²⁸

Juristilukijalle oikeusjärjestyksen mukaisuuden ja oikeudenmukaisuuden välinen jännite on ikuisuuskysymyksenä aina mielenkiintoinen ja ajatuksia

²³ Tässä Linna rinnastaa Suomen itsenäistymis- ja torpparien vapautumisyritykset.

²⁴ Anttoon ja muiden pentinkulmalaisten kuolemantuomioissa oikeusjärjestyksen ja oikeudenmukaisuuden välinen jännite jää heikoksi sen vuoksi, etteivät kuolemantuomiot perustuneet laillisiin menettelyihin ja syihin ja olivat tämän vuoksi enemmänkin oikeusjärjestyksen ulkopuolisia tapahtumia. Ks. *Kekkonen* s. 89.

²⁵ *Varpio* s. 429 ja *Stormbom* s. 184-185.

²⁶ Ks. *Rasila* 1970 s. 327-339. Linna perusti torpparikysymystä koskevat tietonsa erityisesti Warénin tutkimukseen Torpparioloista Suomessa (1898), *Vuotila* s. 112. Hänellä ei ollut vielä käytössään Rasilan kattavia tutkimuksia Suomen torpparikysymys vuoteen 1909, Helsinki 1961 ja Torpparikysymyksen ratkaisuvaihe, Helsinki 1970. Ks. Rasilan kritiikin pinnallisuudesta Linnan torppariolojen tuntemuksesta, *Varpio* s. 422-423.

²⁷ Sisällissota oli yhteiskunnallisen jälkeenjääneisyyden purkaus, minkä Linna halusi taiteilijana havainnollistaa, *Vuotila* s. 111 ja s. 117-118.

²⁸ *Varpio* s. 437 alaviite 93.

herättävä. Siinä on kyse oikeuden perusasioista: mistä oikeus muodostuu ja miten oikeus toteutetaan. Tämä jännite ja oikeuden perusolemus on kiinnostanut filosofeja ja juristeja aina antiikin Kreikasta lähtien.²⁹ Pohjantähti vie lukijan kuin huomaamatta näiden kysymysten äärelle.

1.4 Pohjantähti ja juristilukija

Pohjantähti on yksi eniten luetuista kaunokirjallisuuden teoksista Suomessa. Se lienee kolmen myydyimmän suomalaisen romaanin joukossa heti Tuntemattoman sotilaan ja Sinuhe egyptiläisen jälkeen. Lisäksi teosta edelleen lainataan kirjastoista huomattavia määriä ja se on yhä suosittu suomalaisten lukijoiden keskuudessa.³⁰ Myös lainkäyttäjät ovat lukeneet ja lukevat Pohjantähteä eläytyen sen tapahtumiin mutta myös teoksessa ilmenevään juridiikkaan.

Vaikka Pohjantähti on kaunokirjallinen eikä oikeustieteellinen teos, juristilukija ei voi sitä lukiessaan poistaa mielestään juridista tietämystään ja osaamistaan. Hän lukee teoksen oikeudellisen aineksen juristina – ammatillisen oikeuskulttuurin sisäistäneenä henkilönä – tahtoipa hän sitä tai ei. Juristilla on sellaista tietoa oikeusjärjestyksestä, jota hän ei välttämättä aktiivisesti ajattele lukiessaan mutta joka seuraa häntä ja vaikuttaa niihin elämyksiin, joita hän teoksesta saa. Yhteiskunnallista romaania lukiessaan hän on herkistynyt oikeudellisille kysymyksille.

Oikeudellinen tieto voi olla diskursiivista tai praktista. Diskursiivisesta tiedosta lukija on välittömästi tietoinen, esimerkiksi jostain lainsäännöksestä. Praktinen tieto taas koostuu opituista itsestään selvyyksistä, esimerkiksi siitä, että lainsäännöstä on noudatettava.³¹ Tällaisen ammatillisen tiedon ja osaamisen vuoksi juristi saa teoksesta – ei pelkästään esteettisiä – vaan myös oikeudellisia elämyksiä. Mitä yleisempää oikeudellinen tieto on, sitä helpommin ja luontevammin se vaikuttaa lukijaan. Sen sijaan tietämys jostain erityisestä lainsäännöksestä ei välttämättä vaikuta lukukokemuksessa samalla tavoin. Se ei ”liukene” lukuelämyksen kanssa toisin kuin

²⁹ Pelkistäen voi sanoa, että oikeudellinen ajattelu (vrt. oikeudenmukaisuus) syntyi Ateenassa ja oikeusjärjestys Roomassa, *Aarnio* 3/98 s. 2.

³⁰ Esim. pelkästään Tampereen kaupunginkirjastossa on lainattavia suomenkielisiä niteitä koko teoksesta yli 70 kappaletta ja kirjaston tietopalvelusta saadun tiedon mukaan teoksen lainaaminen on erittäin aktiivista.

Keväällä 2008 YLE Teeman Kirjamaaohjelman ja Suomen Kustannusyhdistyksen järjestämässä äänestyksessä, missä ehdolla oli 150 suomalaista teosta ja ääniä annettiin yli 3000, Täällä Pohjantähden alla sai eniten ääniä ja valittiin Historia ja yhteiskunta -sarjassa Rakkaimmaksi suomalaiseksi kirjaksi.

³¹ Ks. *Tuori* s. 37-38.

esimerkiksi tieto sopimusoikeuden yleisistä opeista, joka on juristilukijan tajunnassa kuin huomaamatta taustalla.

Vastaavasti muidenkin ammattiryhmien edustajat tai teoksen teemoista erityistietämystä omaavat lukijat, kuten sosiaalipolitiikan tutkijat tai maanviljelijät, voivat saada trilogiasta erityiselämyksiä. Ne lukijat, jotka itse ovat kokeneet teoksessa kuvatut historialliset tapahtumat, saattavat eläytyä siihen voimakkaammin ja eri tavoin kuin muut.³² Elämykset voivat olla erilaisia myös eri lukukerroilla. Esimerkiksi nuorena teos on voinut näyttäytyä lukijalle hyvin erilaisena kuin aikuisiällä, jolloin tietämys teoksen aihepiiristä on kasvanut.

Oikeudellinen elämys voidaan kuvata esimerkiksi lainkäyttäjän hyvän olon tuntemuksena, kun hän osaa yhdistää oikeudellisen tapahtuman ja siihen soveltuvat säännöt ja periaatteet, eli löytää tapauksen kannalta relevantit normit lukuisten normien joukosta. Oikeudellinen elämys voi syntyä myös siitä, että lainkäyttäjä osaa soveltaa normeja niin, että oikeudellinen lopputulos on oikeusjärjestyksen kanssa sopusoinnussa. Oikeudellinen elämys voi olla nopea ahaa-elämys tai pitkän kypsyttelyn tulos. Oikeudellinen elämys voi olla vastenmielinenkin, esimerkiksi jos tasapainoista oikeaa ratkaisua ei löydy tai jos oikeussäännökset pakottavat epäjohdonmukaiselta tuntuvaan lopputulokseen.

Oikeudellinen ja esteettinen elämys eivät välttämättä poikkea toisistaan.³³ Molemmat vaativat syntyäkseen arvioitavan kohteen – oikeudellisesti relevantin seikan tai teoksen – ja tietoa. Tosin vaistonvaraisetkin seikat voivat vaikuttaa elämyskokemuksessa. Oikeudellisessa elämyksessä tarvittava tieto on usein diskursiivista mutta ei välttämättä. Esimerkiksi juristimatkaileja, joka lukee osanottajatodistuksestaan, ettei varattua matkaa voi edes vakavan sairauden vuoksi perua, kokee ehdon sitomattomana, vaikka ei lakikirjasta tarkastamatta tiedäkään mihin normiin tuntemus perustuu.

Taiteellisesta teoksesta, esimerkiksi öljymaalauksesta saatava kau-neuselämys, ja oikeudellisesta seikasta, esimerkiksi vahingonkorvauksen sovittelusta saatava oikeudellinen elämys, voivat olla hyvinkin samanlaiset. Molemmissa elämys voi perustua kohteen harmoniaan. Klassisessa taide-teoksessa harmonia voi ilmetä esimerkiksi värien käytössä ja oikeudellisessa ratkaisussa lopputuloksen kohtuullisuudessa ja tasapainoisuudessa osapuolten kannalta.³⁴ Elämys voi perustua myös jäsentämisestä saatavaan

³² Ks. *Varpio* s. 499-502.

³³ Makkosen mukaan mielikuvituksen ja oivaltamisen psyykinen mekanismi voi taiteilijalla ja oikeustieteilijällä olla varsin samanlainen, *Makkonen* s. 189.

³⁴ *Pöyhönen* 1988 s. 94. Ks. esimerkkinä oikeuden ja taiteen yhdistämisestä Paasilehdon ja Pöyhösen Oikeus ja kohtuus -niminen Nelinäytöksinen varjoteatteri, *Paasilehto – Pöyhönen* s. 561-577.

mielihyvään. Moderni teos taas voi olla epäharmoninen ja vaikeasti jäsennettävissä samalla tavoin kuin monimutkainen usealle oikeudenalalle ulottuva oikeustapaus, jonka ratkaisemiseen soveltuvat normit näyttävät aluksi olevan ristiriidassa keskenään.³⁵

Jos kaunokirjallisessa teoksessa kuvataan oikeudellinen tapahtuma, voi juristilukija saada esteettisen ja oikeudellisen elämyksen yhtäaikaaisesti eikä hän ilman tietoista erittelyä niitä välttämättä erota toisistaan. Esimerkiksi kun Pohjantähdessä tuomari vapauttaa Janne Kivivuoren muilluttajat syytteistä riittävän näytön puuttuessa, juristilukija – niin kuin muutkin lukijat – kokee mielihyvää ratkaisun epäoikeudenmukaisuudesta.³⁶ Mutta samanaikaisesti hän kokee mielihyvää, kun vapauttava tuomio ei perustu siihen, että syytetyt eivät olisi tekoja tehneet. Koska syytteet kaatuvat rikosprosessuaalisiin näyttövaatimuksiin eikä syyksiluettavuuden puuttumiseen, tuomioistuimen päätös teoriassa mahdollistaa sen, että syytetyt ovat tuomioistuimenkin (tuomarin) mielestä syyllisiä, mutta heitä vain ei voi tuomita. Kertoja tarjoilee tämän ajattelumallin lukijalle, mutta sitä ei ehkä muut kuin juristit ainakaan automaattisesti oivalla.³⁷

Kirjallinen teos voi vaikuttaa lukijan todellisuuskäsityksiin, jos teoksen maailmaan sisältyy samanlaisia kokemuksia tai kokemisen mahdollisuuksia kuin todellisuus sisältää.³⁸ Fiktio ja todellisuuskäsitys voivat myös sekoittua, kun eläytyminen on riittävää ja teoksen tarina on riittävän uskottava.³⁹ Esimerkiksi Tuntematon sotilas ohjasi aikanaan monien veteraanien muistoja sotakokemuksista eli käsitystä eletystä todellisuudesta.⁴⁰ Teoksen tarina voi myös kulkea sillä tavoin todellisuuden ja fiktion rajamaastossa, että lukijan on vaikea erottaa niitä toisistaan.

Historiallisen romaanin kirjoittajalla on toisin kuin historian tutkijalla vapaus sekoittaa fiktio ja todellisuus keskenään. Lukijan tehtävänä on pystyä erottelemaan ne. Se voi kuitenkin olla vaikeaa, ellei mahdollonta, jos lukijan tiedot teoksessa käsitellystä todellisuudesta (historiasta)

³⁵ Moderni taideteos voi olla myös sellainen, missä mielihyvä tulee juuri epätasapainoisuudesta. Oikeudellinen elämys ei sen sijaan voine olla ilman tasapainoa positiivinen.

³⁶ Kaunokirjallisesta teoksesta saatavaa epäoikeudenmukaisuuden tunnetta voitaneen pitää esteettisenä eikä oikeudellisenä kokemuksena.

³⁷ ”Tuomari ei kuitenkaan perustellut päätöstä sillä, että syytetyt olisi havaittu syyttömiksi, vaan sitovien todistusten puutteella”, TPA III s. 303.

³⁸ *Häyhä* 1990 s. 59.

³⁹ Ylikankaan mukaan kirjailijan luomien hahmojen ja tapahtumien on oltava uskottavia. Tällä edellytyksellä voi historiallinen romaani olla tutkimustakin merkittävämpi menneisyyden kuvaaja ja selittäjä, *Ylikangas* s. 98. Tähän täytynee täsmällisyyden vuoksi vielä lisätä, että uskottavuuden täytyy perustua dokumentoituun tietoon eikä vain kuvauksen erinomaisuuteen. Ks. myös *Linna*, *Esseitä* s. 429-430 ja *Varpio* s. 471-473.

⁴⁰ *Varpio* s. 642.

ovat puutteelliset tai oikeaa objektiivista (tieteellistä) tietoa ei ole edes saatavilla. Tuolloin on vaarana, että fiktiivisistäkin teoksen osista tulee lukijalle historiallisia totuuksia. Näin lienee osaltaan käynyt Linnan romaanien lukijoille.⁴¹

Elämysten kautta kirjallinen teos voi vastavuoroisesti vaikuttaa todellisuuteen, kun teoksessa oleva kritiikki ”oikeassa elämässä” vallitsevia vääryyksiä kohtaan siirtyy lukijan ajattelun kautta vaikuttamaan hänen toimintaansa.⁴² Pohjantähdessä on kuvattu useita oikeusteoreettisia ongelmia ja oikeudellisia tapahtumia, jotka voisivat olla todellisia. Ne on riittävän uskottavasti esitetty, että juristi voi niihin eläytyä.⁴³

Vaikka asiaa ei voidakaan todistaa, voidaan perustellusti väittää, että Pohjantähti on osaltaan vaikuttanut ja vaikuttaa sitä lukevien juristien ajatteluun. Linnan katsotaan vaikuttaneen yleiseen mielipiteeseen, muun muassa yhteiskunnalliseen oikeudenmukaisuuskäsitykseen, enemmän kuin kukaan muu yksittäinen kirjailija Suomessa.⁴⁴ Jos tämä väite pitää paikkaansa, Pohjantähti on vaikuttanut ja vaikuttaa lainkäyttäjien toiminnan kautta myös oikeusjärjestykseen.⁴⁵

2 OIKEUSTIETEEN KEHITYKSESTÄ PENTINKULMALTA NYKYPÄIVÄÄN

Kuten edellä todettiin, suomalaista oikeusajattelua hallitsi 1800-luvun lopulle tullessa oikeuspositivismi. Sen mukaan kirjoitettu laki ja muu asetettu oikeus olivat ainoa oikeuslähde. Oikeutta ei voinut etsiä luonnonlaeista, uskonopeista tai arvoista. Laki oli myös rationaalisuuden yläpuolella sikäli, että sitä oli noudatettava, vaikka se olisi johtanut epätoivottuihin lopputuloksiin. Lain auktoriteettiperusteluksi riitti, että sen oli antanut yhteiskunnan ylin päättävä elin, suvereeni lainsäätävä, tuolloin valtiopäivät.

⁴¹ Esim. urjalalaiset yleisesti pitävät Pohjantähteä pitäjänsä historiana. Ks. teoksen liiallisesta kiinnittämisestä Urjalaan ja Honkolaan lukijoiden mielissä, *Varpio* s. 420-421.

⁴² Ks. *Häyhä* 1990 s. 52 ja 62. Ks. myös *Linna*, *Esseitä* s. 319 ja 379.

⁴³ Linnan lukeneisuus ja perehtyneisyys teoksen aihepiiriin oli huomattava, *Varpio* s. 422-429. Tämä ilmenee myös juridisen aineiston käsittelystä, missä ei juuri virheitä ole.

⁴⁴ *Stormbom* s. 279.

⁴⁵ Toki teos on vaikuttanut ja vaikuttaa myös lainsäätäjiin ja heidän kauttaan oikeusjärjestykseen.

Luonnonoikeuden aikaiset Olaus Petrin tuomarinohjeet, kuten, mikä ei ole oikeus ja kohtuus, ei voi olla lakikaan, eivät olleet tuolloin voimissaan.⁴⁶

Oikeuspositivismille oli tyypillistä kaksinaisuus. Yhtäältä tuomari oli sidottu lain kirjaimen ja korostettiin, ettei hän saanut luoda oikeutta. Toisaalta, kun tuomarin tehtävänä oli järkeillä oikeus lain kirjaimesta esiin, hän joutui muodostamaan uusia käsitteitä, koska lait eivät olleet tuolloinkaan täydellisiä. Tämän käsitelainopillisen suuntauksen mukaan täydentäminen saattoi kuitenkin tapahtua vain juridisin perustein, oikeusjärjestelmän sisällä.⁴⁷ Oikeudenkäyttö piti pitää erillään arvoista. Oikeuspositivismi näki ja näkee oikeuden vain siinä, mitä edellä on kuvattu oikeuden pinta-rakenteeksi.

Suomalaiseen oikeuspositivismiin liittyy myös legalismi, joka ilmeni luottamuksena lakiin ja lain tinkimättömän noudattamisen vaatimukseen. Legalismille oli Suomessa vuosisadan vaihteessa otollinen maaperä. Sortokausien aikaan vuosina 1899–1905 ja 1908–1917 suomalaisilla ei ollut muita keinoja taistella sortotoimenpiteitä vastaan kuin oikeudellinen argumentointi. Ns. oikeustaistelijat korostivat Suomen autonomisen aseman lainsäädännöllistä pohjaa omien, Ruotsin vallan ajoilta perittyjen perustuslakien mukaisesti.⁴⁸ Legalismin historiallisena syynä lienee myös se, että oikeus koostui niin pitkään – Kustaa III:n itsevaltiuden ajoista lähtien – ylhäältä päin annetuista määräyksistä eikä alhaalta päin luoduista oikeudenmukaisuuteen tähtäävistä säännöistä ja käytännöistä. Edelleen katsotaan, että Suomessa lain kunnioitus on vahvempaa kuin muualla, mikä ilmenee esimerkiksi eurooppaoikeuden tinkimättömässä voimaansaattamisessa ja noudattamisessa.⁴⁹

On esitetty, että vuoden 1918 jälkiselvittelyt osoittaisivat, ettei legalismilla sittenkään ollut Suomessa vahvaa jalansijaa.⁵⁰ Kenttöoikeuksien oikeudellinen asema oli kyseenalainen ja niiden toimintaan sisältyi mer-

⁴⁶ Ks. tuomarinohjeista, *Aarnio* 1986 s. 75 ss. Pohjantähdessäkin vedotaan (Janne Kivivuori kenttöoikeudelle) tuomarinohjeisiin, TPA II s. 392.

⁴⁷ Käsitelainoppi oli saksasta peräisin oleva ajatussuunta, joka erotti oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset täysin sen sisällöstä. Jokaiselle oikeudelliselle ilmiölle oli mahdollista löytää loogisen päättelyn keinoin oma paikkansa oikeusjärjestyksessä, josta voitiin myös johtaa ratkaisu ongelmaan.

⁴⁸ Legalismia kuvastaa myös Runebergin maaherra Wibeliuksen suuhun laittamat sanat: ”Te voiton saitte. Teillä on valta nyt. Siis minun tehkää, miten mielikää. Mut laki, ennen mua syntynyt, myös jälkehenei jää.” Pohjantähdessä sekä Halme että Rautajärvi siteeraavat Wibeliusta, TPA I s. 202 ja TPA III s. 510.

⁴⁹ *Letto-Vanamo* s. 27-28.

⁵⁰ *Tuori* s. 118.

kittäviä laittomuuksia.⁵¹ Toisaalta niiden toimivalta ja tuomiot pyrittiin kietomaan oikeuden kaapuun eli ainakin näennäisesti haluttiin noudattaa laillisuutta. Lisäksi voidaan väittää, että jälkiselvittelyissä syyllistettiin ainakin alkuun sillä tavoin mielivaltaan, ettei kyse ollut enää sellaisesta valtiollisesta oikeudellisesta toiminnasta, jossa legalismilla tai muullakaan oikeudellisella ajattelumallilla olisi ollut todellista merkitystä. Näin siitä huolimatta, että kenttäoikeuksien toiminta pyrittiinkin perustelevaan oikeudellisesti. Myöskään valtiorikosoikeuksien perustaminen 29.5.1918 ja niiden toiminta ei kaikilta osin täyttänyt legalismin vaatimuksia.⁵² Toisaalta nekin olivat erittäin poikkeuksellisessa tilanteessa perustettuja tilapäisiä erityistuomioistuimia. Mahdollisesti enemmän kuin sisällissodan niin lapualaisliikkeen jälkiselvittelyissä voidaan nähdä todellista legalismista luopumista poliittisten tarkoituksien, mutta ei niissäkään vallitsevien (epä)oikeudenmukaisuussyiden, vuoksi. Kyse olikin lapualaisliikkeen jälkiselvittelyissä ehkä enemmän oikeuden väärinkäytöstä eikä niinkään siitä, että oikeuteen olisi suhtauduttu uudella tavalla.

Tultaessa Pohjantähden ilmestymisen ajoille käsitelainoppi oli saanut kilpailijakseen ns. analyttisen oikeustieteen. Sen perussanomana oli, että oikeutta ei tullut etsiä vain käsitteistä päättelemällä, vaan niitä hajotamalla. Käsitteet eivät olleet absoluuttisia vaan suhteellisia. Esimerkiksi omistusoikeuden käsite ei analyttisen teorian mukaan voinut olla pistemäinen asiantila, vaan moniulotteinen ilmiö. Siihen kuului oikeus hallita ja käyttää esinettä, mutta sen lisäksi myös suoja muita vastaan, joita voivat olla sekä ulkopuoliset että muut omistajaksi itseään väittävät henkilöt. Analyttinen oikeustiedekin piti kuitenkin vieraana moraalilauseiden ja arvojen sekoittamista oikeuteen.

Vasta 1970-luvulle tultaessa oikeustiede alkoi yhteiskunnallistua. Oikeudellisen ajattelun annettiin vähitellen irtaantua pelkistä juridisista käsitteistä. Oikeudellinen tulkinta ja perusteleva sallittiin myös arvopitoisilla argumenteilla. Oikeutta alettiin systemoida muullakin tavoin kuin juridisin käsittein, esimerkiksi sosiaalisin painotuksin. Muun muassa sopimusoikeuden nähtiin vähitellen muuttuneen edustamaan hyvinvointivaltiollista käsitystä oikeudesta. Oikeuskulttuuritasoon ja syvärakenteeseen kuuluvien elementtien katsottiin taas olevan osa oikeutta niin kuin oli ollut asiantila ennen oikeuspositivismin valtaan nousua. Vaikka oikeustieteellisen tutkimuksen ja opetuksen painopiste oli edelleen säännösten tulkinnassa ja systemoinnissa, oikeustieteellinen tutkimus alkoi uudelleen lähentyä muita

⁵¹ *Kekkonen*. s. 43–48. Linna kuvaa tätä erityisesti Janne Kivivuoren puheessa kenttäoikeudelle, TPA II s. 391–393.

⁵² Ks. *Kekkonen* s. 117–118.

tieteitä ja sen eristäytyminen lieveni. Alettiin puhua ns. jälkianalyttisesta vaiheesta, joka ei ole vielä päättynyt.⁵³

Verrattaessa Pohjantähden ilmestymisajan ja nykypäivän juristin käsityksiä oikeudesta voidaan yleistäen lausua, että nykypäivän juristin käsitys oikeudesta on laajempi. Paremmin kuin 1950–60-luvun legalisti nykypäivän juristi ymmärtää, että arvoväritteissä kysymyksissä – kuten kuka on oikeutettu hedelmöityshoitoon tai mikä on sosiaalinen suorituseste asuntovelan maksussa – myös oikeudenmukaisuus tulee aina mukaan juridiseen harkintaan. Tämän päivän tuomari ei voi oikeuden nimissä kääntää selkäänsä oikeudenmukaisuudelle, vaan hänen on nähtävä pintaa syvemmälle. Lakien tulkintaa ei voi ainakaan kiperissä tapauksissa puhdistaa moraalista ja oikeudenmukaisuudesta. Vaikka laintulkinnan lähtökohtana onkin lain kirjain, tuomari joutuu punnitsemaan oikeudellisen ratkaisun vastakkaisia seurauksia ja asettamaan ne oikeudenmukaiseen suhteeseen keskenään. Tämän arvostuksen hän tekee yrittäen samalla tavoittaa jotakin sellaista, mikä sillä hetkellä koetaan yhteiskunnassa yleisesti oikeudenmukaiseksi.⁵⁴

Tuomari on, tai ainakin hänen pitäisi olla, yhteiskunnassa vallitsevien oikeudenmukaisuuskäsitysten tuntija. Tosin vallitsevien oikeudenmukaisuuskäsitysten tunnistaminen voi olla vaikeaa ja aina niitä ei edes olekaan. Oikeudenmukaisuuskäsitykset voivat vaihdella yhteiskunnan eri ryhmien kesken. Trilogiassa esimerkiksi Ellen Salpakari, ylemmän luokan edustaja, saattoi pitää Jussin maiden palauttamista pappilaan myös oikeudenmukaisena eikä pelkästään laillisena toimenä.⁵⁵ Ylempi luokka käsitti oikeutensa väen tuottamiin hyödykkeisiin täysin kiistattomana eikä voinut ymmärtää sen vaatimuksia.⁵⁶ Kartanon paroni piti torpparilaitosta moraalisesti täysin oikeutettuna ja vieläpä torpparien vapautusta ryöstöön verrattavana omaisuuteen puuttumisena.⁵⁷ Teos on kuitenkin kirjoitettu Jussin, alemman luokan näkökulmasta, ja niin maiden palauttaminen pappilalle kuin koko torpparijärjestelmäkin kuvataan epäoikeudenmukaisina seikkoina.

Tuomari ei liioin saa piiloutua pykälien taakse, vaan hänen tulee avoimesti perustella, mikä hänen mielestään on oikein niiden säännösten määräämissä raameissa, joita kulloinkin pitää soveltaa. Tämän päivän tuomari ymmärtää, että oikeus on enemmän kuin oikeuden pintarakenne ja oikeuden syvempien kerrosten pitää myös vaikuttaa oikeudellisessa

⁵³ Tuori s. 147 ss.

⁵⁴ Aarnio 3/98 s. 7 ja Aarnio 1986 s. 28-33, 126-132.

⁵⁵ Ks. TPA I s. 149-150, s. 212 ja s. 271.

⁵⁶ Jakonen s. 229.

⁵⁷ Linna, Esseitä s. 111.

harkinnassa. Jollei hän näin tee, oikeus ei ole ihmisten mielestä legitiimiä eli asianmukaista ja hyväksyttävää.⁵⁸

3 KYSYMYKSEN ASETTELUSTA JA NÄKÖKULMISTA

Pohjantähti on ollut kirjallisuustieteellisen ja historian tutkimuksen kohteena. Teoksesta on kirjoitettu monia artikkeleita, esseitä, opinnäytteitä ja ainakin (osin) yksi väitöskirja, Jyrki Nummen ”Jalon kansan parhaat voimat”. Teosta on lähestytty useista eri näkökulmista. Lopullisena pidettävää arviota teoksesta ei ole esitetty eikä sellaista todennäköisesti koskaan tulla esittämäänäkään.⁵⁹

Yhtään oikeustieteellistä kirjoitusta teoksesta ei nähtävästi ole julkaistu. Tähän lienee perimmäisenä syynä oikeus kirjallisuudessa -tutkimuksen vähäisyys Suomessa eikä niinkään se, että teos olisi vähämerkityksellinen oikeudellisissa mielessä.⁶⁰ Juridisista näkökulmista tehtyjen tutkimusten puuttumisen vuoksi teos on ”vapaa” monenlaisille oikeudellisille kysymyksen asetteluille.

Pohjantähti ei ole oikeustieteellinen teos. Juridiikka ei ole teoksessa pääosassa, vaan se on siinä enemmänkin tarinan renkinä kuin isäntänä. Teoksessa ei kuvata oikeutta tapahtumien valossa vaan toisinpäin. Vaikka teos sisältää paljon juridiikkaa, siinä ei käsitellä oikeudellisia normeja lainopillisesti. Oikeudelliset säännöt ilmenevät siinä pääsääntöisesti vain rivien välissä. Teoksen juridiikkaa ei ole modernisoitu kirjoitushetken aikaan, vaan oikeudelliset ilmiöt on kuvattu tarinan tapahtumien aikaisessa valossa. Sellainen lainopillinen tutkimusote, jossa Pohjantähden avulla pyritäisiin selvittämään sen kirjoittamisaikaisen oikeuden tilaa puhumattakaan nykyoikeuden tilasta, onkin hyödytön. Teoksesta ei saa vastauksia sellaisiin kysymyksiin kuin minkälaiset teot olivat tai ovat oikeusjärjestyksen mukaan rikoksia, mitä oikeuksia maanvuokraajalla on, kuka vastaa avioliiton ulkopuolisen lapsen elatuksesta jne.

Vaikka Pohjantähti on kaunokirjallinen teos, se on ollut hyvin tarkan historiakritiikin kohteena. Tähän lienee ollut suurimpina syinä teoksen aihepiiri ja sen ilmestymisajankohta. Perinteisen historiatutkimuksen näkö-

⁵⁸ *Aarnio* 3/98 s. 6-7 ja *Aarnio* 1986 s. 188-190.

⁵⁹ *Arnkil – Sinivaara* s. 7-11 ja 27.

⁶⁰ Ainoa tietooni tullut oikeustieteellinen työ aiheesta on professori *Heikki Halilan* julkaisemat esitys ”Väinö Linnan oikeuskäsityksestä romaanitrilogiassa Täällä Pohjantähden alla” oikeusteorian seminaarissa Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tdk:ssa 1983, ks. *Makkonen* s. 190.

kulmasta siitä on löydettykin monia ”virheitä”.⁶¹ Virheet eivät kuitenkaan ole olleet olennaisia eivätkä ole vaikuttaneet teoksen uskottavuuteen.⁶² Historiatutkimuksen avulla teoksen selittämisessä ja tulkinnessa ei ole päästykään pintaa syvemmälle. Se on vain ikään kuin asetettu (tai pyritty asettamaan) oikealle paikalleen suhteessa historian tutkimukseen.

Pohjantähti on moniulotteinen ja kerrosteinen teos – historiallinen romaani – jonka pysyvämmät arvot ovat muualla kuin todellisuuden kuvaamisessa.⁶³ Siinä todellinen historia on vain raami, mihin kuva on asetettu.⁶⁴ Tämän vuoksi myöskään oikeushistoriallinen tutkimusote ei liene Pohjantähden kohdalla tarkoituksenmukainen. Esimerkiksi sellaisten seikkojen selvittäminen kuin olisiko Jussin ja pappilan välinen kontrahti todellisuudessa voinut olla sellainen kuin se oli, ja olisiko Halme todellisuudessa tuomittu kuolemaan, eivät tee teokselle oikeutta, vaikka ne sinänsä voivatkin olla mielenkiintoisia kysymyksiä. Sen sijaan sellainen tutkimus, jossa pyrittäisiin selvittämään, heijastaako teos Linnan kautta sen kirjoittamisajan oikeuskäsityksissä tapahtuvia muutoksia, voisi olla mielekäs.⁶⁵ Joka tapauksessa on selvää, että teoksen ilmestymisen aikoihin oikeus oli muuttumassa, kuten edellä on esitetty.

Lainopillisten ja oikeushistoriallisten kysymysten lisäksi Pohjantähdestä voidaan esittää useita kysymyksiä teoksen oikeudellisiin aineisiin liittyen. Voidaan esimerkiksi kysyä: miksi Linna käyttää oikeudellista aineistoa; miksi juridiikka on niin vahvasti mukana kerronnassa; millä tavoin Linna käyttää juridista aineistoa; voidaanko teosta itseään pitää juridisena aineistona; vakuuttaako teoksessa käytetty oikeudellinen aines juristilukijan. Näitä kysymyksiä ei voitane selvittää tyydyttävästi vain joko kirjallisuustieteellisin tai oikeustieteellisin keinoin.⁶⁶ Molempia lähestymistapoja tarvitaan,

⁶¹ Ks. esim. *Varpio* s. 429, s. 491-495 ja s. 648-649 .

⁶² *Varpio* s. 444. Ks. myös *Stormbom* s. 241.

⁶³ *Nummi* s. 187-188. Vakavan historiallisen romaanin merkitys ei ole sen historiallisuudessa, vaan sen näkemyksessä ja siihen liittyvissä arvoissa, *Linna*, *Esseitä* s. 111. Pohjantähti elää historiasta riippumatonta elämäänsä taideteoksena, sanoi historia mitä hyvänsä, *Vuotila* s. 112.

⁶⁴ *Varpio* s. 444. Ks. myös *Stormbom* s. 241.

⁶⁵ Vrt. *Varpio* s. 313-317 ja ”heikot signaalit”. Jonkinlaisena Linnan antamana muutosmerkkinä oikeuskäsityksissä – tai tarkemmin kansalaisten oikeuksien vahvistumisesta – voidaan pitää Aune Leppäsen vetoamista lakiin julkista valtaan vastaan eläkeasiassaan teoksen loppusivuilla, TPA III s. 527. Toisin kuin teoksen kirjoittamisaikana oikeus sosiaaliturvaan on nyttemmin jokaisen perusoikeus, joka julkisen vallan on turvattava (Suomen perustuslaki 11.6.1999/731 19 §).

⁶⁶ Tutkielmassaan Syyntakeisuus Robert Musilin teoksessa ”Mies vailla ominaisuuksia” Juhä Häyhä kysyy: Miten Musil käyttää oikeudellista aineistoa; miksi Musil käyttää juridista aineistoa; millä tavoin Musil voidaan ymmärtää juridisena aineistona, miten Mies vailla ominaisuuksia vakuuttaa juristia, *Häyhä* 1990 s. 52-53 ja 63.

tosin eri painoituksin, kysymyksestä riippuen. Esimerkiksi ensimmäistä kysymystä, miksi Linna käyttää juridista aineistoa, tai tarkemmin, miksi hän käyttää sitä niin suuressa määrin, lienee lähtökohtaisesti lähestyttävä kirjallisuustieteen näkökulmasta. Sen sijaan kysymyksiä, voidaanko teosta pitää oikeudellisena aineistona ja vakuuttaako se juristia, on lähestyttävä ensisijassa oikeustieteen, tai tarkemmin oikeusteorian, näkökulmasta.

Tämän kirjoittajalle Pohjantähden keskeinen teema siinä käytettyyn juridiseen aineistoon liittyen on lain/oikeusjärjestyksen ja oikeudenmukaisuuden välinen jännite. Tämän jännitteen avulla teoksessa kuvatut yhteiskunnalliset epäkohdat saavat lisävärin ja -painoa. Jännite vahvistaa sitä epäoikeudenmukaisuuden tunnetta, jonka lukija teoksesta saa. *Kun epäoikeudenmukaisuudet ovat lainmukaisia, vääryys on jossain syvemmillä, yhteiskunnan rakenteissa.* Myös teosta selittävien oikeudellisten tutkimusten kysymyksenasettelut on mielekästä sijoittaa tähän tematiikkaan.

Koska kyse on kaunokirjallisesta teoksesta, pidän olennaisina niitä kysymyksiä, joilla vastataan siihen, minkälaisia elämyksiä teos lukijalleen antaa. Elämykset ovat merkittäviä, ei pelkästään esteettisinä kokemuksina, vaan sen vuoksi, että ne vaikuttavat lukijaan ja hänen kauttaan todellisuuteen. Vaikka teos voi vaikuttaa lukijaan sekä siitä saatujen elämysten että siinä olevien tietojen vuoksi, kaunokirjallisen teoksen vaikutukset syntynevät ensisijassa elämyksistä. Tästä lähtökohdasta lukien pidän perusteltuna esittää kysymyksen, minkälaisia elämyksiä juristilukija Pohjantähdestä saa.

Teoksen ilmestymisestä on pian kulunut 50 vuotta.⁶⁷ Tänä aikana suomalainen yhteiskunta on kehittynyt moniarvoisemmaksi ja sosiaalisemmaksi. Ne kohtalot, yhteiskunnalliset epäkohdat ja historialliset tapahtumat, joita teoksessa kuvataan, ovat yhä etäämmällä. Suuri osa lukijoista ei ollut vielä edes syntynyt siihen aikaan, kun Elina Koskela kuunteli keinussaan radiosta laulua Inarijärvestä. Tämän päivän lukija lukee teosta hyvin erilaisessa yhteiskuntatodellisuudessa ja historian tilanteessa kuin sen ilmestymisajan lukija.

Myös teoksen tarinan tapahtuma-aikainen juridiikka on entistä kaukaisempaa ja osin vierastakin tämän päivän juristille. Teoksen ilmestymisajoista myös oikeus on muuttunut moniarvoisemmaksi ja sosiaalisemmaksi. Nykyinen juristi lukee teosta toisenlaisessa oikeudellisessa ympäristössä ja toisenlaisen koulutuksen saaneena kuin 1950- ja 1960-luvun taitteen juristi.

Tästä näkökulmasta katsoen em. kysymys voidaan täsmentää kuuluvaksi: minkälaisia elämyksiä tämän päivän juristilukija teoksesta saa verrattuna

⁶⁷ Aikakausi, jota teos käsittelee, on vajaat 70 vuotta pitkä, 1884–1950-luvun alku, eli ei paljon pidempi.

sen ilmestymisajan juristiin. Vastaamalla tähän kysymykseen vastataan osin samalla siihen, mitä teos voi antaa tämän päivän juristilukijalle.⁶⁸

4 POHJANTÄHDESSÄ KUVATTUJEN OIKEUDELLISTEN KOHTEIDEN VALINTA

Eri juristilukijoilla voivat erilaiset oikeudelliset tapahtumat nousta Pohjantähdessä tärkeimmiksi. Tämä voi johtua esimerkiksi lukijoiden erilaisista taustoista, erityisosaamisalueista tai työtehtävistä.

Pienetkin yksityiskohdat voivat antaa vahvoja elämyksiä. Asetetun kysymyksen kannalta saattaisi olla perusteltua tutkia kaikki teoksen oikeudellisesti merkitykselliset seikat, tarkastella niitä em. jännitteen näkökulmasta ja pohtia, minkälaisia elämyksiä ne voivat tämän päivän juristilukijalle antaa. Toinen mahdollisuus olisi valita teoksesta vain oikeudellisesti edustavimmat yksityiskohdat ja käyttää niitä. Kolmas mahdollinen tapa yrittää vastata asetettuun kysymykseen on etsiä teoksesta laajempia asiaryhmiä ja kuvauksia, joilla on syvempiä liittymäkohtia oikeuteen.

Teoksesta voidaan nostaa esiin ainakin kolme laajempaa asiakokonaisuutta, jotka ovat teoksen rakenteen kannalta keskeisiä ja joiden tarkastelu oikeudellisesta näkökulmasta voi olla hedelmällistä.⁶⁹ Nämä ovat Jussin ja seurakunnan välinen kontrahti; vallankumoukselliset liikehännät, sekä sisällissota että lapuanliike; Lauri Salpakarin asema ja toiminta kirkkoherana. Näistä tässä käsitellään tarkemmin ensimmäistä aihepiiriä jäljempänä ilmenevistä syistä. Kahdesta muustakin voidaan tässä kuitenkin todeta seuraavasti.

Sisällissodan jälkiselvittelyn ja lapuanliikkeen totuudenmukaiset kuvaukset Pohjantähdessä antavat juristilukijalle aiheen pohtia, mikä on oikeusjärjestyksen merkitys kumouksellisissa olosuhteissa. Mitä oikeudelle tapahtuu, jos oikeuden syvärakenteista ei pidetä kiinni? Sisällissodan jälkiselvittelyt menevät osin jopa sen rajan yli, missä voidaan mielekkäästi puhua oikeusjärjestyksestä.⁷⁰ Jälkiselvittelyt onkin selkeä varoitus siitä, miten oikeudelliset rakenteet, jotka loppujen lopuksi ovat ihmisten varassa,

⁶⁸ Vrt. Varpio, joka esittää kysymyksen: saavatko lukijat enää Linnan teoksista vastauksia tärkeisiin kysymyksiinsä, vai onko niiden merkitys jo ohentunut? *Varpio* s. 161 ja s. 651.

⁶⁹ Muitakin varmasti on esim. Janne Kivivuoreen liittyen.

⁷⁰ Linna ilmaisee tämän Akselin sanoissa, kun Alma toteaa, että poikien kuolemantuomiot eivät olleet lainmukaisia. ”Mitä tekemistä siinä lailla oli...Lain mukaan ei olis voitu tuomita kuolemaan edes minua saatikka niitä” TPA III s. 130.

voivat poikkeusoloissa sortua.⁷¹ Samalla tavoin kuin tavallisesta miehestä voi poikkeusoloissa tulla ammattitappaja, mikä Tuntemattomassa hyvin kuvataan, hänestä (lautamiehestä) voi tulla kostonjanoinen lainkäyttäjä, joka sivuuttaa oikeusjärjestyksen ja pyrkii vain kietomaan laittomat tekonsa oikeuden kaapuun.

Kuvaukset lapuanliikkeestä taas osoittavat, miten oikeus voi ajautua haaksirikkoon oikeusjärjestelmän sisällä. Oikeus voi väistyä poliittisten tarkoituksien edessä ja normaalisti valtiovallalle lojaali virkamieskuntakin voi sortua oikeuden vääristelyyn ja väärinkäyttöön.⁷² Lapuanliike pyrki peittämään laittomuudet vetoamalla lain henkeen tai yksinkertaisesti oikeuttamalla ne oikeiksi koetuilla yhteiskunnallisilla päämäärillä.⁷³ Tässä mielessä lapuanliike oli oikeusjärjestyksen kannalta vieläkin vaarallisempi yhteiskunnallinen ilmiö kuin sisällissota, koska jälkimmäinen ilmeni lähinnä vain oikeusjärjestyksen ulkopuolisena kumouksellisena toimintana.

Kontrahdin ja kumouksellisen toiminnan lisäksi kolmas mahdollinen laajempi ympäristö, mihin teos juristin ajatukset voi viedä, on tuomarin rooli ja asema. Kuvaukset kirkkoherra Lauri Salpakarista näyttäytyvät juristille helposti ja ilman suurempaa mielikuvitusta kuvauksina lainkäyttäjistä. Lauri Salpakari on asemassa, missä hänen on oltava oikeudenmukaisuuden puolustaja yhteisössä. Hänen eettiset pohdintansa ovat samankaltaiset kuin tuomarilla.⁷⁴ Pinnallisesti hyväntahtoinen Salpakari tiedostaa ja tuo ajatuksissaan esiin kristilliset moraalikäsitteet, mutta ei toimi niiden mukaisesti.⁷⁵ Hän pyrkii perustelemaan periaatteitaan vastaan sotivat päätöksensä tai ajatuksensa milloin muiden selän taakse menemällä (Koskelan maiden palauttaminen), milloin poikkeusoloilla (Bobrikoffin murha) ja mahdollisuuksien mukaan lailla sen epäoikeudenmukaisuudesta huolimatta (Lauriloiden häätö).⁷⁶

Varsinkin Lauri Salpakarin suussa hurskaat sanat ”lakimme ja asemamme voimme menettää, mutta sielumme menetämme vain silloin, jos siitä itse

⁷¹ *Kekkonen* s. 117-118.

⁷² Ks. nimismiehen toiminta muilutustutkinnassa ja Janne Kivivuoren puhe oikeudenkäynnissä, TPA III s. 287, 292 ja 296.

⁷³ Ks. Rautajärven ja Otto Kivivuoren keskustelut lain kirjaimesta, lain hengestä ja lailisuudesta, TPA III s. 245. Ks. myös Ilmari Salpakarin ajatukset ja Ellenin mielipiteen ankaroituminen, TPA III s. 317 ja 351.

⁷⁴ Tuomareilla ja papeilla voidaan historiassa havaita olevan paljon yhteistä. Esim. Olaus Petri, joka toimi Kustaa Vaasan kanslerina, oli pappi. Hänen tuomarinohjeensa perustuvat todennäköisesti osin raamatun oppeihin.

⁷⁵ Vrt. tuomarin harkinta ja oikeuden syvärakenne.

⁷⁶ Kirkkoherra ei itse oivalla käyttävänsä juristeriaa kaikkiin niihin ongelmiin, joissa hänen odottaisi nojautuvan kultaisiin periaatteisiinsa – olipa sitten kyse Jussin raivaamista pelloista tai Koskelan poikien kuolemantuomioista, *Nummi* s. 198. Ks. myös *Varpio* s. 459-460.

luovumme” tuntuvat suorastaan koomisilta. Salpakari lausuu myös: ”Oikeus tapahtuu aina lopulta. Jumala ei salli vääryyden jäädä pysyväksi.” Hän ei tajua syövänsä sanaansa Koskelan maiden riistämässä samalla tavoin kuin katsoo keisarin tekevän helmikuun manifestilla.⁷⁷ Lauri Salpakari tuo juristilukijalle eittämättä mieleen huonon ja heikon oikeudenjakajan, jolle oikeus ei viime kädessä edusta korkeinta arvoa sen joutuessa ristiriitaan toisten arvojen kanssa. Oikeus syrjäytyy tarvittaessa muiden päämäärien tieltä ja sitä käytetään vain apuna omien subjektiivisten (pintatason) tavoitteiden puolustelemiseksi.⁷⁸

5 YKSITYISOIKEUDELLINEN VAI JULKISOIKEUDELLINEN LÄHESTYMISTAPA

Teokseen rakennettu oikeudellinen jännite (laki/oikeusjärjestys ei takaa oikeudenmukaisuutta) ilmenee sekä yksityisoikeudellisella että julkisoikeudellisella tasolla. Ensin mainitun osalta voidaan esittää esimerkkinä Jussin kontrahdin lisäksi Lauriloiden häätö ja Leppäsen Aunen lapsen isyys. Niissä jännite syntyy yksityisten tai yksityisoikeudellisessa asemassa olevien oikeussubjektien välisessä suhteessa. Julkisoikeudellisesti virittyneistä tilanteista, joissa käytetään julkista valtaa, voidaan esittää esimerkkinä Helmikuun manifesti, torppien maiden lunastus ja Janne Kivivuoren muilutusoikeudenkäynti. Linnan teoksessa käsiteltävät julkisoikeudelliset ilmiöt ovat lähtökohtaisesti laajempikantoisia ja yhteiskunnallisesti merkityksellisempiä kuin yksityisoikeudelliset. Kertoja esittää ne kuitenkin samanarvoisina.

Linnan lähestymistapa teoksessa on yksityisestä yleiseen. Suuret maailmantapahtumat perustuvat pieniin tapahtumiin ruohonjuuritasolla.⁷⁹ Historian liikkeen käynnistäjiä eivät ole poliittisen vallan tekemät ratkaisut, vaan arkielämän epäkohdat, jotka patoutuessaan muodostavat yhteiskunnallisia liikehdintänä purkautuvia jännitteitä. Pienet konkreettiset tapahtumat

⁷⁷ TPA I s. 169-171 ja s. 216-217. Kirjoittaja käyttää Salpakarin hahmoa lähes pilkallisesti hyväkseen monissa yhteyksissä, joista Leppäsen Valtun hautajaiskuvaus lienee riipaisevin.

⁷⁸ Lauri Salpakarissa Linna halusi kritisoida kirkkoa sen taipumisesta maallisiin paineisiin, *Varpio* s. 433. Pohjantähdessä Salinin mukaan Salpakari on henkilö, ”joka edustaa, tai jonka pitäisi edustaa, oikeutta ja totuutta ihmisten kesken” TPA I s. 323.

⁷⁹ *Varpio* s. 435. Ks. myös ed. alaviitteet 22 ja 23. Linna itse lausuu yksityiskohdista ja kirjallisista vaikutteistaan hauskaasti. Hänen mukaansa yksityiskohdilla oli tarkoitus perustella historiallisen tapahtuman arkista pohjaa ja sen syy-yhteyskudoksen moninaista luonnetta. ”Tähän näkemykseen vaikutti paljon Tolstoi ja hänen loputon jankutuksensa miljardeista syistä”, *Linna* 1969 s. 73.

esitetään analogisina suurten kanssa ja rinnakkain, esimerkiksi Koskelan maiden anastus ja tsaarin sortotoimet sekä Koskelan torpan vapautuminen ja Suomen itsenäistyminen. Oikeudenmukaisuuden tasokin näyttäytyy ensin yksilökokemusten kautta. Yksilöllisistä vääryyden kokemuksista muodostuu kollektiivinen epäoikeudenmukaisuus. Yksittäisten ihmisten tunteista yhdessä syntyy kollektiivinen tunne. Koskelan torpparikontrahdin osittainen purkaminen on yhtä oikea tai oikeudeton ja tunteita nostattava toimi pienissä ympyröissä kuin keisarin julistus, jolla hän kaventaa suomalaisten oikeuksia.⁸⁰

Koska Pohjantähdessä lähestymistapa on yksityisestä yleiseen, myös juridisessa tarkastelussa yksityisoikeudellinen lähestymistapa voi olla yhtä hedelmällinen kuin julkisoikeudellinenkin. Vaikka yksityisoikeudelliset tilanteet eivät yksittäisinä olisikaan merkityksellisiä, ne voivat ilmentää ja selittää lukijalle laajempia yhteiskunnallisia seikkoja. Tässä mielessä Jussin kontrahdin tarkempi tarkastelu ei ole vain yksittäisen sopimuksen arviointia, vaan sillä on laajempia yhteyksiä koko teokseen, sen sisältöön, rakenteeseen ja sanomaan.

Yksityisoikeus on oikeuden (oikeusteorian) kehityksessä ollut yleensä edelläkävijä.⁸¹ Oikeus on uudistunut ensin yksityisoikeuden puolella tapahtuvan kehityksen myötä (analyyttinen oikeusteoria, kuluttajansuoja jne.) ja julkisoikeudessa on omaksuttu yksityisoikeuden puolella kehitetyt periaatteet ja säännöt vasta myöhemmin. Melko tuoreina esimerkkeinä tästä voidaan esittää sopimusoikeudessa kehittyneet lojaliteettiperiaate ja periaate luottamuksen suojasta. Ensimmäitun mukaan sopimuskumppaneiden on otettava huomioon toistensa edut sopimusta täytettäessä niin kuin sopimuksessa olisi kyse yhteisestä yrityksestä. Jälkimmäisen mukaan sopimuskumppani saa luottaa vastapuolen käyttäytymisestä syntyviin perusteltuihin odotuksiin. Vastaavat ajatukset ovat siirtyneet julkisoikeuden puolelle. Julkisen vallan on pyrittävä toimimaan siten, etteivät yksityisten oikeussubjektien edut kavennu enempää kuin on välttämätöntä. Julkinen ja yksityinen etu eivät ole vastakkaiset, vaan päinvastoin, ne tarvitsevat ja tukevat toisiaan. Kansalainen, joka on esimerkiksi verovelvollisen asemassa, saa luottaa siihen, ettei hänen verotuksensa yhtäkkisesti veroviranomaisen päätöksin muutu.

Oikeustieteellisestä näkökulmasta teoksen yksityisoikeudellinen lähestymistapa on perusteltu. Kun tarkastellaan, minkälaisia elämyksiä tämän päivän juristilukija saa verrattuna sen ilmestymisajan juristiin, voidaan

⁸⁰ *Varpio* s. 469 ja *Nummi* s. 201.

⁸¹ Ks. *Tuori* s. 125-127.

olettaa, että juuri yksityisoikeudellinen katsantokanta antaa yksityisoikeuden nopeamman kehittymisen vuoksi hyviä tuloksia.

6 OIKEUDELLINEN JÄNNITE JA JUSSIN KONTRAHTI

6.1 Torpparikysymys ja Jussin kontrahti

Torpparilaitoksen suurin epäkohta oli torppareiden sopimusoikeudellisen aseman heikkous.⁸² Jännitystila, joka syntyi maanomistajien ja vuokramiesten välille johtui siitä epämääräisyydestä, joka liittyi vuokra-aikaan sekä vuokramiehen oikeuksiin ja velvollisuuksiin. Maanomistaja saattoi lyhyehköllä irtisanomisajalla ottaa vuokramiehen koko elämäntyön tulokset itselleen. Tämä johti siihen, että torpparit eivät uskaltaneet panostaa vuokraamaansa maahan parhaalla tavalla ja pahimmillaan hoitivat sitä huonosti ja epätuottavasti.⁸³ Muun muassa tämän vuoksi torpparikysymys oli myös yhteiskunnan intressissä ja epäkohtia pyrittiin poistamaan sopimusvapautteen kajoavilla laeilla. Torpparikysymyksen lainsäädännölliseksi ytimeksi muodostuikin, missä tapauksessa ja kuinka pitkälle lainsäätäjällä oli oikeus ja velvollisuus puuttua kansalaisten keskinäisiin sopimussuhteisiin.⁸⁴ Viime vaiheessa torpparikysymys kuitenkin ratkaistiin jopa omistusoikeuteen puuttumalla antamalla torppareille oikeus lunastaa torpan alueet maanomistajan tahdosta riippumatta.⁸⁵

Linna kuvaa torpparien elämää ja heidän oikeudellisen aseman kehitystä erityisesti Koskelan perheen ja Jussin kontrahdin näkökulmasta. Jussi ei kuitenkaan välttämättä edusta koko kuvaa torppareista. Hän oli pappilan torppari, raivannut torpan itse ja kontrahti oli kirjallinen. Torppia olivat perustaneet kartanot, seurakunnat ja talolliset. Niissä oli saattanut olla vuokralaisia sukupolvien ajan. Kontrahdit olivat monesti vain suullisia ja niiden ehdot kirjavia. Muiden teoksessa ilmenevien torppareiden kuten

⁸² Ks. torpparijärjestelmän tavallisimmista epäkohdista, *Rasila* 1961 s. 58-68.

⁸³ Tämän kertoja ilmaisee Halmeen sanoissa paronille: ”Torpparien huono maanviljelys johtuu siitä, että maa ei ole heidän. Joutuvat elämään jatkuvan häättöuhan alaisena. Jos he kunnostavat torppansa, eivät lähtiessään saa mitään korvausta”, TPA I s. 256.

⁸⁴ *Rasila* 1970 s. 17-18 ja s. 44-46.

⁸⁵ Ei edes Suomen Kansanvaltuuskunnan antamassa laissa säädetty omistusoikeutta torppareille, vaan ainoastaan vapaa ja korvaukseton torpan alueiden käyttöoikeus. Ks. Laki torpparien, lampuotien ja mäkitupalaiusten julistamisesta maanomistajista riippumattomiksi 31.1.1918 1 §.

Laurilan ja Kivivuoren sekä myös maanomistajien kuvauksella Linna täydentääkin kuvaa koko torpparilaitoksesta ja sen epäkohdista.

6.2 Sopimuksen synty ja oikeudellinen epävarmuus

Yrjö Varpion mukaan Pohjantähden raamatullinen luomiskertomusta mukaileva alku ”Alussa olivat suo, kuokka – ja Jussi” luo jännitteen puhutun ja todella olemassa olevan välille. Alussa ei ollutkaan ”Sana” vaan työtä ja konkreettista ponnistusta.⁸⁶ Tällainen vertauskuvallinen kerrotun ja todellisen tapahtumakulun erosta syntyvä jännite seuraa teosta sen ensimmäiseltä sivulta loppuun asti. Toisenlainen teoksen ensisivuilta alkava jännite, jonka juristilukija oivaltaa helpommin, syntyy siitä sopimusoikeudellisesta epävarmuudesta, minkä kertoja tuo esiin.⁸⁷

Maa ei ole Jussin vaan pappilan. Jussilla on suon raivaamiseen ja torpan perustamiseen alkuun vain rovastin lupa. Alkusivuilla Jussin kysymykseen tai toivomukseen kirjallisen vuokrasopimuksen laatimisesta rovasti toteaa haluttomasti: ”Myöhemmin...myöhemmin... En minä sinua kiristä... He, he...” (TPA I s. 9-10). Jussille sopimuksen syntyminen on ensiarvoisen tärkeää. Sopimuksen avulla hän kokee saavansa keksimäänsä torpan paikkaan valtauksen. Illan tunteina Jussi kertoo suunnitelmistaan Almalle. Suon kuivaaminen koskea alentamalla tulisi jokseenkin vaivattomaksi ja mäki olisi sopiva paikka rakennuksille. ”Mutta sopimus on tehtävä ennen kuin se huomaa sen.” (TPA I s. 11). Työn aloittamista seuranneena keväänä varsinainen sopimus on vielä tekemättä. Jussin huolekkaisiin kysymyksiin rovasti vain vastailee, että kun hän vain ehtii ensin käydä katsomassa Jussin aikaansaannoksia (TPA I s. 19).

⁸⁶ *Varpio* s. 449. Johanneksen evankeliumi alkaa: ”Alussa oli Sana. Sana oli Jumalan luona. Kaikki syntyi Sanan voimalla.” Sanan voimalla Linna haluaa luoda ja kertoa sanomansa. Ks. myös *Nummi* s. 175-178. Alku vie ajatukset myös Mooseksen ensimmäiseen kirjaan, jolla Raamattukin alkaa: Alussa loi Jumala taivaan ja maan. Ja maa oli autio ja tyhjä (suo), ja pimeys oli syvyyden päällä (mahdollisuus mitä muut eivät olleet huomanneet), ja Jumalan henki liikkui vetten päällä (Jussin raivausinto).

Teoksen alkuperäisen käsinkirjoitetun version ensimmäisessä virkkeessä käytetään olla-verbistä yksikköä: Alussa *oli* suo, kuokka – ja Jussi. Ks. *Varpio* s. 419, joka pitää teoksen ensimmäistä virkettä kirjan kannalta ratkaisevana. Yksikkö viittaa kokonaisuuteen ja vaikuttaa myös ensimmäisen virkkeen sisältöön ja ajatukseen. Linna käytti yksikköä myös myöhemmin elokuvakäsikirjoituksessa. Jostain syystä kirjan painetussa versiossa olla-verbi on monikossa.

⁸⁷ Ks. myös romaanin päämäärähakuisesta historiallisesta jännitteestä, joka alkaa Jussin ensimmäisistä lapion pistoista ja päättyy Akselin kuolemaan ja lopun kuvauksiin, *Sinivaara* s. 152-154.

Vuokrasopimus on oikeudellinen instrumentti ja siihen liittyvät epäselvyydet ovat oikeudellista laatua. Tarina sidotaan heti oikeudellisiin asetelmiin. Lukijalle viestittyy, että oikeudelliset kysymykset tulevat väistämättä näyttelemään teoksessa merkittävää roolia. Jussi luottaa siihen, että sopimus luo turvaa. Hän luottaa siis lakiin ja oikeuteen. Tällainen lakiin turvaaminen on leimaa antava koko teokselle. Vaikka vähempiosaisilla ei olisi muuta, heillä on aina laki, mihin ”vetää”.

Tässä joitakin poimintoja: Susikustaa vetoaa (omatekoiseen) keisarinlakiin, ettei hänen tarvitse mennä rippikouluun (TPA I s. 120). Antto haluaa vetää häätöasiansa oikeuteen (TPA I s. 260 ss.). Halme vetoaa muun muassa sananvapauteen ja lakkolaisten kokoontumisvapauteen (TPA I s. 202 ja s. 279). Akseli uhoaa laittavansa ”meidän asian kanssa lakiin” (TPA I s. 268). Lehtimies vetoaa painolakiin (TPA I s. 290). Pieni Valtukin vetoaa lakiin, kun opettajatar vetää häntä tukasta (TPA III s. 188-189). Aune vetoaa lakiin monessa kohdin: isyysasiassa (TPA II s. 41), Valtun koulunkäynnissä (TPA III s. 190), eläkeasiassa (TPA III s. 527). Kankaanpään Eliaksen mukaan hänellä on perustuslaillinen oikeus kerätä kutulle ruohoa ja kulkea maantiellä (TPA III s. 264). Kansakoulutalkoissa talkoomiehet pohtivat, että jonkinlainen laki pitäisi saada. ”Minkälaista elämä sitten ollenkan oliskan jos jotain turvaa tulis?” (TPA I s. 133).

Näin siitä huolimatta, että laki ei näyttäisikään todellisuudessa antavan turvaa muille kuin vahvemmille.⁸⁸ Lain antaman turvan ontoutteen vihjataan jo tässä yhteydessä ennen varsinaisen sopimuksen tekemistä, kun rovasti vakuuttaa, ettei tule kiristämään Jussia. Tällainen vakuutus luo lukijalle tunteen, että rovastin ajatus voisi hyvin jatkua: ”...Mutta kyllähän minä aina niin voisin halutessani tehdä, koska voin laatia sopimuksen haluamallani tavalla tai myöhemmin muuttaa sitä. Olen vain niin hyväntahtoinen, etten sitä ehkä tee.” Kertoja johdattaa tässä lukijaa teoksen oikeudellisiin jännitteisiin. Vaikka laki on periaatteessa olemassa järjestyksen ylläpitäjänä, aina on olemassa epäoikeudenmukaisuuden mahdollisuus. Laki esitetään myös suhteellisena ja se joustaa valtaapitävien hyväksi.⁸⁹

Linna pyrkii kertomaan elämän sattumanvaraisuudesta. Ihminen yrittää ohjata ja hallita elämäänsä, mutta se ei onnistu. Muut seikat kuin ihmisen tahto vievät elämää omaan suuntaansa kaikista pyrkimyksistä huolimatta.

⁸⁸ Maanomistajille laki esitetään todellisena turvan antajana, mistä hyvänä esimerkkinä on Lauriloiden häätö, TPA I s. 267 ss.

⁸⁹ Lain ehdottomuus on suhteellista myös toiseen suuntaan eikä lain koura aina yllä ehdottomana vähempiosaisiinkaan kuten Susikustaan omavaltaisuuden ja Valtun koulunkäynnin kohdalla (TPA III s. 159 ja s. 196).

Lakikaan ei voita kohtaloa eikä ole pitävä apuväline elämän hallinnassa, vaikka ihminen sen varaan laskeekin.⁹⁰

Kertoja tekee lukijalle selväksi, että vuokrasopimus tulee olemaan teoksessa keskeisessä asemassa. Sopimus on se, minkä päälle Jussin on unelmansa rakennettava. Unelma on kuitenkin hetteisellä pohjalla. Sopimusta tai sen sisältöä koskeva epäselvyys ja samalla koko Koskelan torppaa koskeva epävarmuus jatkuu alun tapahtumista pitkälle teoksen kolmanteen osaan. Epävarmuus luo jännitettä.⁹¹ Vaikkei epäoikeudenmukaisuutta heti kuvata varsinaisesti tapahtuvaksi, se on potentiaalisena olemassa jo alusta alkaen.

Jussin ja seurakunnan välinen kontrahti tehdään kirjallisesti. Suullinenkin sopimus olisi pätevä mutta Jussin kannalta turvattomampi.⁹² Toisaalta kirjallinen kontrahti tehdään vain rovastin elinajaksi (TPA I s. 20). Sen pysyvyys jää näin ollen epävarmaksi, erityisesti kun rovasti on jo osoittanut vanhuuden merkkejä. Rovastin lievä sydänkohtaus saa Jussin kokemaan levotonta tunnetta, maa ei ole hänen. Rovastin sanat, lupaukset ja paperikin ovat päteviä vain hänen kohdallaan. Tämä salainen mato alkaa kalvaa Jussin mieltä ja ”epävarmuus muuttui pysyväksi elämänasenteeksi, hiljaiseksi, kaiken taustalla vaikuttavaksi painoksi” (TPA I s. 56 ja s. 110). Oikeudellinen epävarmuuden tila vallitsee ja hallitsee Jussin ajatuksia. Jussi alkaa haaveilla, että saisi kerran ostaa raivaamansa maan ja epävarmuus poistuisi (TPA I s. 56). – Näinhän tapahtuikin, mutta vasta paljon myöhemmin.

Rovastin kuolema konkretisoi Jussin huolen: ”Niin... Kuinka ny sitten vaan mahtaa käydä?” Alma yrittää realistina rauhoitella Jussia: ”Kai se vanhallansa menee, miksikä se siitä muuttuisi.” Mutta Jussi on varpaillaan: ”Miksikä... ihan miksikä hyvänsä. Tää kontrahti on Valleenin elinaikanen taikka hänen hallintansa aikaanen.” Rovasti ei halunnut tehdä 50-vuotista sopimusta, vaikka se olisi lain mukaan ollut mahdollista. Haluttomuus johtuu siitä, että hänen virkatalon hoitoaan on arvosteltu eikä hän halua sitoa seuraajaansa pitkään kontrahtiin, kun kirkkoneuvostokin oli sellaista vastustanut. Kun Jussi hädissään jatkaa ahdistelua, rovasti on myöntäväinen,

⁹⁰ Linnan mukaan romaanin teema on oikeusjuttu: ihminen vastaan kohtalo, *Varpio* s. 480. Kohtalo suorastaan leikittelee lailla vuoden 1909 maanvuokra-asetuksen kohdalla, kun sen taannehtiva vaikutus pelastaa nipin napin Kivivuoret hädäoltä mutta ei Lauriloita, TPA I s. 438-441.

⁹¹ Jussin omistus- ja vuokraoikeuden jättäminen auki on yksi kirjan peruselementeistä, *Jakonen* s. 230.

⁹² Vaikka suulliset maanvuokrasopimukset ovat edelleenkin päteviä, kirjallinen sopimus helpottaa todistelua sopimuksen olemassa olostä ja sisällöstä. Kun Jussi antaa Akselille torpan oikeuden muonaoikeutta vastaan, ehdottaa Jussi, että sopimus tehtäisiin varmuuden vuoksi kirjallisena. Hän kuitenkin tyytyy luottamaan närkästyneen Akselin sanaan ja sopimus jää suulliseksi, TPA I s. 445.

mutta lykkää sopimuksen tekoa joka kerta ja ehtii kuolla (TPA I s. 79-80). Rovastin laiskuus ja saamattomuus ovat syinä Jussin epävarman aseman jatkumiseen. – Mitään asiallista syytä epävarmuuden tilalle ei ole, mikä saa lukijan tuntemaan mielipahaa ja enteilemään epäoikeudenmukaisuuksia tapahtuvaksi.

Vanhan rovastin kuoltua Jussi on vailla kontrahtia ja ilman oikeuksien sa vakuutta rovastin seuraajan suhteen. Rovastin tuomaripoika kuitenkin kirjoittaa hyvän suosituksen tulevalle kirkkoherralle. Siinä vanha ruusutina esittää miehensä viimeisenä toivomuksena seuraajalleen, että tämä vahvistaisi vuokrasopimuksen jatkumisen. Paperi ja tuomarin vakuuttelut, ettei häätöä tule, rauhoittavat väliaikaisesti Jussia, mutta ne eivät muuta muodollista tilannetta. Jussi toteaaakin Alman innostukseen: ”Mikä ne takaa... maailman ihmiset” (TPA I s. 82-83).

Kontrahdista aiheutuva epävarmuuden tunne ulotetaan myös lapsiin, kun Jussi ilmaisee huolensa Akselille: ”Saa nähdä mitä nyt tulee.” Illalla Akseli valvoo kauan ja ”epämääräiseen, kiusalliseen levottomuuden tunteeseen nukkui poikakin, puhumattakaan vanhemmista, jotka valvoivat vielä kauemmin” (TPA I s. 78-80). Pojat kysyvät Almalta, tuleeko rovasti heille asumaan ja joutuvatko he muuttamaan pois. Almalla ei ole muuta turvaa lapsilleen antaa kuin usko: ”Kyllä Jumala antaa meitin sen pitää”, mikä lapsille ehkä turvallisuuden tunteeseen riittääkin (TPA I s. 91). Lukija kuitenkin ymmärtää, että todellista, oikeudellista, turvaa ei ole.

Myöskään uusi kirkkoherra Lauri Salpakari ei tunnu millään haluavan saattaa sopimusasiaa järjestykseen, vaan Jussia piinataan edelleen: ”Me kyllä sovimme siitä myöhemmin. Siihen saakka olkoon kaikki entisellään” (TPA I s. 94). ”Olkoon nyt ennallaan ... toistaiseksi. Me palaamme siihen asiaan myöhemmin” (TPA I s. 95-96). Nuhteettomana henkilönä sekä tunnollisena viljelijänä Jussi täyttää lain asettamat ehdot sopimuksen jatkamiselle ja asia on kokonaan kirkkoherran käsissä (TPA I s. 95). ”Pitkän aikaa Jussi odotti, että luvattu sopimus otettaisiin puheeksi, mutta mitään ei tapahtunut.” Kun epävarmuus sopimuksesta alkaa käydä sietämättömäksi, Jussi rohkaisee mielensä ja kysyy asiasta (TPA I s. 98). Salpakarin on pakko ryhtyä toimeen ja hän konsultoi sopimusasiassa Töyryä. Töyry ei suosita pitkäaikaista sopimusta Jussin hyvästä maineesta huolimatta. Salpakari päätyy väliaikaiseen sopimukseen, missä asiassa, niin kuin uuden sopimuksen teon viivyttyellessä, Ellen Salpakari väijyy jo taustalla (TPA I s. 98-100). Väliaikaisuus luonnollisesti lisää Jussin pelkoa, vaikka kirkkoherra vakuuttaakin sopimuksen jatkuvan hänen hallinta-aikansa (TPA I s. 105). Uusi sopimus ei vähennä epävarmuutta, vaan päinvastoin väljätehtoisempänä lisää sitä (TPA I s. 123). – Tässä vaiheessa epäoikeudenmukaisuuden tapahtuminen on lukijalle enää ajan kysymys.

6.3 Sopimuksen sisältö

Jussin kontrahdin sisältö paljastetaan pala palalta teoksen monista eri kohdista. Kokonaisuudessaan tai ainakaan yhtenäisenä sitä ei kerrota. Sekin että kyse on nimenomaan torpparisopimuksesta käy ilmi vasta vähitellen ja välillisesti. Välillä puhutaan vuokrasopimuksesta. Sopimuksen otsikointia ei ilmaista. Myös taustalla tapahtuvien lainmuutosten vaikutukset kontrahtiin kerrotaan vain osin.⁹³

Torpparilainsäädäntöä ja sen kehitystä selostetaan sekä henkilöiden repliikeissä että kerronnassa.⁹⁴ Päätellen pienistä epätarkkuuksista Linna ei ilmeisesti käyttänyt lähteinään alkuperäisiä säädöstekstejä. Torppareita koskevissa laajoissa säädöksissä (yhteensä yli 200 §:ää) on myös paljon yksityiskohtia, joita Linna ei ole hyödyntänyt torppareiden aseman kuvaamisessa.⁹⁵

Torpan alue käy välillisesti ilmi siitä, miten vanha rovasti antaa katsastuskäynnillään Jussille luvan raivata: ”Suota saat ottaa ylös reunoihin asti. Mutta puron varsia et saa raivata leveämmälti kuin jo olet kaatanut. Siitä alkaa vanka metsä” (TPA I s. 20). Peltoalaksi tulee noin 12 hehtaaria.⁹⁶ Raivauskelpoista ylösottamatta jäävää maata on lisäksi noin 4 hehtaaria.⁹⁷ Jussilla on myös oikeus kotitarvepuun ottamiseen torpan ympäristöstä.⁹⁸

Myös alkuperäinen taksvärkin määrä selostetaan katsastuskäynnin yhteydessä: ”toisesta vuodesta alkaen päivä viikossa jalan, seuraavana vuonna päivä hevosen kanssa, seuraavana vuonna päivä hevosen kanssa ja päivä jalan, ja sitä seuraavana vuonna kaksi päivää hevosen kanssa ja päivä jalan, mistä se ei sitten nousisi”(TPA I s. 20). Uudessa sopimuksessa vuokra pysytetään ennallaan siten, että sitä voidaan muuttaa joka kahden vuoden kuluttua, mutta vain molemminpuolisella sopimuksella ja suostumuksella. Vuokrassa on otettava huomioon, että torpan haltija on itse

⁹³ Ks. arviota Jussin kontrahdin kuvauksen totuudenmukaisuudesta, *Vuotila* s. 112-115.

⁹⁴ Ks. esim. TPA I s. 368, 431, 438-439 ja TPA II s. 12

⁹⁵ Ks. Linnan käyttämästä lähdeaineistosta, *Varpio* s. 421-429.

⁹⁶ Tämä käy ilmi siitä, että pappilalle palautettu peltoalue on noin 4 ha. Jussin mukaan se on ”rohkee kolmannes torpan maista”, TPA I s. 216.

⁹⁷ TPA II s. 137.

⁹⁸ Tämä käy ilmi viimeistään lunastusmenettelyn yhteydessä, kun torppaan katsotaan kuuluvaksi myös lunastettavaa metsäaluetta, TPA III s. 34. Metsäalueen sai lunastaa vain, jos torpalla oli ollut oikeus puuston hyödyntämiseen. Ks. vuoden 1918 torpparivapautuslaki 5 §.

torpan perustanut, ja se oikeuttaa hänet yleistä tasoa alempaan vuokraan (TPA I s. 107). Taksvärkkipäivän pituutta ei kerrota.⁹⁹

Jussin alkuperäinen kontrahti tehdään vuonna 1885. Ajankohta on ennen vuotta 1892, jolloin torpparit saivat ensimmäisen oman asetuksensa.¹⁰⁰ Sitä ennen torpan vuokraamista koskivat vain muutamat yleiset säännökset vuoden 1734 maakaaressa.¹⁰¹ Jussin kontrahti voidaan sopia siis lähes minkälaiseksi tahansa. Toisaalta uudenkaan sopimuksen teon aikana voimassa olleessa em. asetuksessa ei juuri rajoitettu torpparisopimusten sisältöä.¹⁰² Sen mukaan sopimus oli tehtävä kirjallisesti ja vuokran määrä oli mainittava (1 §). Jos sopimus oli kuitenkin suullinen, se oli mahdollista irtisanoa milloin tahansa irtisanomisajalla (2 §). Sopimuksen enimmäisaika oli 50 vuotta (3 §). Vähimmäisaikaa ei ollut.

Kun uusi sopimus tehdään vain väliaikaiseksi, sen pysyvyys jää heikoksi Salpakarin ontoista vakuutteluista huolimatta. Salpakari haluaa jättää muka kirkkoneuvoston vuoksi asian avoimeksi, mitä Jussi ei luonnollisestikaan ymmärrä, mutta hän ei asialle mitään voi: ”Mutta eihän hänen asemansa oikeastaan edellyttänyt muuta kuin suostumista ehdoilla millä hyvänsä...” (TPA I s.107).

Sopimusteksti takaa Jussille asumisoikeuden torppaan ja sen maihin ”edellyttäen, ettei virkatalon etu kirkkoneuvoston päätöksen mukaan toisin vaadi”. Jussi ymmärtää, että tämä lisäehto tekee mitättömäksi sopimuksen pitävyyden (TPA I s. 107). Salpakarin puheet siitä, että kyse on vain muutoseikasta ja he ovat kirkkoneuvoston päätösten alaisia käytännössä, vaikka laki edellyttäisi mitä, ovat tyhjiä selittelyjä. Ehto on sopimuksen kannalta olennaisin, koska se jättää sopimuksen pysyvyyden kokonaan toisen osapuolen harkinnan varaan. Vahva ja oikeudenmukainen kirkkoherra kuitenkin pystyisi turvaamaan torpparinsa aseman. Salpakarikin ehkä pohjimmiltaan haluaisi Jussin kannalta parempaa sopimusta, mutta hänen kyvyttömyytensä kantaa vastuuta jättää Jussin tyhjän päälle.

Myöhemmin annettuun vuoden 1902 maanvuokralakiin¹⁰³ tuli kontrahdin lisäehto vastaava säännös (39 §). Kertojan mukaan sen perusteella maanomistajalla on oikeus häätöön, jos torpan maat sijaitsevat niin,

⁹⁹ Taksvärkkipäivien pituudesta säädettiin torpparia periaatteessa suojaavasti vasta vuoden 1909 maanvuokra-asetuksessa (19 § 2): ”Vuokrasopimuksen nojalla suoritettava päivätyö älköön olko pitempi kuin enintään yksitoista tuntia kuutena kesäkuukautena ja keskimäärin yhdeksän tuntia muina kuukausina, ruoka-aikoja lukuun ottamatta.”

¹⁰⁰ Asetus, joka sisältää erinäisiä sääntöjä maan vuokraamisesta maalla 10.11.1892, Vp. 1892 N:o 40.

¹⁰¹ Ks. *Rasila* 1961 s. 34-44 ja *Wirilander* s. 1-2.

¹⁰² Torpparisopimukset olivatkin varsin kirjavia, *Rasila* 1961 s. 55.

¹⁰³ Laki maanvuokrasta 19.6.1902. As. kok. 1902 N:o 19.

että niiden palauttaminen tilan viljelysten yhteyteen on välttämätöntä hyvin järjestetyn maanviljelyksen kannalta. Janne Kivivuori katsoo tämän tarkoittavan sitä, että laki ei antanut käytännössä mitään suojaa (TPA II s. 15).¹⁰⁴

Sopimukseen tulee myös ”viralliset pykälät”, jotka näennäisestä mitättömydestään huolimatta sisältävät vuokranantajan täydellisen yksinvallan sopimukseen nähden: vuokraajan on oltava hyvämaineinen, hänen on viljeltävä maansa hyvin, hän ei saa aiheuttaa vahinkoa metsälle, ei asuttaa ketään ilman lupaa, ei sallia kokouksia, hänen on käyttäydyttävä hyvin sekä nuhteettomasti ja suoritettava vuokraehdot täsmällisesti. Kertojan mukaan jokainen em. yleisistä määräyksistä merkitsi sitä, että isäntä saattoi mihin hyvänsä niistä vedoten purkaa sopimuksen. Eräästä talosta torppari oli joutunut lähtemään jo tervehtimättä jättämisen vuoksi (TPA I s. 107-108). Toisaalta sopimuksen vuokraajaa velvoittavat em. ehdot vastaavat pitkälti vuoden 1902 maanvuokralain säännöksiä (43 § 1 mom:n 1-11 kohdat) eivätkä näin ollen tältä osin huonontaneet Jussin asemaa siitä, miksi se myöhemmin tuli torppareille suoraan lain nojalla. Koska kertoja ilmoittaa sopimuksen huonontuneen, vastaavia epävarmuutta ylläpitäviä ehtoja ei ilmeisesti ollut vanhan rovestin kanssa tehdyssä sopimuksessa.

Tultuaan pappilasta kotiin Jussi aivan oikein kiinnittää Alman huomion sopimuksen merkittävimpiin ehtoon: asumisoikeus on taattu vain, jollei virkatalon etu toisin vaadi. Tähän Alma realistina toteaa, ettei paperi heitä suojaisi, vaikka siinä lukisi mitä. Lähdettävä on sinä hetkenä kun käsketään (TPA I s. 109). Tästä tulee ainoa lohtu. Vahvemman oikeus voittaisi joka tapauksessa. Koskelat kuvataan lainsuojattomina. Sopimus ei anna kaivattua suojaa. Siihen kuitenkin takerrutaan kiinni, kun muutakaan ei ole. Pienintäkään oikeata syytä irtisanomiselle ei ole varaa antaa seurakunnalle.

Kontrahtiin ei tule määräystä, jonka mukaan ”aina on tultava töihin, kun käsketään, ja jollei tulla, niin töllistä pois”. Ylimääräiset työt on kuitenkin tehtävä ja taustalla on kontrahti yleisine määräyksineen. Vaikka ylimääräisistä töistä saa korvauksen, ne sattuvat aina aikaan, milloin torpankin kanssa on kiirettä (TPA I s. 124, 155 ja 192). Niistä ei voi kuitenkaan kieltäytyä ja torpan työt joudutaan tekemään yöllä torpparin auringon, kuun valossa. Käytännössä kontrahti muodostuu Jussille paljon ankarammaksi kuin se paperilla oli. Kun kirkkoherra pyysi ylimääräisiä ”pakkotöitä” Jussi luki

¹⁰⁴ Lain 39 § kuuluu: ”Jos maanjaon tahi rajankäynnin johdosta maanomistajalle käy välttämättömäksi oman maanviljelyksensä harjoittamista varten ottaa viljelykseensä toiselle vuokratun tilansa, olkoon oikeutettu vaatimaan vuokrasopimuksen kumoamista. Jos vaatimuksen syyt havaitaan päteviksi, olkoon vuokramies velvollinen luopumaan tilalta; nauttikoon kuitenkin laillisen lähtöajan.”

kontrahtimääräykset kirkkoherran tyytymättömiltä kasvoilta ”eikä suinkaan tuosta raamatunlehtien välistä säilytetystä paperista” (TPA I s. 124).

Vuoden 1902 maanvuokralain 13 §:ssä oli säädetty, että päivätyöt on jaettava vuotta kohti siten, että vuokramies ei niiden vuoksi esty omaa maanviljelystään hoitamasta. Vuokramiestä ei saanut myöskään velvoittaa luvultaan määrättyjen päivätöiden tehtävien lisäksi eri käskystä tekemään työtä vuokranantajalle. Tätä lainsäännöstä ei siis käytännössä Jussin ja pappilan välillä noudatettu. Vuoden 1892 asetuksessa ei vastaavaa säännöstä vielä ollut.

Kyse ei ole sopimuksesta, joka periytyisi. Sopimus on sidottu Jussin henkilöön. Ellen Salpakari, joka kokee olevansa kontrahtiasiassa määräävässä asemassa, kuten asianlaita todellisuudessa onkin, toteaa, ettei ”meidän” tule uusia torpankontrahtia vanhimmalle pojalle Akselille vaan keskimmäiselle pojalle (TPA I s. 221). Sopimuksen jatkuminen Jussin kuollessa on siis kokonaan toisen osapuolen vallassa.

Vielä vuoden 1902 maanvuokralakikin jätti vuokraoikeuden siirtymisen vuokranantajan tahdonvaraiseksi (33 §), vaikka sisälsikin jo säännöksen vuokraoikeuden periytyvyydestä.¹⁰⁵ Vasta vuoden 1909 maanvuokra-asetus¹⁰⁶ antoi torpparille oikeuden siirtää torpan toiselle henkilölle, ”johon vuokranantaja kohtuuden mukaan voipi tyytyä” (32 §). Jussi käyttääkin tätä mahdollisuutta sitten hyväkseen ja siirtää torpan muonaoikeutta vastaan Akselille.¹⁰⁷ Salpakarit eivät voi sitä halustaan huolimatta estää ”kun lakikin jo aiheuttaa sen” (TPA I s. 439).

Jussin sosiaalisesta asemasta kontrahdissa ei ole muita määräyksiä kuin että torpparinasemastaan huolimatta Jussilla on oikeus käyttää äänioikeutta kirkollisissa kokouksissa, toisin kuin esimerkiksi Laurilan Anttoolla. Jussi osallistuukin Lauri Salpakarin valintaan kirkkoherraksi (TPA I s. 92). Tämä kirkollinen oikeus ilmeisesti säilyy uudessakin kontrahdissa.

Uuden sopimuksen syntymisestä huolimatta epävarmuus kontrahdistista väijyy edelleen koko ajan taustalla. Lisääntynyt epävarmuuden tila muuttuu vähitellen normaaliksi olotilaksi, ”joka ei aina ollut mielessä, vaan vaikutti itse elämänasenteeseen” (TPA I s. 110). Ellenin mairea ystävällisyys ei vähennä Jussin levottomuutta, vaan päinvastoin lisää sitä (TPA I s. 116). Jussi jopa epäilee, että Ellenin vaatimus merkata Jussi Koskelana kirkonkirjoihin on juoni, kun kontrahti on toisella nimellä (TPA I s. 115). Jussi

¹⁰⁵ Lain 7 §:n mukaan oikeudet siirtyivät vuokralaisen leskelle ja rintaperillisille yhdessä.

¹⁰⁶ Asetus torpan, lampuotitilan ja mäkitupa-alueen vuokrauksesta 27.2.1909. As. kok. 1909 N:o 12. Linna käyttää tästäkin säädöksestä kertoessaan ilmaisua maanvuokralaki.

¹⁰⁷ TPA I s. 445.

menee kansakoulun avajaisiinkin vain, koska pastori on siihen kehottanut ja on pelko kontrahdista (TPA I s. 138). Kun Ellen tulee hakemaan nimeä adressiin, Jussilla on pelkona, että asia koskee kontrahtia. Pelkoa lisää se, että Ellen oli vähätellyt pappilan laitumien ja heinämaiden kokoa (TPA I s. 179).

Vasta vuonna 1909 epävarmuus alkaa hellittää. Vuoden 1909 maanvuokra-asetusta täydensi samana päivänä annettu taannehtivuusasetus,¹⁰⁸ jonka perusteella itse maanvuokra-asetusta sovellettiin myös aiemmin syntyneisiin voimassa olleisiin vuokrasuhteisiin ja joiden pysyvyys taattiin vuoteen 1916 asti (1 §). Tämä tulee sovellettavaksi myös Akselille siirtyneeseen Jussin kontrahtiin (TPA II s. 13). Se poistaa uhan perusteettomalta hädältä vuoteen 1916 asti. Sen jälkeiseltä ajalta asia jää kuitenkin auki pitäen epävarmuuden elossa (TPA I s. 460 ja TPA II s. 10). Vuonna 1915 asetusta jatketaan viidellä vuodella keisarin antamalla laillisuudeltaan kyseenalaisella julistuksella.¹⁰⁹ Se jäädyttää myös kontrahdin ja antaa lisää rauhoitusaikaa, vaikka Lauri Salpakari huomauttaakin Akselille julistukseen liittyvistä laillisuusongelmista (TPA II s. 53-56).

6.4 Sopimuksen noudattaminen

Sekä Jussi että Lauri Salpakari näyttäisivät noudattavan sopimuksen kirjaimen mukaisia velvoitteita häiriöttä. Jussi huolehtii tunnollisesti taksvärkipäivistä ja Salpakari antaa Jussin asua ja hoitaa torppaa. Jussi suostuu kaikkeen, mitä Salpakarin puolelta sopimuksen perusteella pyydetään. Ellenin ”pyynnöstä” Jussi ja Alma tekevät taksvärkipäiviä jopa Salpakarien lapsia kaitsien ja piparkakkutaloa rakentaen (TPA I s. 116 ja s.159-160). Lukija saa käsityksen, että Jussin asema on kuin rengin. Salpakarit voivat käytännössä määrätä torpparinsa lähes minkälaiseen työhön tahansa.

Vasta Akselin hallinta-aikana sopimuksen noudattaminen päättyy. Ensimmäinen ryhdytään lakkoon ja viikkoa ennen sisällissodan puhkeamista Akseli julis-

¹⁰⁸ Asetus helmikuun 27:pnä 1909 annetun torpan, lampuotitilan ja mäkitupa-alueen vuokrausta koskevan asetuksen soveltamisesta aikaisemmin syntyneisiin vuokrasuhteisiin 27.2.1909. As. kok. 1909 N:o 12.

¹⁰⁹ Armollinen Julistuskirja, jolla torppia, lampuotitiloja ja mäkitupa-alueita koskevat vuokrasopimukset pidennetään 1.10.1915. As. kok. 1915 N:o 63. Julistuksen vaikutus ei todellisuudessa näyttäisi rajoittuneen viiteen vuoteen, vaan siihen kunnes maanvuokra-asiat saadaan lopullisesti ratkaistuiksi (I-kohta). Julistus oli laitton sen vuoksi, että taannehtivuusasetuksen jatkaminen olisi edellyttänyt eduskunnan hyväksymää lakia. Eduskunta ei ollut kuitenkaan päässyt valtiopäivillä asiassa ratkaisuun ja siksi jatkaminen tehtiin hallinnollisesti. Julistusta käytännössä noudatettiin sen laillisuusongelmista huolimatta, *Rasila* 1970 s. 216-220.

tautuu vapaaksi taksvärkkipäivien teosta (TPA II s. 391 ja TPA III s. 133). Tämä on johdonmukaista siihen nähden, että vallankumousjohto julistaa kaikki maanvuokraajat isännistään riippumattomiksi ja torpat vuokraajien esteettömästi hallittaviksi (TPA II s. 211-212).¹¹⁰ Akseli olisi kuitenkin maksanut rahavuokran (TPA II s. 508). Sopimuksen rikkominen johtaa siihen, että se katsotaan irtisanotuksi (TPA II s. 421-422). Se ei kuitenkaan koske vanhojen Koskeloiden asumisoikeutta.¹¹¹ Sen sijaan Elina ja lapset saavat lähteä ja muuttavat Elinan vanhempien luo Kivivuoreen käyttämättä irtisanomisaikaa hyväksi (TPA II s. 424 ja 479-480). Ennen Akselin paluuta vankileiriltä häätö perutaan. Salpakari selittää koko hädön tapahtuneen hänen tahtonsa vastaisesti. Oikeudet torppaan palautetaan rahavuokraa vastaan ja Salpakari mainitsee tulevan mahdollisuuden maiden lunastamiseen (TPA II s. 507-509).

Vuoden 1902 maanvuokralaki antoi mahdollisuuden sopia vuokran maksusta joko rahana, luonnontuotteina tai päivätyönä (13 §). Vuoden 1909 maanvuokra-asetuksessa tilanne muuttui siten, että rahavuokrasta tuli ensisijainen maksutapa (3 § 1). Taksvärkillä maksamisesta voitiin kuitenkin sopia (3 § 2). Akseli olikin pitänyt taksvärkkipäivien tekoa edullisempänä ja niin oli pappilan kanssa ilmeisesti sovittu (TPA I s. 438-439). Lainmukaisen ensisijaisen maksutavan vaihtuminen rahavuokraksi ilmensi torpparien aseman muuttumista yhä enemmän isännän työntekijöistä itsellisiksi viljelijöiksi.¹¹²

6.5 Sopimusehtojen soveltaminen

6.5.1 Taksvärkin määrän muuttaminen

Ellenin aloitteesta vuokraa korotetaan, vaikka Jussi ottaakin itse asian puheeksi kaksivuotiskauden jälkeen. Salpakarin teennäisen huvittava ”pyyntö” lisäpäivistä, joka Jussia ei naurata yhtään, on tässä tilanteessa sama kuin käsky. Lisäpäivät kohdistuvat kesäaikaan, jolloin on kiirettä itselläkin (TPA I s. 153-154). Myöhemmin kun raivattuja maita liitetään

¹¹⁰ Suomen Kansanvaltuuskunnan antaman lain mukaan torppareilla tuli olla oikeus viljellä ja hallita torpan aluetta esteettömästi ja ilman vuokranmaksua. Laki torpparien, lampuotien ja mäkitupalaiisten julistamisesta maanomistajista riippumattomiksi 31.1.1918 (1 §).

¹¹¹ Vanhat Koskelat rakensivat vaarinpirtin ”uuden puolen” Akselin ja Elinan muutettua torppaan ”vanhalle puolelle”. Vaarinpirtti on Jussin oma ja siitä on tehty torpasta erillinen sopimus seurakunnan kanssa, TPA I s. 445.

¹¹² Torpparien asema tämän päivän sopimustyyppien valossa oli kaksijakoinen. Niin kauan kuin vuokra maksettiin työllä, torpparikontrahdit sisälsivät sekä työsopimuksen että maanvuokrasopimuksen elementtejä. Ks. sopimustyyppien erottelusta ja sekamuotoisista sopimuksista, *Halila – Hemmo* s. 15-27.

takaisin pappilaan, taksvärkkipäiviä vähennetään samassa suhteessa (TPA I s. 217). Vuokranantajan täydellistä ylivaltaa ilmentää hyvin se, että Lauri ja Ellen Salpakarin kuulemat käen kukuntojen kerrat määräävät lisätaksvärkkipäivien määrän (TPA I s. 149). Määrä ei ole paljon, mutta on osoitus pohjan epävarmuudesta (TPA I s. 155). Jussin katkeruus alkaa. Lukija osaa odottaa suurempia epäoikeudenmukaisuuksia tulevaksi.

6.5.2 Suoalueen liittäminen pappilaan

Myös osan Koskelan pelloista liittäminen pappilan yhteyteen lähtee liikkeelle Ellenin aloitteesta. Tahdonvoimaisen ja naisellisia keinoja hyväksikäyttävän Ellenin edessä Lauri Salpakari on avuton ja taipuu maiden takaisin ottamiseen. Lauri yrittää vedota liittämisasiasta Ellenin kanssa keskustellessaan kontrahtiin. Lauri ei luonnollisestikaan saa siitä tukea, kun siihen sisältyi ”tuo onneton lause, jonka hän oli siihen kirjoittanut alun perin seurakuntahallintoa varten: ellei virkatalon etu toisin vaadi”. Ellenin mukaan tämä merkitsee ”täyttä päätösvapautta”. Kysymyksessä ei ole torpankontrahdin purkaminen, vaan vain osan palauttaminen pappilan yhteyteen. Jussin on Ellenin mielestä käsitettävä, että hänellä on vain vuokralla vieraita maita, joista joskus on luovuttava (TPA I s. 206). Laurin mielestä Jussilla on jonkinlainen omistusoikeus, ”se mikä maan raivaajilla on”. Ellen pilkkaa Laurin käsitystä ja toteaa, että omistusoikeus saadaan joko oston, perinnön tai lahjoituksen kautta eikä isojaon jälkeen ole enää ollut valtausoikeutta. Ellenin lain lukuun Lauri ei voi todeta muuta kuin että hänen kohdaltaan kysymys ei ole juridinen (TPA I s. 207).¹¹³ Tässä dialogissa oikeuden ja oikeudenmukaisuuden välinen jännite tuodaan selkeästi lukijan eteen.¹¹⁴

Taivuttuaan vaimonsa tahtoon Lauri Salpakari saa jälleen tukea Töyryltä ja lupaa omalta osaltaan tukea Töyryä suosituksella, että Töyryn veli saisi elinkeinoluvan kaupan pitämiseksi (TPA I s. 213). Salpakaria ei tässä häiritse se, että Laurilat on häädetty torpastaan kaupan tieltä ja kyse on eräänlaisesta ”koplaamisesta”.

Heikkotahtoinen Salpakari pyrkii Jussin edessä piiloutumaan maiden liittämisasiassakin muiden selän taakse. ”On tultu siihen käsitykseen, ettei virkatalo tällaisena seiso omilla jaloillaan”. ”Ja kirkkoneuvosto...Ovat kaiketi katsoneet virkatalon edun vaativan”. Jussilla ei ole muuta tehtävissä

¹¹³ Perusristiriita maakysymyksessä on, että lain mukaan Jussilla ei ole oikeutta maahan, mutta Jussilla on raivauksen kautta moraalinen ”luonnonoikeus” maahan, *Jakonen* s. 231.

¹¹⁴ Näin myös Ellenin ja Laurin dialogissa koskien Koskelan poikien kuolemantuomioita: ”Ehkä se on lain mukainen, mutta onhan oikeus armahtaa”, TPA II s. 420.

kuin alistua. Sopimuksen heikkous Jussin kannalta käy hyvin ilmi Salpakarin vastauksesta Jussin toteamukseen, että sopimus kai sitten täytyy uusaa. ”Se ei ole tarpeen... Emmehän me muuta itse sopimusta. Me vain palautamme osan maista, joita ei sopimuksessa ole tarkemmin määriteltykään” (TPA I s. 216-217). Tässä konkretisoituu, että sopimus ei antanut käytännössä mitään suojaa Jussille.¹¹⁵

Palautettujen maiden osalta ei makseta mitään korvausta. Salpakarin esittäessä asiaa kirkkoneuvostolle häneltä kysytään, onko sopimuksessa siitä ehtoja. Kun ei ole, ”niin ei siinä sitten mitään”. Maakysymys oli tässä vaiheessa alkanut leijaila ilmassa eikä torppareiden vaatimuksille haluttu antaa myöntyväistä esimerkkiä. Salpakari ei pyri taivuttamaan neuvostoa, vaan keksii mielessään verukkeita, miksi maiden riisto ei itse asiassa olekaan väärin (TPA I s. 224-225). Asia jää siihen.¹¹⁶ Sillä, että sopimus on epäoikeudenmukainen, ei ole merkitystä silloin, kun sen ehdot tukevat vahvempaa osapuolta.

Jussi ja Alma kokevat maiden menettämisen väärytenä (TPA I s. 217-218 ja TPA II s. 207). Akseli kokee sen myös jalostuneempänä väärytenä, oikeudettomuutena (TPA I s. 275). Myös Lauri Salpakari pitää maiden ottamista epäoikeudenmukaisena, mutta ”siinä epäoikeudenmukaisuus on kuitenkin pientä Akselin osoittaman uppiniskaisuuden rinnalla” (TPA I s. 270).¹¹⁷ Lukijaa puistattaa Salpakarin itsensä puolustelu. Ikään kuin maan raivaajan pojan huono käytös oikeuttaisi maiden ottamisen.

6.6 Maiden omistusoikeuden saaminen ja sopimuksen päätyminen

Teoksen kolmannessa osassa Jussin kontrahtiin perustuva jännite purkautuu. Torpparit saavat lunastaa maansa ja torpparisopimukset lakkaavat. Vuoden 1918 torpparivapautuslain¹¹⁸ mukaan torppa, josta vuokrasuhde oli voimassa lain tullessa voimaan tuli lunastettavaksi, jos jompikumpi osapuoli

¹¹⁵ Oma etu, Jussin alamaisen asema ja kateus ohjataan sosiaalisesti hyväksyttäviin uomiin, kun muodolliset perustelut saadaan vielä Jussille aikanaan sanellusta väljästä sopimuksesta, *Nummi* s. 273.

¹¹⁶ Vrt. vuoden 1902 maanvuokralaki, jonka mukaan vuokramies, joka oli parantanut tilaa, oli oikeutettu vuokrasopimuksen lakatessa korvaukseen siihen panemastaan työstä ja kustannuksista (49-50 §).

¹¹⁷ Ks. maiden riiston epäoikeudenmukaisuudesta *Vuotila* s. 114.

¹¹⁸ Laki vuokra-alueiden lunastamisesta 15.10.1918 As. kok. 1918 N:o 135. Torpparivapautuslaki tuli voimaan vuonna 1918, mutta sitä muutettiin osin heti vuoden 1919 kesällä ja kaikki lunastukset tapahtuivat lain muutetun muodon mukaisesti. Pappiloiden torppareihin laki ulotettiin vasta 1921, *Rasila* 1970 s. 384.

sitä vaati ennen vuokrasuhteen päättymistä (1 §). Eletään tuokion aikaa helpotuksen ja juhlan hetkiä.

Kontrahti edesauttaa Koskelan maiden lunastamista ja on sen perustana, vaikka kontrahti onkin ehdoiltaan väljä. Salpakarin mielestä asia tosin on selvä: ”Tapaushan on niin kiistaton, kun on yhtenäinen alue ja kaikin puolin muutenkin tarkasti määritellyt ehdot” (TPA III s. 13).

Torpparivapautuslain mukaan tilaan tuli kuuluvaksi torpan alueeseen kuuluva tontti sekä viljellyt ja viljelyskelpoiset tilukset, yhteensä korkeintaan 15(10) hehtaaria. Vuokramiehen vaatimuksesta erityisistä syistä, kuten rakennusten suuruuden ja tilusten sopivan sijoittamisen vuoksi, voitiin lunastaa isompikin alue, ei kuitenkaan enempää kuin 20(15) hehtaaria (4 §). Myös lunastettavan metsäalueen maksimiala oli 20(15) hehtaaria.¹¹⁹

Akseli toteuttaa pitkään haaveillun unelman eikä hänen kuolemantuomionsakaan estä lunastamista.¹²⁰ Akseli saa lisäksi ostaa raivaamattoman osan pappilan hallussa olleesta suoalueesta ja saa hyvän metsäalueen. Kyse on siis osin vapaaehtoisesta sopimuksesta, osin lakiin perustuvasta lunastuksesta. Kauppa/lunastushinta on 9 000 markkaa. Lunastussopimus on torpalle edullinen (TPA III s. 36-40). Tämä edullisuus tosin kuvataan syntyväksi ei niinkään oikeudenmukaisuussyistä kuin sen vuoksi, että lunastuslautakunnan jäsen Mellola ei jaksanut osallistua tarkastukseen asianmukaisesti (TPA III s. 38-39).

Torpparivapautuslain mukaan lunastushinta määräytyi alueen lunastushetken arvon perusteella. Siitä oli kuitenkin vähennettävä torpparin tekemien parannusten arvo. Lisäksi siitä oli vähennettävä se määrä, jolla alueen arvo oli noussut maailmansodan alkamisesta vuonna 1914, rahan arvon alenemisesta aiheutunut nousu siihen luettuna (11 §). Yli 15(10) hehtaarin menevästä viljelyskelpoisesta maasta tuli maksaa käypä hinta (12 §). Torpparit hyötyivät huomattavasti lunastushinnoissa inflaatiosta, joka oli ollut sodan ja kullan arvosta irrotetun paperirahan liiallisen painamisen vuoksi suurta.¹²¹

¹¹⁹ Suluissa lain alkuperäiset maksimipinta-alat.

¹²⁰ Vuoden 1918 torpparivapautuslain alkuperäisen 62 §:n mukaan, jos vuokramies oli tuomittu ennen lunastuksen tapahtumista vapausrangaistukseen vähintään kymmeneksi vuodeksi tai kuolemanrangaistukseen, lunastaminen edellytti vuokranantajan suostumusta. Tämä ns. punakaartilaispykälä kumottiin vuoden 1919 kesällä eikä se käytännössä vaikuttanut torppareiden niin kuin ei Akselinkaan asemaan, *Rasila* 1970 s. 369. Ks. maininnat tästä TPA II s. 481, 503, 508 ja 513.

¹²¹ *Rasila* 1970 s. 362-366. Pohjantähdessä inflaatio kuvastuu esim. siinä, että kun Koskelasta maksettiin vuoden 1914 tasossa 9 000 markkaa, maksoi Lauri Kiviojan kuorma-auto 1920-luvun puolivälissä yli 40 000 markkaa (TPA III s. 163) ja Janne Kivivuorella meni oikeudenkäyntikuluihin 1930-luvun alussa yli 20 000 markkaa (TPA III s. 306).

Vihdoin sotien ja kolmen poikansa kaatumisen jälkeen Akseli saa takaisin katkeruutensa siemenenä olleen pappilaan liitetyn Jussin raivaaman puolen suosta. Se vaihdetaan vapaaehtoisella kaupalla osaan Koskelaan liitetyistä Kivivuoren maista. Salpakarin laitattama raja-aita käy tarpeettomaksi. Siitä ei Akseli kuitenkaan pääse nauttimaan, vaan hänen aikansa on täysi (TPA III s. 517-519). Vääryys tulee lopullisesti oikaistuksi, mutta kirjoittaja ei anna lukijalle siitä hyvän olon tunnetta. Samanaikaisella Akselin kuolemalla kirjoittaja vain lisää epäoikeudenmukaisuuden kokemusta, mikä raivatun maa-alueen ottamisesta syntyi.

6.7 Sopimus ja moderni sopimusoikeuskäsitys

6.7.1 Sopimusoikeuden kehityksestä

Sopimusoikeus on kehittynyt voimakkaasti teoksen ilmestymisajoista. Varallisuus oikeudellinen sopimus ilmiönä on laajentunut. Sopimuskäsitettä tarkastellaan nyttemmin suppean muodollisjuridisen ilmiön sijasta yhteiskunnallisesta näkökulmasta.¹²² Liberalistisesta sopimusopista, jonka mukaan sopimussuhteet järjestyvät parhaiten pelkästään yksilöiden valintojen kautta ilman sääntelyä, on luovuttu.¹²³ Arvot ovat tulleet sopimusoikeuteen. Käsiteläinopin ote sopimusoikeudesta on enää heikko.

Sopimusvapautta on rajoitettu heikomman osapuolen suojelemiseksi. Aiemmin sopimusoikeus oli luotu toimijoille, jotka saivat vapaasti hyötyä vahvuuksistaan ja kärsiä heikkouksistaan. Sillä, oliko toinen tekemässä sopimusta henkensä pitimiksi ja toinen taloudellisen voiton toivossa, ei ollut periaatteessa vaikutusta. Myöskään sopimusosapuolten erilaisuudelle ei annettu merkitystä. Vain sopimus ymmärrettiin yksilölliseksi. Sen sijaan sopimuskumppanit nähtiin samanlaisina ja yhdenvertaisina. Sittemmin on alettu kiinnittää huomiota osapuolten tosiasialliseen asemaan ja rooleihin. Sopimusosapuolia ei nähdä enää oikeudellisestikaan abstrakteina esimerkiksi ostajana ja myyjänä, vaan heissä voi olla sopimuksen syntymiseen, sitovuuteen ja sisältöön vaikuttavia henkilö- tai tilannekohtaisia erityispiirteitä.

Yhteiskunnan rooli taloudellisen suojan antajana on kasvanut. Joidenkin ryhmien kuten kuluttajien ja työntekijöiden asema suhteessa heitä vahvempiin sopimuskumppaneihin on haluttu turvata. Täydellisen sopimusvapauden aiheuttamat epäkohdat on pyritty hyvinvointivaltiossa elimi-

¹²² Ks. sopimusoikeuden kehityksestä *Pöyhönen* 1988 s. 199-248, *Häyhä* 1996 s. 16-23 ja *Hemmo* I s. 6-37,

¹²³ Ks. liberalistisesta sopimusopista, *Häyhä* 1996 s. 29-64.

noimaan. Epätasapainoisten sopimusten syntymistä on ennaltaehkäisty ja kohtuuttomien sopimusten sovittelu on tehty mahdolliseksi. Sopimusoikeus on sosiaalistunut ja vahvemman oikeutta on rajoitettu.¹²⁴ Tähän on ollut syynä sekä pyrkimys yhteiskunnalliseen oikeudenmukaisuuteen että taloudelliseen tehokkuuteen. Vaihdamman ja samalla hyvinvoinnin lisääminen on edellyttänyt molempia.

Sopimus on käsitteenä suhteellistunut. Sopimusta ei enää pidetä pistemäisenä ilmiönä. Se syntyy ja sen oikeusvaikutukset päättyvät yleensä vaiheittain. Sopimuksella voi olla vaikutuksia muihinkin henkilöihin kuin sopimuskumppaneihin. Sopimus ei ole staattinen ilmiö, vaan sen sisältö voi muuttua ajan kuluessa ja osapuolten käyttäytymisen perusteella. Muuttuneet olosuhteet voivat olla peruste sopimuksen sovittelmiselle siten, että se paremmin vastaa sopimuksen alkuperäistä tarkoitusta ja osapuolten odotuksia uudessa tilanteessa. Sopimusoikeudellisten ongelmien ratkaiseminen voi edellyttää kaavamaisien ratkaisujen sijasta arvosidonnaisia valintoja. Niihin harvoin on vain yhtä oikeaa ratkaisua.

Sopimus käsitettiin ennen liberalistisen sopimusopin mukaisesti instrumentiksi, millä osapuolet tavoittelivat toisilleen vastakkaisia tai ainakin toisistaan riippumattomia intressejä. Sopimussuhteen tasapainon katsottiin syntyvän itsestään näiden intressien yhteensovittamisen tuloksena. Nyttämmin sopimus nähdään sopimuskumppanien yhteisten etujen toteuttajana, yhteisenä keinona tavoitteeseen pääsemiseksi. Tämän vuoksi heidän on oltava toisilleen lojaaleja.

Sopimuksen sitovuus ei ole enää pelkästään muodollisten kriteerien varassa. Myös osapuolten perustellut odotukset ja sopimuksen sisältö vaikuttavat siihen. Sisällöltään kohtuuttomat sopimukset ovat sitomattomia. Samalla sopimuksen ennakoitavuutta edistävä tavoite toteutuu muidenkin tekijöiden kuin sopimuksen noudattamisvelvollisuuden perusteella.

Yhteiskunnallinen ympäristö, missä sopimuksia tehdään, on muuttunut. Maatalousyhteiskunnan vaihtuminen teolliseksi on yhtäältä keskittänyt taloutta sekä tuotantotoimintaa ja toisaalta laajentanut markkinoita. Samalla sopimukset ovat joukkomittaistuneet. Suuri osa sopimuksista syntyy siten, että niiden sisältö on etukäteen määrätty vakioehdoin ja ne ovat kaikille samanlaisia. Käytännössä tämä on rajoittanut sopimusvapautta. Kuluttajaosapuolen turvallisuus on kuitenkin kasvanut, kun vakioehtojen kohtuullisuutta valvotaan viran puolesta.

¹²⁴ Ks. tästä erityisesti *Wilhelmsson* s. 23-37.

6.7.2 Sopimusten sovittelun ja lojaliteettivelvollisuuden tulo osaksi sopimusoikeutta

Sopimusoikeuden kehitys ilmenee sekä lainsäädännössä, oikeuskäytännössä että sopimusoikeuden yleisissä opeissa. Lainsäädännöstä voidaan mainita esimerkiksi kaikki kuluttajan asemaa turvaavat lait, joista tärkein, kuluttajansuojalaki, tuli voimaan 1978. Korkein oikeus on antanut useita ratkaisuja, joissa sopimusoikeuden muuttuminen avoimemmaksi on havaittavissa. Oikeustieteessä on kuljettu yhä etäämmälle liberalistisesta sopimusopista. Sopimusoikeuden kehityksen näkökulmasta ehkä suurimman kontrastin teoksen ilmestymisajan ja tämän päivän juristilukijan välillä tarjoavat opit lojaliteettivelvollisuudesta sekä sopimustasapainon vaatimuksesta, joka viime kädessä toteutetaan kohtuuttoman sopimuksen sovittelulla.

Vaikka lojaliteettivelvollisuus ja kohtuuttomien sopimusehtojen sovitelu eivät olleetkaan sopimusoikeudessa täysin tuntemattomia ilmiöitä 1960-luvulle tultaessa, ne eivät kuuluneet sopimusoikeuden yleisten periaatteiden joukkoon. Varsinkin oppi lojaliteetista sai vahvan jalansijan sopimusoikeudessa vasta paljon myöhemmin.

Sopimusoikeudellisissa oppikirjoissa, joita käytettiin Pohjantähden ilmestymisen aikoihin lojaliteettivelvollisuus ja kohtuuttomien sopimusehtojen sovittelemisen mahdollisuus ilmenevät vain joissakin yksityiskohdissa. Vuonna 1959 ensimmäisen kerran ilmestyneen Suomen siviilioikeuden oppikirjan kolmannessa painoksessa vuodelta 1973 käsitellään kohtuusperiaatetta puolen sivun verran mutta kuitenkin omana kappaleenaan.¹²⁵ Vuonna 1965 ilmestyneessä sopimusoikeuden oppikirjassa Lärobok i kontraktsrätt ei kohtuuttomuutta käsitellä omana aiheenaan, mutta sen katsotaan jo ”vastaavan” (motsvara) yleistä periaatetta.¹²⁶ Vuonna 1975 ilmestyneessä suomenkielisessä versiossa em. teoksesta kohtuuttomuutta käsitellään selvästi laajemmin ja omassa kappaleessaan ja katsotaan, että ”sitä voidaan nykyisin pitää yleisenä oikeusperiaatteenä”.¹²⁷ Kummassakaan teoksessa ei nimenomaisesti käsitellä lojaliteettivelvollisuutta edes myöhemmissä painoksissa.

Toisin kuin 1950-60 -luvun taitteen juristiopiskelija saa tämän päivän opiskelija luentojen lisäksi lukemistaan tenttikirjoista laajan ja hyvän kuvan siitä, mitä em. periaatteilla tarkoitetaan. Esimerkiksi Helsingin yliopiston tutkintovaatimuksiin kuuluvassa teoksessa Sopimusoikeus II käsitellään

¹²⁵ Kivimäki – Ylöstalo s. 7-8 ja s. 324-325.

¹²⁶ Godenhielm 1965 s. 232.

¹²⁷ Godenhielm 1975 s. 11 ja s. 203-205.

sopimusten sovittelua kattavasti omassa luvussaan.¹²⁸ Lojaliteettivelvollisuus ei ole ko. teoksessa yhtä näkyvässä asemassa, mutta sitä käsitellään sen lisäksi toisessa tentittävässä teoksessa *Sopimustyyppit* useissa eri kohdissa.¹²⁹ Oikeustieteellisissä tutkimuksissa em. periaatteista on nyttemmin kirjoitettu paljon ja ne ovat olleet myös väitöskirjojen aiheina, mutta vasta 1970–80-luvulta alkaen.¹³⁰

Näiden sopimusoikeudellisten periaatteiden kehitystä ja esiintuloa kuvastaa osaltaan myös se, miten niitä on alettu soveltaa korkeimman oikeuden ennakkopäätöksissä. Vaikka ko. periaatteita on KKO:n ratkaisuisissa käytetty myös niin, ettei niitä ole nimenomaisesti mainittu ratkaisujen perusteluissa, antavat seuraavanlaiset haut viitteellisen tuloksen. Kun haetaan KKO:n ennakkotapausrekisteristä ratkaisuja vuodesta 1926 eteenpäin, joiden perusteluissa tai tiivistelmissä ilmenevät sekä sanat ”kohtuuton” että ”sopimus”, saadaan yhteensä 60 ratkaisua. Näistä vain 3 on annettu ennen vuotta 1962, jolloin Pohjantähden kolmas osa ilmestyi. Jo tuohon mennessä sopimusoikeudellisia ratkaisuja oli kaikkiaan annettu satoja. Sanoilla ”sopimuksen sovittelu” tulee 30 osumaa, joista vanhin on vuodelta 1972. Ratkaisuja, joissa ilmenee ”loj”-alkuisia sanoja, kuten lojaliteettivelvollisuus ja lojaalisuus, löytyy 23 kappaletta, joista vanhin on vasta vuodelta 1986. Samat haut viimeiseltä 10 vuodelta antavat yhteensä yli puolet kaikista osumista. Kyseessä olevat periaatteet ovat sanahaun perusteella olleet tuomioistuinkäytännössä vielä lähes tuntemattomia Pohjantähden ilmestymisen aikoihin. Sen sijaan tänä päivänä ne ovat KKO:n ennakkopäätöksissä usein esillä.

6.8 Lojaliteetti

6.8.1 Lojaliteettivelvollisuudesta yleisesti

Suomen sopimusoikeudessa sopimusosapuolilta vaadittava lojaliteetti tuli yleiseen keskusteluun 1970-luvulla ja oikeuskäytännössä sen vaikutus alkoi ilmetä viimeistään 1990-luvulla. Lojaliteettivelvollisuuden oikeudellinen merkitys ja sisältö eivät ole silti vielä täysin täsmentyneet ja se kehittyikin edelleen. Sen painoarvo sopimusoikeudessa on jatkuvasti vahvistunut. Lojaliteettivelvollisuudella tarkoitetaan yleensä toisen osapuolen etujen huomioon ottamista sopimuksen edistämiseksi. Sopimus, varsinkin pit-

¹²⁸ *Hemmo* II s. 43-106.

¹²⁹ Ks. *Halila – Hemmo*, asiahakemisto.

¹³⁰ Esim. *Pöyhönen* 1988 ja *Rudanko* 1989. Nyttemmin lojaliteetti on monissa pohjoismaisissa sopimusoikeudellisissa tutkimuksissa keskeinen teema.

käaikainen sopimus, on kuin yhteinen yritys tai yhteistoiminnan kehikko, josta molempien on pidettävä huolta. Se ei yleensä onnistu vain omien etujen ajamisella.¹³¹

Lojaliteettivelvollisuus voi edellyttää esimerkiksi sitä, että osapuolten on informoitava toisiaan seikoista, jotka voivat olla toiselle epäedullisia, jotta toinen voi niihin varautua tai välttää ne. Toisen osapuolen varoittaminen voi olla helppoa ja yksinkertaista esimerkiksi paremman asiantuntemuksen vuoksi. Toinen voi taas saamansa informaation avulla säästyä vahingoilta, jotka muuten olisivat syntyneet. Lojaliteettivelvollisuus voi merkitä myös sitä, että osapuolten on pyrittävä ristiriitatilanteissa käyttämään ensin lieviä oikeuskeinoja ja vasta sitten ankarampia. Virheellisen suorituksen tekijälle on annettava ensin mahdollisuus oikaista suorituksensa ennen kuin aletaan vaatia muita seuraamuksia, esimerkiksi kaupan purkua. Lojaliteettivelvollisuus tarkoittaa myös oikeuden väärinkäyttämisen kieltoa. Oikeuksien käyttämisestä toiselle aiheutuva vahinko on minimoitava. Oikeutta ei saa käyttää myöskään siten, että näennäisesti sallitulla toimenpiteellä pyritään toiselle vahingolliseen päämäärään. Puhtaimmillaan lojaliteettivelvollisuus on silloin, kun se ei pelkästään edellytä osapuolelta myötävaikutusta sopimuksen tavoitteiden toteuttamiseksi, vaan vaatii myös uhrauksia ja tinkimistä omista eduista.

Lojaliteettivelvollisuuden sisältö ja vahvuus voivat vaihdella eri oikeussuhteissa. Sen merkittävimpanä soveltamisalueena ovat pitkäkestoiset sopimukset. Pitkälle ajalle ulottuva yhteistoiminta luo perusteltuja odotuksia ja vaatimuksia toisen toiminnalle. Lojaliteettivelvollisuus, toisen osapuolen intressien huomioon ottaminen, antaa turvaa ja varmuutta yhteistoiminnan sujumiselle ja jatkuvuudelle. Se täydentää lainsäännösten ja sopimusehtojen luomia velvoitteita, jotka eivät välttämättä sääntele kaikkia sopimussuhteen kuluessa eteen tulevia tilanteita. Pitkäaikaisessa sopimussuhteessa lojaliteettivelvollisuus voi rajoittaa myös sopimussuhteen päättämistä. Esimerkiksi irtisanomisajan kohtuullisuutta arvioitaessa on otettava huomioon se, minkälaista vahinkoa sopimuksen äkillinen päättäminen aiheuttaa toiselle ja onko irtisanojalla siihen mitään erityistä ja tärkeää syytä.¹³²

Pitkäkestoisen sopimuksen lisäksi lojaliteettivelvollisuus voi olla korostunutta silloin, kun osapuolet ovat huomattavasti panostaneet sopimukseen investoimalla tai muulla tavoin. Sopimus voi olla toiselle osapuolelle välttämätön. Osapuolten välille on voinut syntyä epävirallisia organisaatioita, esimerkiksi osto- ja myyntiverkostoja. Näiden puitteissa toimiminen asettaa

¹³¹ Ks. lojaliteetista esim. *Taxell* s. 80-81, *Häyhä* 1996 s. 221-222 ja *Hemmo* I s. 53-57 ja niissä mainitut lähteet.

¹³² *Hemmo* II s. 386.

osapuolille erilaisia velvoitteita kuin täysin toisilleen vierailta sopimus-kumppaneilla on.

6.8.2 Jussin kontrahti ja lojaliteetti

Jussin kontrahdissa Jussin sopimuskomppanina on seurakunta. Seurakuntaa edustaa sopimussuhteessa kirkkoherra. Lopullinen päätösvalta on kirkkoneuvostolla. Sopimus on pitkäaikainen ja se edellyttää yhteistoimintaa. Jussille sopimus on taloudellisesti ja muutoinkin elintärkeä. Hän on panostanut siihen kaiken liikenevän työpanoksensa. Hänen ja hänen perheensä elämä ja tulevaisuus ovat kontrahdin varassa. Seurakunnalle sopimuksen merkitys on rajallinen ja sen arvo on yksinomaan taloudellinen. Sopimusasetelma on sellainen, missä seurakunnalta voitaisiin edellyttää erityisen korostunutta lojaalisuutta Jussia kohtaan. Kirjan todellisuus on kuitenkin toinen. Seurakunnan tai rovastin epälojaalisuus ilmenee jo sopimuksen syntyvaiheessa.

Lojaliteettivelvollisuudet syntyvät sopimusneuvotteluvaiheesta alkaen voimistuen sitä mukaa kuin osapuolten välinen luottamus sopimuksen syntymiseen vahvistuu. Rovasti piinaa Jussia sopimuksen tekemisen lykkäämisellä. Hän kuitenkin antaa Jussin tehdä työtä eteenpäin yhtäältä luoden Jussille perusteltuja odotuksia, mutta toisaalta pitäen Jussia epävarmuudessa. Tästä tarpeettomasta sopimusneuvotteluvaiheen pitkittämisestä ei Jussille kuitenkaan aiheudu taloudellista vahinkoa, kun sopimus kuitenkin lopulta tehdään. Jussin kokemus kärsimys ei taas ole tällaisessa tilanteessa korvattavaa vahinkoa.

Jussi ei saa kontrahtiin pidennystä, vaikka lainsäädäntö (vuoden 1892 asetus) mahdollistaisi sen. Oikeustilan muutos on tehty juuri sen saavuttamiseksi, että torpankontrahteihin tulisi pysyvyyttä ja jatkuvuutta. Jussin taloudellinen panostus torppaan on hänen resursseihinsa nähden ollut huomattava. Seurakunta on investoinut hankkeeseen vain raakamaan käyttöoikeuden ja rakennuspuut. Pidennyksestä ei olisi Jussin tunnetuksi tulleen tunnollisuuden vuoksi suurtakaan riskiä. Irtisanominen olisi sitä paitsi sopimusrikkomuksen perusteella mahdollista pidennyksestä huolimatta. Jussille taas sopimuksen pidennyksellä olisi koko sopimuksen tarkoituksen kannalta olennainen merkitys. Se loisi ainakin periaatteessa varmuutta tulevaisuuden varalle. Jussille torppa ei ole pelkkä liiketaloudellinen yritys, vaan siihen sisältyy muitakin arvoja. Se on hänelle koti ja koko elämä. Tällaisia muita kuin varallisuuspitoisia arvoja, jotka seurakunta voisi menettää, seurakunnalla ei ole. Kaikki Jussin ja seurakunnan välisessä tilanteessa puoltaisi sitä, että pidennykseen suostuttaisiin. Rovasti

ei kuitenkaan toimi näin, koska hän ei itse ole ollut tunnollinen, jonka vuoksi hänellä ei ole kirkkoneuvoston luottamusta. Rovastin ja samalla seurakunnan toiminta on sopimussuhteen tarpeettoman epävarmuuden ylläpitämisen vuoksi Jussia kohtaan epälojaalia. Sille ei ole mitään sopimuksen tarkoituksesta johtuvaa syytä.

Rovastin kuoltua syntyy sopimukseton tila. Koska osapuolet sopimuksen muodollisesta päättymisestä huolimatta toimivat ikään kuin sopimus olisi edelleen voimassa, se luo osapuolille perusteltuja odotuksia sopimuksen voimassa olon suhteen. Tämän päivän sopimusoikeuden valossa sopimus todennäköisesti olisikin ollut osapuolten käyttäytymisen perusteella ja ilman eri säännöstä rovastin kuoleman jälkeen yhä voimassa, kun seurakunta ei erityisesti vedonnut sen päättymiseen.¹³³ Tapahtuma luonnollisesti kuitenkin kuvataan siten, että Jussilla ei ole rovastin kuoltua minkäänlaisia sopimukseen perustuvia oikeuksia. Lojaliteettivelvollisuus saattaisi olla jopa syynä sille, ettei sopimus olisi seurakunnan vetoamisesta huolimatta päättynyt siitäkään huolimatta, että se on sidottu rovastin elinaikaan. Seurakunnalla ei ole mitään erityistä syytä sopimussuhteesta irtautumiseen. Rovastin kuolema ei vaikuta sen sopimusoikeudelliseen asemaan millään tavoin. Ainakin voitaisiin pitää lojaliteettivelvollisuuden mukaisena, että sopimuksen päättämisessä noudatettaisiin tällaisessa tilanteessa kohtuullista irtisanomisaikaa.

Samantyyppinen epälojaali toisen osapuolen epävarmuudessa pitäminen jatkuu Lauri Salpakarin tultua kirkkoherraksi. Mitään asiallista syytä sille, että osapuolten sopimussuhteita ei vahvisteta uudelleen, ei ole. Myöskään sille, että sopimus tehdään vain väliaikaiseksi, ei ole sopimussuhteesta johtuvaa perustetta. Syy on täysin ulkopuolinen, Ellenin valta kirkkoherraan nähden, mihin Jussi ei voi millään vaikuttaa.

Sopimusehtoja voidaan pitkäaikaisessa sopimussuhteessa muuttaa, jos sopimuksessa on ehto muutosoikeudesta. Toisella osapuolella on kuitenkin oltava mahdollisuus irtisanoutua sopimuksesta, jottei hänen tarvitse velvoittautua siihen aiempaa huonommin ehdoin. Jos toinen osapuoli ei käytännössä voi luopua sopimussuhteesta tai se aiheuttaisi hänelle huomattavia menetyksiä, muuttaminen voi olla epälojaalia. Näin varsinkin silloin, kun muuttamisen peruste ei johdu muuttuneista olosuhteista, esimerkiksi yleisestä kustannustason noususta. Taksvärkkipäivien lisääminen näyttäisi olevan ainakin lähellä epälojaalia menettelyä, vaikka sopimusehdot sen periaatteessa mahdollistavatkin. Joka tapauksessa se kuvataan sillä tavoin, että toinen osapuoli käyttää siinä vahvempaa asemaansa suvereenisti hy-

¹³³ Ks. myös vuoden 1902 maanvuokralaki, missä asiasta oli nimenomainen säännös (5 § 2).

väkseen saadakseen taloudellista etua toisen osapuolen kustannuksella. Jussilla ei ole muuta mahdollisuutta kuin suostua korotukseen.

Selvästi epälojaalein teko seurakunnan puolelta on Jussin raivaamien maiden riistäminen virkatalon etuun vedoten. Maiden taloudellinen arvo on suhteellisesti paljon suurempi Jussille kuin seurakunnalle. Seurakunta ei ole investoinut maihin käytännössä mitään, Jussi sen sijaan työnsä. Jussilla maiden tuotto menee välttämättömien elinkustannusten kattamiseen. Seurakunta taas käyttää maista saamansa lisävarat vähemmän tarpeellisiin kohteisiin, pappilan elintason nostamiseen. Pientä lojaalisuutta kirkkohera osoittaa siinä vähäisessä yksityiskohdassa, ettei Koskeloiden tarvitse osallistua maita erottavan aidan rakentamiseen, vaikka periaatteessa se taksvärkkityönä heillä voitaisiinkin teettää (TPA I s. 224).

Maiden taloudellinen arvo on Jussin toimesta noussut. Hän ei saa työstään kuitenkaan mitään korvausta. Tällainen ei olisi nykyisen sopimusoikeuden perusteella mahdollista, vaikka sopimuksessa ei asiasta mitään mainittaisikaan.¹³⁴ Tänä päivänä esimerkiksi Toijalan käräjäoikeudessa sopimusta tulkittaisiin täydentävästi sen perusteella, mikä osapuolten yhteinen tarkoitus on ollut.¹³⁵ Seurakunnallakaan tuskin on Jussin kontrahdissa ollut tarkoitus saada epäoikeutettua etua itselleen, mitä Jussin työn arvon saaminen korvauksetta epäilemättä on. Jos Jussi kanteellaan vaatisi korvausta tekemästään työstä itselleen, hänelle tämän päivän oikeuden valossa sitä myös tuomittaisiin.

6.9 Sopimusten sovittelu

6.9.1 Sopimusten sovittelusta yleisesti

Sopimuksen sovittelu tarkoittaa sitä, että sopimus jätetään kohtuuttomuuteen johtavilta osin vaikutuksettomaksi.¹³⁶ Sopimusten sovittelu miellettiin vielä 1950-luvulla poikkeukselliseksi ilmiöksi. Sovittelu oli mahdollista vain tarkasti määritellyissä tilanteissa. Vähitellen yleinen sopimusten sovittelumahdollisuus sai laajempaa tukea. Kuluttajansuojalakiin tuli kohtuuttomien kuluttajasopimusten sovittelusäännös 1978. Vuonna 1983 varallisuus oikeudellisia oikeustoimia koskevaan yleislakiin oikeustoimi-

¹³⁴ Tämä saattoi olla myös sopimuksen aikaisen lainsäädännön vastaista, ks. vuoden 1902 maanvuokralaki 49-50 §.

¹³⁵ Vaikka Pentinkulma on fiktiivinen paikka, sen esikuvana on ollut Urjalan ympäristö ja kaikki kirjan tapahtumat olisivat voineet sattua siellä, *Linna*, Esseitä s. 489. Urjala kuuluu Toijalan käräjäoikeuden tuomiopiiriin.

¹³⁶ Ks. sovittelusta *Pöyhönen* 1988 s. 249-335, *Wilhelmsson* 1995 ja *Hemmo* I s. 43-106 ja niissä mainitut lähteet.

lakiin otettiin sovittelusäännös, mikä merkitsi säädännäistä mahdollisuutta sovittella kaikenlaisia sopimuksia ja niiden ehtoja.

Sovittelumahdollisuuden nähtiin aiemmin vesittävän sopimusten sitovuuden periaatteen ja olevan uhka koko vaihdannan luotettavuudelle. Samanaikaisesti kun sopimuskäsitys on muuttunut, on ajatus sovittelun epävarmuutta aiheuttavasta vaikutuksesta lieventynyt. Oikeusvarmuus ja ennakoitavuus eivät enää synny pelkästään muodollisista seikoista. Sopimuksen sitovuus edellyttää nyttemmin niiden lisäksi, että sopimuksen sisältö täyttää tietyt velvoitteiden tasapainoisuutta koskevat vaatimukset. Sopimus ei sido, jos sen velvoitteet ovat ilmeisessä epäsuhteessa toisiinsa nähden eikä tähän ole, esimerkiksi osapuolen tietoisesta riskinotosta johtuvaa, hyväksyttävää syytä.

Sopimus voi olla kohtuuton alun perin, tai se voi tulla kohtuuttomaksi olosuhteiden muuttuessa. Sovittelu edellyttää aina velvoitteiden epätasapainoa. Sen arvioinnissa voidaan käyttää hyväksi velvoitteiden taloudellista arvoa ja niiden epätavanomaisuutta. Oma merkityksensä on sillä, onko osapuolella ollut käytännössä mahdollisuus velvoittautua lievemmin, ja hänen taloudellisella tilanteellaan. Tosiasiallinen sopimuksentekomahdollisuus ja sen sisältöön vaikuttaminen kaventuvat esimerkiksi silloin, kun osapuolen on pakko tehdä sopimus välttämättömyyshyödykkeen, kuten asunnon, saamiseksi. Sopimus voi olla kohtuuton sen vuoksi, että siitä aiheutuva taloudellinen rasitus on osapuolelle suhteellisen suuri, esimerkiksi hänen varattomuutensa vuoksi.

Sovitteluharkinnassa otetaan huomioon myös osapuolten asema sopimusta tehtäessä. Toinen osapuoli on saattanut olla niin vahvassa asemassa, että hän on voinut käytännössä sanella itselleen edulliset ehdot. Heikompi osapuoli on myös voinut olla asiantunteaton eikä hän ole voinut ennakoida sopimuksen riskejä samalla tavoin kuin toinen osapuoli ja ehdot ovat tämän vuoksi tulleet epätasapainoisiksi.

6.9.2 Jussin kontrahti ja sovittelu

Jussin kontrahdin osapuolet ovat sopimuksentekotilanteessa voimasuhteiltaan täysin epätasapainoisessa asemassa. Vastakkain ovat pappilan renki ja seurakunta, jota edustaa korkea-arvoinen virkamies. Renki on se osapuoli, joka sopimusta haluaa. Seurakunnalla ei ole siihen mitään tarvetta, mikä jo sinällään antaa sille hyvän neuvotteluaseman. Sopimus tehdään täydellisen sopimusvapauden vallitessa. Seurakunnan puolelta sanellaankin ehdot, eikä kyse ole todellisista sopimusneuvotteluista. Seurakunta panostaa sopimukseen vain raakamaan ja rakennuspuiden antamisen käyttöön, Jussi on

valmis panostamaan siihen elämäntyönsä. Sopimus on jo lähtökohdiltaan epätasapainoinen.

Taksvärkkpäivien osalta sopimus ei ole kohtuuton siinä mielessä, että päiviä olisi epätavanomaisen paljon. Vastike tulee yleensä soviteltavaksi vain silloin, kun se poikkeaa selvästi yleisestä hintatasosta.¹³⁷ Kokonaan toinen asia on, että yleinen hintataso, taksvärkkien normaali määrä, voi olla kohtuuton. Se ei kuitenkaan oikeuta sovitteluun yksittäistä sopimusta. Jussin taksvärkin määrä on ilmeisesti myös tavanomaista alhaisempi, kun hän on itse perustanut torpan, mikä otetaan huomioon. Töyryn mukaan vastaavista torpista tehtiin ”kolme parihevospäivää ja summamäärät kenkipäiviä. Kun Jussi teki kaks päivää yhden hevosen kanssa ja yhden jalan, eikä kenkkiä päivääkään.” (TPA I s. 97).

Sopimus asettaa erityisiä velvoitteita vain Jussille. Ns. viralliset pykälät rajoittavat Jussin toimintavapautta voimakkaasti. Ne rajoittavat myös (nykyisiä) perusoikeuksia, kuten kokoontumisvapautta. Tällä perusteella niitä voitaisiin pitää osin kohtuuttomina ja vaikutuksettomina.

Kohtuuttomin ehto kontrahdissa on kuitenkin sopimuksen muuttamismahdollisuus virkatalon edun niin vaatiessa. Sopimuksen sanamuoto antaa seurakunnalle yksipuolisen harkintavallan sopimuksen jatkumisen, Jussin asumis(hallinta)oikeuden suhteen. Sopimusoikeudellisen kohtuullisuuden näkökulmasta ehto on tyyppikohtuuton. Sopimusehto, jonka mukaan seurakunta voi oman yksipuolisen etunsa perusteella lopettaa sopimuksen, jätettäisiin mitä ilmeisimmin vaikutuksettomasti tai ainakin sitä soviteltaisiin Jussin eduksi.¹³⁸

Toinen sopimuksen ankaruutta lieventävä vaihtoehto tuomioistuimella olisi, että sopimusta joka tapauksessa tulkittaisiin osapuolten oletettavan tarkoituksen avulla. Tämän päivän sopimusoikeudessa epätasapainoa ei voida pitää osapuolten päämääränä ja sopimuksen tarkoituksena. Osapuolten yhteinen tarkoitus on taas määräävänä tekijänä sopimuksen tulkinnassa. Sellainen tulkintavaihtoehto, joka edistää sopimustasapainoa, on ensisijainen. Tämän mukaisesti sopimusta tulkittaisiin todennäköisimmin siten, että

¹³⁷ Sitä mukaa kuin työpalkat vuosisadan vaihteessa kohosivat, taksvärkillä maksettujen vuokrien arvo nousi ja tällä perusteella tulivat mahdollisesti kohtuuttoman suuriksi, vaikka eivät alun perin olisi sitä olleetkaan. Toisaalta myös vuokratun maan arvo kohosi puun hinnan noustessa, *Rasila* 1970 s. 18 ja s. 35.

¹³⁸ OikTL 36 §:n esitöissä mainitaan tyyppikohtuuttomina sellaiset ehdot, jotka antavat toiselle osapuolelle päätösvallan sopimussuhteen keskeisistä kysymyksistä, HE 247/1981 s. 14. KSL 3:1:n esitöissä esitetään esimerkkinä kohtuuttomasta sopimusehdosta sellainen, mikä antaa elinkeinonharjoittajalle yksinomaisen oikeuden muuttaa sopimusta, HE 8/77 s. 36. Myös EY:n kohtuuttomuusdirektiivissä (93/13/ETY) elinkeinonharjoittajan mahdollisuus muuttaa sopimusta yksipuolisesti on esimerkkinä kohtuuttomasta ehdosta.

ilmaisu ”ellei virkatalon etu toisin vaadi” tarkoittaisi vain sellaista tilannetta, missä seurakunnalla olisi pakottava tarve asumisoikeuden lopettamiseen.

6.10 Kontrahti ja tämän päivän juristilukija

Kun ei-juristi lukee trilogiaa, hän ei koe Jussin kontrahtia tapahtuma-aikaisen oikeusjärjestyksen vastaisena. Hänellä ei ole tietämystä siitä, minkälainen juridiikka torpparikontrahteja koski. Toisaalta hänellä ei todennäköisesti ole riittävää tietämystä myöskään lukuhetken sopimusoikeudesta, jotta hän voisi peilata kontrahtia sitä vasten. Sen sijaan juristilukija voi nähdä Jussin kontrahtiin liittyvät oikeudelliset kysymykset ainakin oman aikansa sopimusoikeuden yleisten oppien valossa.¹³⁹

Trilogian ilmestymisajan juristilukijan sopimuskäsitys oli formaalinen. Hänen sopimusoikeudellisena perusajatuksestaan oli, että sopimukset on pidettävä sellaisenaan. Ken sopimukseen sitoutui, hänen oli oikeusvarmuuden nimissä kannettava myös sopimuksen ehdoista aiheutuvat epäedulliset seuraamukset. Sopimuskumppanien eriarvoisuudella ja sopimuksen kohtuuttomuudella ei ollut juurikaan merkitystä. Sopimus oli instrumentti, jonka avulla osapuolet pyrkivät hyötymään vain omalla tahollaan ja he saivat myös käyttää toista hyödykseen. Osapuolilta ei edellytetty erityistä lojaalisuutta toisiaan kohtaan. Tällaisen liberalistisen sopimusoikeuden valossa Jussin kontrahti ei näyttäytynyt sopimusoikeudellisesti räikeänä oikeudenloukkauksena. Vaikka sopimus koettiin moraalisesti epäoikeudenmukaisena, se oli oikeusjärjestyksen mukainen. Juristilukija saattoi hyvinkin ajatella, että ”mitäs meni Jussi tekemään koko epäedullisen sopimuksen, hänenhän ei olisi ollut pakko sitä tehdä”.

Sen sijaan tämän päivän juristilukijalle on olennaista, että Jussin kontrahti on äärimmäisen epätasapainoinen. Se ei ole yhdenvertainen eikä vastavuoroinen. Se on vain toisen osapuolen edut huomioon ottava ja tämän vuoksi osin jopa mahdollisesti sitomaton. Se, että Jussilla ei ollut varsinaista pakkoa sopimusta tehdä, ei poista sopimuksen kohtuuttomuutta. Sopimusehtojen lisäksi seurakunnan toiminta on erittäin epälojaalia eikä oikeudellisesti hyväksyttävää. Jussi voisi tämän päivän sopimusoikeuden valossa nostaa vahvistuskanteen Toijalan käräjäoikeudessa, missä sopimusta soviteltaisiin

¹³⁹ Tässä tehty vertailu perustuu vain yleisissä opeissa tapahtuneeseen kehitykseen. Tarkastelu voitaisiin tehdä myös erityisen sopimusoikeuden kehityksen valossa, esim. työsopimusoikeutta hyväksi käyttäen. Yleiset opit kuitenkin todennäköisesti vaikuttavat juristilukijan lukukokemuksessa enemmän. Ne ovat juristilukijan tajunnassa vahvana mutta sillä tavoin syvällä, etteivät ne häiritse eläytymistä, vaan niitä koskeva alitajuntainen tietoisuus sekoittuu lukukokemuksen kanssa.

tai tulkittaisiin siten, ettei seurakunta voisi määrätä sopimuksen sisällöstä yksipuolisesti ja taksvärkin korotuskin mahdollisesti todettaisiin Jussia sitomattomaksi. Tällainen tietoisuus ei voi olla vaikuttamatta niihin elämyksiin, mitä juristilukija teoksesta saa. Samalla kun hän kokee kontrahdin moraalisesti epäoikeudenmukaisena, hän pitää sitä ainakin alitajuntaisesti oikeuden vastaisena.

Kuten edellä on esitetty, oikeudenmukaisuuskäsitysten ja oikeusjärjestyksen sisällön välillä on yhteys. Oikeusjärjestys vaikuttaa käsityksiimme oikeudenmukaisuudesta. Oikeudenmukaisuuskäsitys ei muodostu pelkästään siitä, mikä koetaan oikeaksi tai vääräksi, vaan myös siitä, mikä tiedetään oikeusjärjestyksen mukaiseksi tai sen vastaiseksi. Voidaan väittää, että erityisen vahvana tämä vaikutus on juristeilla, joilla on muita parempi tietämys oikeudesta.

Kun tämän päivän juristi lukee Pohjantähteä, hän kokee epäoikeudenmukaisuuden voimakkaammin kuin sen ilmestymisajan juristi. Nykypäivän juristille teoksesta välittyvä oikeudellinen jännite, oikeusjärjestyksen ja oikeudenmukaisuuden välinen kuilu, on syvempi kuin 1950–60-lukujen juristilla. Sen lisäksi, että Jussin kontrahti on nykyjuristista moraalisesti epäoikeudenmukainen, se sotii sitä oikeudenmukaisuuskäsitystä vastaan, joka hänellä perustuu tietämykseen (sopimus)oikeuden sisällöstä. Sellainen oikeus, jota teoksessa kontrahtiin sovelletaan, on nyt vieläkin kauempana oikeudenmukaisuudesta kuin teoksen ilmestyessä. – Vastaavasti teoksen ilmestymisajan juristilukijan epäoikeudenmukaisuuden tunnetta saattoi vaimentaa se, että sopimus ei ollut merkittävästi ristiriidassa hänen liberalististen sopimusoikeudellisten käsitystensä kanssa.

7 LOPUKSI

Oikeudessa on pohjimmiltaan kyse tasapainosta. Tasapaino ei aina toteudu. Siitä aiheutuvia epäkohtia voidaan kuvata kirjallisuudessa ja käyttää niitä ilmaisussa hyväksi. Mitä paremmin lukija tuntee oikeudellisen maailman, sitä voimakkaampia elämyksiä hän epäkohtien kuvaamisesta saa.

Jotta historiallinen romaani ei vanhentuisi, sen täytyy tarjota ajatuksia, tunteita ja kokemuksia, jotka eivät ole sidoksissa vain siihen aikaan, mitä teos kuvaa.¹⁴⁰ Sellaiset oikeudelliset teemat, jotka ovat ihmisyyhteisössä yleispäteviä, ovat aina ajankohtaisia. Teos, joka käsittelee niitä, ei ole koskaan juristilukijalle vieras.

¹⁴⁰ *Arnkil – Sinivaara* s. 17.

Jokainen juristilukija etsii kaunokirjallisuudesta tietoisesti tai tiedostamattaan oikeuden syvimpiä rakennuspuita eli sellaisia arvoja, totuuksia tai tavoitteita, joiden avulla hän voi suunnistaa juristina elämässään.¹⁴¹ Teos, jonka ilmaisussa käytetään juridiikkaa hyväksi moraalisen kannanoton tukena, voi tarjota juristille tällaisia rakennuspuita ei pelkästään toimintaan lakimiehenä, vaan myös oman oikeudenmukaisuuskäsityksen muodostamisessa.

Linna itse katsoi vuonna 1978, ettei Pohjantähti ollut enää yhteiskunnallisesti ajankohtainen teos ja epäili teoksen merkityksen vähenevän.¹⁴² Teoksen lukijana tähän voi yhtyä vain lyhyen aikavälin perspektiivistä. Pohjantähden pintataso (toimintataso) sekä osin kulttuuritaso (yhteiskunta ja historianfilosofian taso) voivat vanhentua. Sen sijaan teoksen syvärakenne (eettismetafyysinen taso) ei vanhene.¹⁴³

Syvärakennetasolla olevien oikeudellisten teemojen kannalta ei ole ratkaisevaa merkitystä, mihin yhteiskunnalliseen murrosajankohtaan historiassa niitä käsittelevä teos sijoittuu. Historia on syvällisessä romaanissa, kuten Pohjantähdessä, vain kehyskertomus. Lisäksi historia toistaa itseään ja samat oikeudelliset teemat voivat toistua yhä uudestaan.

Vaikka teos ei olisi enää sillä tavoin yhteiskunnallisesti ajankohtainen kuin se oli 1950- ja 60-luvuilla, sen sanomalla voi olla ennaltaehkäiseviä vaikutuksia. Tässä mielessä myös sen pintataso ja kulttuuritaso voivat olla edelleen ajankohtaisia. Tämän päivän juristilukija kokee teoksen sanoman vahvempana kuin sen ilmestymisajan juristi. Hänelle selitys, jonka mukaan Suomi ajautui sisällissotaan – ainakin merkittävältä osin – myös luokkien välisten epäoikeudenmukaisuuksien vuoksi, tulee entistäkin uskottavamaksi kuin 50-luvun juristille. Sodan syyt eivät olleet vain ideologisia ja kansallisia, vaan myös taloudellisia ja yhteiskunnallisia.¹⁴⁴ Lisäksi juristilukija saa teosta lukiessaan vahvistusta käsitykselleen epätasapainoisuuksien tasoittamisen välttämättömyydestä ja äärimmäisen formalismin vaaroista. Hyvinvointivaltio ei voi perustua rakenteelliselle eriarvoisuudelle ja muodollinen oikeus, joka sallii ja tukee sitä, voi äärimmilleen vietyinä johtaa katastrofin.

¹⁴¹ Vrt. *Rasila* 1988 s. 160-161.

¹⁴² Haastattelu, Itse asiassa kuultuna – Väinö Linna, YLE 1978.

¹⁴³ Ks. Stormbomin Pohjantähden erittely kolmeen tasoon, *Stormbom* s. 235-278.

¹⁴⁴ Ks. Linnan käsityksiä sisällissodan motiiveista, *Linna*, *Esseitä* s. 114 ss. ja s. 541-544.

LÄHTEET

- Aarnio, Aulis*, Lain ja kohtuuden tähden. Helsinki: WSOY 1986.
- Aarnio, Aulis*, Laki, Oikeus ja oikeudenmukaisuus. Filosofinen aikakauslehti Niin & Näin 3/1998.
- Arnkil, Antti – Sinivaara, Olli*, Esipuhe, teoksessa Antti Arnkil ja Olli Sinivaara (toim.), Kirjoituksia Väinö Linnasta. Helsinki: Teos 2006.
- Haastattelu, Itse asiassa kuultuna – Väinö Linna. YLE 1978.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle kuluttajansuojalainsäädännöksi HE 8/1977 vp.
- Hallituksen esitys eduskunnalle oikeustoimen kohtuullistamista koskevaksi lainsäädännöksi HE 247/1981 vp.
- Godenhielm, Bengt*, Lärobok i kontraktsrätt I. Helsingfors: Juridiska studentfakultetens förlagskommission: 1965.
- Godenhielm, Bengt*, Sopimusoikeuden oppikirja. Porvoo – Helsinki: WSOY 1975.
- Halila, Heikki – Hemmo, Mika*, Sopimustyypit. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 1996.
- Hemmo, Mika*, Sopimusoikeus I ja II, 2. painos. Helsinki: Talentum/ Lakimiesliiton kustannus 2003.
- Hirvonen, Ari*, Oikeus ja tragedia, teoksessa Kaijus Ervasti ja Nina Meincke (toim.), Oikeuden tuolla puolen. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 2002
- Häyhä, Juha*, Syyntakeisuus Robert Musilin teoksessa ”Mies vailla ominaisuuksia”. Oikeustiede – Jurisprudentia XXIII 1990.
- Häyhä, Juha*, Sopimus, laki ja vakuutustoiminta. Suomalainen Lakimiesyhdistys: Helsinki 1996
- Jakonen, Mikko*, Maakysymys Väinö Linnan Täällä Pohjantähden alla -teoksessa, teoksessa Antti Arnkil ja Olli Sinivaara (toim.), Kirjoituksia Väinö Linnasta. Helsinki: Teos 2006.
- Jyränki, Antero*, Lakien laki. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 1989.
- Kangas, Urpo*, Oikeus maailman kirjallisuuden valossa. Kanava 3/1982.
- Kekkonen, Jukka*, Laillisuuden haaksirikko. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 1991.
- Kemppinen, Jukka*, Minä olen tuomari. Kanava 1/1982.
- Kivimäki, T. M. – Ylöstalo, Matti*, Suomen siviilioikeuden oppikirja. Porvoo – Helsinki: WSOY 1973.
- Letto-Vanamo, Pia*, Oikeusjärjestelmät ja oikeusjärjestykset, teoksessa Pekka Timonen (toim.), Johdatus Suomen oikeusjärjestelmään. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 1999.
- Linna, Väinö*, Täällä Pohjantähden alla I,II ja III. Porvoo – Helsinki: WSOY 1959, 1960 ja 1962.
- Linna, Väinö*, Väinö Linna, teoksessa Ritva Rainio (toim.), Miten kirjani ovat syntyneet. Porvoo – Helsinki: WSOY 1969.
- Linna, Väinö*, Kootut teokset VI, Esseitä, (toim.) Tapani Laine. Helsinki: WSOY 2000.
- Täällä Pohjantähden alla
 - Vuonna 1918 ja vähän sitä ennen
 - Muovaako kirjailija yhteiskuntaa
 - Kirja vaikuttajana
 - Kirjallisuus todellisuuden hahmottajana
 - Urjalan ja kirjallisen tuotantoni suhteet
 - Aiheiden merkitys tuotannossani

- Makkonen, Kaarle*, Kaunokirjallisuus oikeustieteen opetuksessa, teoksessa Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915 – 14/2 – 1985. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys 1985.
- Niemi, Juhani*, Oikeuden kuva, teoksessa Encyclopaedia Iuridica Fennica VII, Oikeuden yleistieteet. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys 1999.
- Nummi, Jyrki*, Jalon kansan parhaat voimat. Kansalliset kuvat ja Väinö Linnan romaanit Tuntematon sotilas ja Täällä Pohjantähden alla. Helsinki: WSOY 1993.
- Paasilehto, Satu – Pöyhönen, Juha*: Oikeus ja kohtuus, teoksessa Thomas Wilhelmsson ja Kati Kaukonen (toim.), Euroopan integraatio ja sosiaalinen sopimusoikeus. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 1993.
- Pöyhönen, Juha*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys 1988.
- Rasila, Viljo*, Suomen torpparikysymys vuoteen 1909. Helsinki: Suomen historiallinen seura 1961.
- Rasila, Viljo*, Torpparikysymyksen ratkaisuvaihe, Suomen torpparikysymys vuosina 1909–1918. Helsinki: Kirjayhtymä 1970.
- Rasila, Viljo*, Tavallisen ihmisen elämäkerta, teoksessa Iris Tenhunen (toim.), Toisen tasavallan kirjallisuus. Helsinki: WSOY 1988.
- Rudanko, Matti*, Rakennuttajan myötävaikutushäiriöistä rakennusurakassa. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys 1989.
- Sinivaara, Olli*, Pohjantähti ja tragedia, teoksessa Antti Arnkil ja Olli Sinivaara (toim.), Kirjoituksia Väinö Linnasta. Helsinki: Teos 2006.
- Stormbom, N.-B.*, Väinö Linna. Kirjailijan tie ja teokset. Helsinki: WSOY 1992.
- Taxell, Lars Erik*, Avtal och rättsskydd. Åbo: Åbo Akademi 1972.
- Tuori, Kaarlo*, Oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännöt. Helsinki: Helsingin yliopisto 2003.
- Varpio, Yrjö*, Väinö Linnan elämä. Helsinki: WSOY 2006.
- Wilhelmsson, Thomas*, Sosiaalinen sopimusoikeus ja Euroopan integraatio, teoksessa Thomas Wilhelmsson ja Kati Kaukonen (toim.), Euroopan integraatio ja sosiaalinen sopimusoikeus. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 1993.
- Wilhelmsson, Thomas*, Vakiosopimus, Sopimussidonnaisuudesta ja kohtuuttomista sopimusehdoista. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 1995.
- Wirilander, Juhani*, Maanvuokraoikeus. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 1993.
- Vuotila, Leo*, Kirjailija ja omatunto. Porvoo – Helsinki: WSOY 1967.
- Ylikangas, Heikki*, Mielikuvitus kirjailijan ja historiantekijän työssä, teoksessa Iris Tenhunen (toim.) Toisen tasavallan kirjallisuus. Helsinki: WSOY 1988.
- Yrttiaho, Eero*, Oikeus ja kirjallisuus – Lakimiesmentaliteetti kaunokirjallisuudessa, teoksessa Kaijus Ervasti ja Nina Meincke (toim.), Oikeuden tuolla puolen. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 2002.

LIITE

Oikeudellisten sanojen ilmeneminen Täällä Pohjantähden alla ja Tuntematon sotilas (TS) romaaneissa. (Laatinut prof. Yrjö Varpio)

Seuraavassa luettelossa merkki / osoittaa, että sanan viereen on jätetty tyhjä lyönti, joten sana rajautuu siihen. Katkoviiva -- puolestaan tarkoittaa sitä, että sana on voinut jatkua yhdyssanana tai taivutusmuotona katkoviivan suuntaan. Tällä tavoin luettelon ulkopuolelle on voitu jättää asiaan kuulumattomat sanat (Otti lakin päästään, ei lainkaan ymmärtänyt jne.). Samalla on voinut pudota pois joitakin yhdyssanoja (lainkunnioitus jne.).

Muutamista harvemmin esiintyvistä sanoista tai sanavartaloista on liitteenä esiintymislista.

	TPA I	TPA II	TPA III	TS
--asianajaj-- ¹⁴⁵	3	4	6	
--hallitusmuo-- ¹⁴⁶	0	4	3	0
--käräj-- ¹⁴⁷	3	2	6	9
/laki/	24	10	8	1
--laki/	31	14	13	3
--lakiin/ ¹⁴⁸	1	2	3	
/lain/	16	14	12	1
--lain/	23	22	22	4
--lainrikko-- ¹⁴⁹	0	2	0	
/lailli--	15	22	43	2
--laito-- ¹⁵⁰	3	4	18	2
--laittom--	4	9	8	0
/lautamie--	3	0	1	0
--oikeus--	43	22	24	4
--oikeude--	47	53	27	15

¹⁴⁵ --asianajaj-- TPA I 268, 269, 272; TPA II 13, 14, 152, 171; TPA III 249, 298, 298, 299, 301, 313.

¹⁴⁶ --hallitusmuo-- TPA II 169, 170, 496, 496; TPA III 236, 337, 338.

¹⁴⁷ --käräj-- TPA I 264, 266, 306; TPA II 152, 182; TPA III 288, 291, 296, 296, 305, 349.

¹⁴⁸ --lakiin/ TPA I 265; TPA II 15, 152; TPA III 189, 190, 527.

¹⁴⁹ --lainrikko-- TPA II 152, 373.

¹⁵⁰ --laito-- (huom. listasta on poistettu laittaa-verbin murteelliset johdannaiset sekä laitossanan johdannaiset, mutta jätetty laiton-sanat TPA I 273; TPA II 14, 148, 148; TPA III 4, 141, 227.

--oikeuslaito-- ¹⁵¹	0	1	2	
--perusoikeu--	0	0	1	0
--perustusla--	16	4	7	0
--rikos/	2	10	8	1
--rikoks--	5	6	8	2
--rikolli--	1	5	3	4
--rankais--	1	10	8	2
--rangaist--	5	9	13	23
--nimismie--	51	20	49	0
--syyte--	16	38	41	8
/syytet--	3	12	18	0
/syyte/ ¹⁵²	2	1	3	0
--syytekirjelmä--	1	0	1	
--syyttäjä--	0	2	1	0
--syytte--	3	9	1	2
--tuomari--	33	38	13	6
--tuomi--	20	115	33	20
/vala/	0	0	2	0
/valaehtoi--	1	1	1	0
/valan/	0	2	5	0
/valalla/	0	0	0	0
/valalle/	0	0	0	0

¹⁵¹ --oikeuslaito-- TPA II 420; TPA III 141, 301.

¹⁵² /syyte/ TPA I 200, 281; TPA II 151; TPA III 296, 299, 301.

A LAWYER'S PERSPECTIVES ON "UNDER THE NORTH STAR", VÄINÖ LINNA'S NOVEL TRILOGY

A lawyer who reads a novel depicting societal upheaval always keeps an eye for legal questions. Whether he wants it or not, he reads the legal material in the novel as a lawyer – as a person who has internalised the legal culture, the culture of his profession. He may not consciously use the knowledge he possesses on law and the legal order, but that knowledge follows him and affects his experience in reading the novel. Similarly, other professionals and readers who have expert knowledge on the themes presented may experience the work in their own way.

The justification of the legal perspective

According to the author, Väinö Linna, the novel came to encompass everything in life: homes, roads, people, the order of life. Therefore, it was inevitable that the novel would also deal with legal questions. The story involves business deals and contracts on land use, birth and death, murder and fraud, trials and enforcement, rebellion and war. The trilogy has connections to almost all fields of law: contract law, family law, inheritance law, criminal law, procedural law, constitutional law and even international law. Law and justice pop up almost constantly. In fact, it seems clear that the characters in this historical novel appeal to legal arguments much more than people today.

The significance of law in "Under the North Star" is evident even in the frequency of legal terminology used. Words such as *law*, *legal* and *legality* appear in the original Finnish version circa 350 times; words such as *justice* appear circa 200 times.

Several court trials are mentioned or described in the novel, and lawyers are prominently featured.

The importance of legal questions in the novel is not only because legal questions are a part of life and thus cannot be overlooked when life is depicted. It is also because law and justice are connected to the themes of the novel. The concept of justice gives a new perspective to the injustices portrayed in the novel; injustices become more apparent.

The tension between law and justice

Legal norms in force, in particular written law, constitute the legal order. A fact or position which falls within the sphere of application of the law, and is in agreement with the law, can be described as being in accordance with the legal order. Even though upholding justice is one goal of laws and acts, they aren't always just, and their application doesn't always lead to just outcomes. In such situations, justice is not served – illustrated by the Finnish word “oikeusmurha”, meaning “murder of justice”.

A legal order consisting of written law can be unjust on the collective level and the individual level. For example, tax laws may favour some people and put others at a disadvantage. He who loses a court trial may always consider the outcome unjust, even if the decision of the court is based on law.

There is a tension between “justice” and “conformance to the legal order”, as discord between the two is not uncommon. The wider the chasm between justice and the legal order, the stronger the tension. This tension has a negative effect on the functioning of society and the stability of the social order. An unjust legal order challenges societal stability and fails to serve as an incentive for the members of society to strive for the greater good. At worst, the tension is released through a revolution; at the other end of the scale, such tension may only lead to civil disobedience.

The tension between the legal order and justice is one of the central themes in “Under the North Star”. It emphasises the societal injustices which the novel portrays. The tension bolsters the reader's feeling of injustice. *When the wrongs depicted are lawful, injustice is found somewhere deeper, in the structure of society.*

The novel and reality

A work of literature can affect the reader's view of reality if the work evokes sentiments that are familiar from real life. Fiction and reality may blend in the reader's mind when a novel induces strong emotions with a sufficiently believable narrative. Through emotions, literature may have a reciprocal effect on reality. The criticism presented against real life injustices may persuade the reader to act against such injustices. “Under the North Star” depicts numerous legal conflicts and events that could be real. The depiction is believable enough for a lawyer to feel involved in the story.

It can be stated that “Under the North Star” has had an effect on the thinking of lawyers who have read the novel, even though this cannot be proven to be true. It is generally accepted that Väinö Linna has influenced public opinion – people’s views of justice in particular – more than any other author in Finland. *If this is true, “Under the North Star” has had an effect, and still has an effect, on the Finnish legal order through the thoughts and actions of those who apply law.*

For a historical novel to avoid becoming obsolete, it needs to offer thoughts, feelings and experiences that are not unique to the historical period depicted. Legal themes that are universal to humans are always topical. A work of literature which deals with such themes will never feel foreign to a member of the legal profession.

Consciously or unconsciously, every lawyer who reads a work of fiction will look for the deepest essence of justice: the values, truths and aspirations that will guide his path in life. A work which makes use of law to support moral positions will not only provide the lawyer with such guidance in his professional life but also help him build his personal conception of justice.

The author of “Under the North Star” stated in 1978 that he no longer considered the novel to be socially relevant and suspected that the importance of the work might diminish. This position can only be supported from a short-term perspective.

As regards legal themes on a moral level, the particular historical period depicted in a novel is not of paramount importance. In a deep novel such as “Under the North Star”, history is only a framework. Furthermore, history repeats itself and the same legal themes may recur over and over again.

“Under the North Star” may become outdated as a story and as a historical depiction of our culture. However, the fundamental themes of the novel do not age. The work will continue to have an influence on readers, be they lawyers or not, for the foreseeable future.